

CONSTITUTO POSESORIO Y QUIEBRA DEL VENDEDOR-DEPOSITARIO

Por HERNAN VERLY

SUMARIO: I. Compraventa y tradición.- II. Normativa de la Ley de Concursos.- III. Hipótesis de depósito irregular.- IV. Cuestiones procedimentales

I. COMPRAVENTA Y TRADICION

1. En la sistemática de nuestro derecho y a diferencia de lo que ocurre en el francés e italiano, la compraventa sólo constituye para el vendedor un compromiso de transferir la propiedad de una cosa (contra el compromiso opuesto de pagar el precio a cargo del comprador). Es decir que en orden a que se opere la transmisión dominial es necesaria la concurrencia de otro acto jurídico diferenciado de la mera declaración de voluntad en la celebración del contrato. Dicho acto jurídico es la tradición como modo de adquisición del derecho real de dominio por acto *inter vivos*. Así lo establecen el art. 3265 CC. cuando expresa que "todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones", y el art. 577 al disponer que "antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

El principio general en materia de tradición es que la misma debe consistir en actos materiales realizados voluntariamente tanto por el *tradens* como por el *accipiens* (art. 2377 CC.). Esto es: la tradición debe ser un acto real, material o efectivo y no meramente simbólico y consensual. En consecuencia, la simple declaración del que entrega de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa no implica tradición como acto jurídico idóneo para la adquisición de derechos reales (art. 2378 CC.).

3. Dicho principio general consagrado por la norma preindicada sufre dos excepciones en los llamados supuestos de tradición *facta*, en los que la entrega de la cosa no es efectiva sino que constituye una ficción simplificadora (Mosset Iturraspe, "Compraventa inmobiliaria", Ediar, 1976, p. 395). Tales excepciones son la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*. Este último aparece configurado cuando el poseedor

transmite a otro la posesión pero queda como tenedor de la cosa, mutando su estado de poseedor *pro suo* en poseedor *pro alieno*. Ello ocurre, por ejemplo, cuando *Primus*, propietario de una cosa, la vende a *Secundus* pero continúa reteniéndola a título de depositario. En opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias el art. 2462 inc. 3 CC. consagra la figura del *constituto posesorio* al calificar de tenedor al "que transmitió la propiedad de la cosa y se constituyó poseedor a nombre del adquirente". Sin embargo, ha sido sostenido por nuestros tribunales en forma coincidente que "para que se configure el *constituto posesorio* es menester que concorra con la compraventa (o negocio jurídico traslativo de que se trate) otro acto jurídico independiente que constituya un título idóneo para alterar la naturaleza de la relación posesoria preexistente" (Sup. Corte Bs. As., 2/12/68, citado por Mariani de Vidal, "Curso de derechos reales", t. 1, Víctor P. de Zavalía, p. 130).

II. NORMATIVA DE LA LEY DE CONCURSOS

1. La Ley de Concursos ha contemplado el supuesto de la quiebra del tenedor de cosa ajena regulándolo en los arts. 138^(*) y 188. La finalidad de dicha normativa se orienta a la protección de derecho de propiedad que detenta la parte *in bonis*, y que se vería conculcado si se considerase a los bienes en cuestión como parte integrante del patrimonio del fallido y a los acreedores de éste con derecho sobre los mismos.

2. En el marco de la orientación señalada, las normas mencionadas abarcan una serie de supuestos de derecho consistentes en contratos típicos (vgr. comodato, depósito, consignación, mandato con entrega de bienes, locación de obra con entrega de material, locación de cosa

(*) En todos los casos se consigna la numeración correspondiente a la ley 24.522

mueble, etc.) y atípicos (*façon, leasing*, maquila, contrato estimatorio), en cuya dinámica se torna necesaria la tenencia de la cosa por una de las partes. Asimismo se ha señalado la aplicabilidad de la previsión normativa *sub examine* a los supuestos en que la cosa hubiere sido entregada por título destinado a transferir el dominio pero que el mismo no estuviere perfeccionado en la fecha de la quiebra (Quintana Ferreyra-Alberti, "Concursos", t. 3, Astrea, p. 395). A los fines de este estudio nos interesa el caso del depósito que ha sucedido a la compraventa, transformando al vendedor en depositario merced a la aplicación de las normas sobre "*constituto posesorio*". Dicha situación se presenta con frecuencia en la compraventa de cereales, donde el adquirente, a la espera de capacidad de acopio disponible en el puerto donde efectuará el embarque, deja el cereal depositado en los silos del vendedor.

3. Del texto de las citadas normas de la Ley de Concursos pueden extraerse los presupuestos de procedencia del trámite de restitución:

3.1. Que el fallido no conserve el derecho a mantenerse en la tenencia del bien. Para determinar la concurrencia de tal extremo habrá que estarse a lo pactado por las partes, teniendo en cuenta que declarada la quiebra el síndico sucede al fallido en la tenencia.

3.2. Que los bienes en cuestión se encuentran en especie en poder del fallido. Si no concurriere este requisito el titular de dominio deberá verificar como acreedor quirografario el crédito constituido por la valuación atribuida al mismo. Ello sin perjuicio de las acciones penales que correspondan en virtud de la previsión típica del art. 173 inc. 2 CP.

3.3. Que el precio pueda ser individualizado en el caso de que los bienes hubieren sido vendidos. Si mientras se sustancia el incidente reclamatorio los bienes hubieren sido realizados, el acreedor podrá reclamar el importe correspondiente si el precio se individualiza (Argen, "La quiebra y demás procesos concursales", t. 2., Ed. Platense, p. 265).

3.4. Que los bienes no se confundan con otros del mismo género. Dado su extensión, las reflexiones que nos motiva este presupuesto serán motivo de análisis en el siguiente apartado.

III. HIPOTESIS DEL DEPOSITO IRREGULAR

1. Se ha considerado necesario, a los efectos de la procedencia de la restitución, que los bienes objeto de la pretensión no se confundan con otros del mismo género. Ello así, pues si la cosa fuere fungible habría transmisión de la propiedad, toda vez que el tenedor cumpliría su obligación de devolver la cosa entregando otra de la misma especie y calidad, como sucede en el depósito irregular, donde el depositario adquiere la propiedad de la cosa y puede disponer de ella (art. 2191 CC.). De tal forma, no se cumpliría la descripción de la norma, que refiere a título no destinado a transferirle el dominio".

2. En opinión que compartimos, cierto sector doctrinario relativiza el alcance de este requisito, entendiendo que si en determinados supuestos se admite la separación del precio que sustituye la cosa - el cual lógicamente se confunde con el resto del dinero incautado por el procedimiento no se ve obstáculo, en consecuencia, para que lo pertinente ocurra con otros bienes que se confunden con una cantidad mayor del mismo género (Quintana Ferreyra-Alberti, ob. cit., t. 3, p. 396). La misma Opinión parece sustentar Yadarola ("La reivindicación en la quiebra", Universidad Nac. de Córdoba, p. 480) aceptando de manera indirecta la restitución de cosas fungibles al destacar las dificultades del acreedor para la prueba de la propiedad cuando se trate de esta clase de bienes. En tal sentido, la Corte Sup., en el fallo "Bodegas Quirós" (23/5/78, ED 78-708), resolvió que la individualización y especificación del bien es indiferente a los efectos de la separabilidad, la cual depende únicamente de la tenencia por título no destinado a transferir el dominio y que la restitución puede efectuarse en tanto la cosa sea determinable en su género, especie, cantidad y calidad, de entre mayor cantidad existente en poder del fallido.

3. La tesis contraria ha sido sostenida por la Cámara Civ. y Com. del Departamento Judicial de San Nicolás en un reciente fallo recaído en autos "Juan J. Curia e Hijos S.R.L. Quiebra. Incidente de restitución de granos por Raymundo J. Podestá" donde se sostuvo que "la reivindicación no es pertinente con relación a cosas fungibles... y si miramos la cuestión desde la perspectiva del contrato habido, tratándose de un depósito irregular, el depositario adquiere la propiedad de las cosas depositadas, pues esta especie de depósitos se efectúa en beneficio de dicho depositario, a quien se supone, por derivación, autorizado a usar de la cosa" (sentencia publicada en el Boletín Oficial de la Prov. de Buenos Aires, Sección Jurisprudencia, el 2/12/93, JA 1994-11-525). En nuestro

concepto, el decisorio glosado parte de la errada premisa de considerar que por ser irregular el depósito se constituye en beneficio del depositario. Ello no obstante, este aspecto de la sentencia puede resultar trascendente para encontrar un criterio uniforme de solución a los supuestos de solicitud de restitución mediando un depósito irregular. En efecto, el fallo *sub examine* hace hincapié en el interés del depositario, como si se tratara de un beneficiario del depósito por tener la facultad de disponer de la cosa. Y tal debe ser, en nuestro criterio, el parámetro para determinar la procedencia de la restitución en estos casos: si el examen de la situación fáctica subyacente revela que el contrato ha sido celebrado principalmente en interés del depositante, la restitución será procedente; en cambio, si se ha celebrado en el interés prevaleciente del presunto depositario, la restitución no podrá llevarse a cabo, pues en rigor no estaremos frente a un depósito. No deben perderse de vista, en este estadio de nuestra argumentación, las diferencias que median entre el depósito irregular y el mutuo, las cuales, tanto en el plano teórico como en el práctico, resultan reveladoras a los efectos del análisis que hacemos. Borda ("Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos", t. II, Abeledo Perrot, PS. 622 y 623) sostiene que los criterios de distinción radican fundamentalmente en los siguientes aspectos: a) el depósito se celebra principalmente en interés del depositante, el préstamo principalmente en interés de quien lo recibe; b) aún cuando ambos contratos sean onerosos, en el depósito, el que paga la retribución es el que entrega la cosa, en tanto que en el préstamo, es el que la recibe; c) el depositante puede exigir en cualquier momento la restitución de la cosa, en tanto que el prestamista tiene que atenerse a los plazos contractuales. Se advierte en este análisis, que las dos últimas diferencias reseñadas constituyen consecuencias de la primera, a los fines de cuya acreditación deberán concurrir. Pero el interés prevaleciente del contrato se erige, sin dudas, como el verdadero punto de toque de la distinción. Pues bien, resulta imprescindible cotejar este parámetro de diferenciación con la realidad del caso, prescindiendo de las calificaciones que las partes atribuyan al negocio, para determinar la verdadera naturaleza del mismo y, en base a ello, la procedencia de la restitución, con el ánimo de salvaguardar el legítimo interés y expectativa del propietario solicitante. Justamente, en el caso que analizamos, tratándose de acopio de cereales, y pese a lo que expresa el propio fallo, pareciera que se trata de un verdadero depósito constituido en

beneficio del depositante y no de un préstamo de uso.

IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

1. El propietario de la cosa cuya restitución se solicita deberá probar la propiedad de la misma. Asimismo, entendemos conveniente la prueba del negocio jurídico no destinado a transferir el dominio, con el objeto de acreditar que el tenedor fallido no conserva el derecho a retener la cosa. En el caso que nos ocupa, el solicitante deberá acreditar su calidad de propietario a través del contrato de compraventa y el contrato o certificado de depósito, pues para que se haya operado el *constituto posesorio* es necesaria, de acuerdo a lo visto, la declaración expresa.

Esta prueba resulta fundamental toda vez que si no se acredita la tradición *ficta*, el comprador deviene en un mero acreedor a la entrega de la cosa, que en el supuesto en estudio de la quiebra del vendedor se canalizará a través de la verificación del respectivo crédito. Ello así, por cuanto la situación fáctica subyacente en los supuestos en que se haya operado o no el *constituto posesorio* es exactamente la misma: el vendedor continúa detentando los efectos vendidos. Sin embargo, a la luz de lo expuesto, la situación jurídica que "viste" aquel presupuesto fáctico es absolutamente disímil, pues de acuerdo a si se ha operado o no la tradición *ficta* el tenedor de la cosa la detendrá a título de depositario o vendedor, siendo evidentes las consecuencias jurídicas en el extremo opuesto de la relación: depositante con derecho real de dominio sobre la cosa-comprador con derecho personal a su entrega.

2. El párr. 2 art. 138 LC. prevé la posibilidad del solicitante de requerir medidas precautorias para la conservación de bien en cuestión, e incluso su entrega en depósito. La doctrina sostiene que para la procedencia de este último supuesto se requiere, además de la verosimilitud del reclamo y de la responsabilidad notoria del reclamante (art. 177 LC.), una contracautela suficiente. En lo que respecta a las medidas precautorias, las mismas apuntarán a la conservación física del bien.

Diferente a la explicitada en el punto precedente es la cuación requerida para obtener la separación antes de la verificación, justificada por la eventualidad de que algún verificador haya adquirido un privilegio especial respecto del bien cuya restitución se solicita, por haber mejorado el mismo. En tal caso, previéndose que se hubieren constituido derechos de terceros sobre el producto del bien preferentes respecto

del separante puede resultar procedente esta caución (Quintana Ferreira Alberti, ob. cit., p. 400).

4. No habiendo otra previsión normativa la vía incidental del art. 280 LC. se erige como el procedimiento adecuado para la canalización de la restitución.