

## LA POSESIÓN: SU IMPORTANCIA EN NUESTRO DERECHO: COMO "PUBLICIDAD", COMO "CAUSA", COMO "NACIMIENTO", COMO "CONTENIDO", COMO "EJERCICIO", COMO "ELEMENTO" Y COMO "FUNDAMENTO DE UN DERECHO"\*

Por **Domingo C. Cura Grassi**

Independientemente de los famosos y repetidos adagios que han quedado plasmados a lo largo del tiempo y que acostumbramos a reiterar en la cátedra, en relación con este instituto tan controvertido dentro de la ciencia del derecho, v. gr.: "la posesión hace al hecho, el dominio al derecho", "se puede ser poseedor y no ser propietario", "el propietario no debe estar, necesariamente, en permanente posesión de la cosa", independientemente de todo ello, decíamos, lo cierto es que si estamos al "objeto" de los derechos reales que precisamente se ejercen por la posesión, esto es, en primer lugar las "cosas muebles", si estamos a la vida diaria, a las innumerables transacciones que se realizan a cada momento, éstas se efectúan por o a través de la posesión, pasando de unas manos a otras las distintas cosas sin ninguna otra formalidad.

Pensar en materia comercial, materia que precisamente se destaca por su celeridad, en exigir determinados requisitos sería como pensar en sepultar los negocios.

Claro está, si estamos, en segundo lugar, a las "cosas inmuebles", aquí sí se requiere de cierta formalidad y ello en aras de la seguridad jurídica, no obs-

---

\* Trabajo realizado en la Universidad de Salamanca, España, durante la asistencia al Curso de Posgrado de Derecho Civil, enero de 2000.

tante lo cual, la función publicitaria que despliega la posesión, como seguidamente exponremos, es de real significación y ello lo expresamos con un apoyo normativo formulado por el propio Vélez Sársfield a través de los artículos 592, 594, 2384, 2789, 2790, 2791, 2792 y 3269 del Código Civil.

En fin, quedó claro que para nosotros la importancia de la posesión viene directamente de la mano de la realidad, del contacto del hombre con las cosas (hecho), independientemente de la legalidad (derecho).

En algunos casos coinciden, en otros no.

De ahí que, para entender verdaderamente este instituto del derecho, hay que pensar en que un ladrón, igualmente, puede estar en posesión de una cosa.

Nosotros conocemos que los Derechos Reales<sup>1</sup> son “Absolutos”<sup>2</sup>, es decir, se ejercen contra todos. De ahí que es necesario darlos a conocer, publicitarlos, a la sociedad, para que ésta los respete y precisamente la Posesión viene a cumplir con ese cometido en una de sus tantas funciones, su Función Publicitaria.

En efecto, la palabra “Publicidad” es un término genérico que tiene especies y, si bien dentro del marco de los Derechos Reales la Publicidad Registral<sup>3</sup> reviste real importancia, la Publicidad Posesoria igualmente la tiene.

De más está decir la significación que le deparó Vélez Sársfield al estudio de la Posesión dentro de nuestro Código Civil, y esto lo expresamos más allá de su consideración específica, relativa a la “Publicidad”, pero no debemos olvidar que la posesión igualmente es “Causa” de derechos, “Nacimiento” de derechos, “Contenido” de derechos, “Ejercicio” de derechos, así como también “Elemento” y “Fundamento” de derechos.

Volviendo a Vélez y al tratamiento, de alguna manera, privilegiado que le deparó a este instituto dentro de nuestro Código Civil, advertimos, en primer lugar, que antes de abocarse a los mismísimos Derechos Reales<sup>4</sup> trató la Posesión<sup>5</sup>.

En segundo lugar, metodología de por medio, sin bien Vélez Sársfield al comenzar el estudio de los Derechos Reales, al pie del Libro III del C. C., citando a Mackeldey<sup>6</sup>, en más o en menos, refiere “...que al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión” del mencionado autor, “porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos rea-

(1) Aquí cabe poner de manifiesto la definición analítica de Guillermo Lorenzo Allende:

“Los derechos reales son absolutos, de contenido patrimonial, regulados principalmente por normas de orden público, que tienden a una relación directa e inmediata entre la persona y una cosa y que, previa publicidad, deberán ser respetados, caso contrario nacerán las acciones reales con las características de *ius preferendi* y *ius persecuendi*”.

(2) No confundir el carácter Absoluto de derecho real de dominio con la “absolutidad” que caracteriza a todos y cada uno de los Derechos Reales.

(3) Registro de la Propiedad Inmobiliaria así como también de determinados muebles, v. gr.: automotores, aeronaves, buques, animales de pura sangre, etc.

(4) Artículos 2502 sgtes. y concs. del C. C.

(5) Artículos 2351 sgtes. y concs. del C. C.

(6) Una cita no del todo exacta, habida cuenta de que el referido autor, en su obra de Derecho Romano, nada dice acerca de las cosas.

les..."; si bien ésta es su opinión, en la nuestra<sup>7</sup> la posesión, más que un "Elemento", nos parece, en todo caso, el "Contenido" mismo de los derechos reales que se ejercen precisamente por su intermedio.

En tercer lugar, nosotros conocemos que los Derechos Reales "Nacen" con la tradición (posesión-entrega) de la cosa, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 577 del C. C.:

"Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

En cuarto lugar, conocemos igualmente que la tradición (posesión-entrega) actúa como modo de adquirir el dominio (artículos 2524 inc. 4 y 2601 del C. C.).

En quinto lugar, la tradición (posesión-entrega) actúa como modo de adquirir la tenencia (artículo 2460 del C. C.).

En sexto lugar, la tradición (posesión-entrega) perfecciona los contratos reales, v. gr.: depósito, como dato.

En séptimo lugar, si estamos al espíritu de los artículos 592, 594, 2384, 2789, 2790, 2791, 2792 y 3269 del C. C., notamos igualmente que aquí Vélez Sársfield depara una real significación al poseedor, atento a concluir en que entre dos personas con título, por más que una tuviera primero el título y otra después, si a ésta última se le había hecho tradición (entiéndase posesión) de la cosa, la que integra el derecho real es ésta última; es decir, en igualdad de "Causas", en igualdad de títulos, es mejor la condición del que posee.

En octavo lugar, y frente al reiterado caso dado en la práctica tribunalicia referido a la colisión entre un "hipotecario" y un "poseedor con boleto", en el que la jurisprudencia mayoritaria<sup>8</sup>, casuística de por medio, se inclinara a favor de éste último, igualmente advertimos que Vélez, con relación a aquella supuesta negligencia atribuida a los acreedores hipotecarios, que se contentaron con las manifestaciones efectuadas en la escritura que instrumentó la venta a favor del constituyente de la hipoteca, en el sentido de que se le otorgaba la tradición sin haber requerido una certera constatación del estado de ocupación del inmueble<sup>9</sup>, la cual –de haberse efectuado– hubiera demostrado la imposibilidad de la adquisición posesoria por aquél; decíamos, que igualmente Vélez contempló esta situación, si estamos al contenido e interpretación<sup>10</sup> del artículo 3157 del C. C., que expresa:

(7) Siguiendo a los Dres. Gatti y Alterini.

(8) Cabe recordar el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, noviembre 21-978, "Todros, José R. y otros c. Todros, Fraser", con voto de los Dres. Jorge Alterini y Santos Cifuentes.

(9) Circunstancia en que igualmente, pensamos, le es atribuida la referida negligencia al hipotecario por las razones que veremos a continuación en el presente texto, pero no ocurre lo mismo con relación a un embargante y menos aún a un embargante de extraña jurisdicción, ya que difícilmente se le pueda inculpar negligencia por no haber constatado el estado del bien; distinto es el caso –se insiste– del hipotecario.

De lo contrario, requerir al embargante aquella diligencia de constatación exigida al hipotecario haría mucha más engorroso el trámite, afectaría el aspecto dinámico que debe prevalecer en este tipo de medidas cautelares.

(10) Si bien, en nuestra opinión, un sistema normativo, más precisamente un código, no se reduce a una norma aislada, sino que debe tenerse en cuenta la totalidad de ellas, es justamen-

“El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; *pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de desposesión material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado*” (la itálica nos pertenece).

En efecto, decíamos, si Vélez impone esta obligación al deudor, es por que el acreedor hipotecario verdaderamente diligente debió haber constatado el estado del inmueble, para después contar con los elementos de prueba suficientes que le permitieran incriminar al propietario que efectuó algún tipo de acto tendiente a disminuir el inmueble; de ahí que este artículo, correlativamente, imponga la obligación de diligencia al acreedor; es decir, advertimos que la justificación doctrinaria y jurisprudencial tejida alrededor del caso “Todoros” encuentra un sustento positivo en esta disposición de Vélez<sup>11</sup>.

En noveno lugar, y en lo que respecta a la acreditación o titularidad de una cosa mueble, nosotros conocemos que, igualmente, el Poseedor de buena fe de una cosa que no fuera ni robada ni perdida se presume que es su propietario, de acuerdo con la regla que surge de la aplicación del artículo 2412 del Código Civil.

Efectivamente, para acreditar la titularidad de una cosa de naturaleza mueble el Código acudió a la máxima francesa “posesión vale título”<sup>12</sup>.

---

te en esa inteligencia que advertimos esta circunstancia, atendiendo a principios que hacen a la buena fe, diligencia, realidad, etcétera.

(11) Por nuestra parte, ya habíamos adelantado esta opinión, cuando en un trabajo dedicado a determinar la naturaleza de la hipoteca insinuáramos esta idea referida a la diligencia que debe tener todo acreedor hipotecario (*La Ley, Doctrina Judicial*, 15-10-97 pág. 434).

Más aún, de la nota al referido artículo 3157 del C. C. surge un ejemplo más que ilustrativo al respecto: “...cuando el propietario de una casa o de un bosque de corte emprende la demolición de la casa o procede, antes del término normal, a cortar los árboles del bosque, los acreedores hipotecarios podrán pedir el secuestro de esas propiedades, para que sean mantenidas en el estado en que se encuentren, y que el precio de los materiales de la demolición o de los árboles cortados se ponga en depósito... Cuando el propietario del inmueble gravado, en lugar de proceder por sí a la demolición de la casa o al corte de los árboles, hubiere vendido la casa para ser demolida, o los árboles para ser cortados, los acreedores hipotecarios tendrán derecho para oponerse a la ejecución de la venta. Este derecho les pertenece igualmente, cuando el propietario del inmueble hipotecado ejerce actos de disposición jurídica que, sin disminuir el valor del inmueble, tiene sin embargo por resultado hacer más difícil o más dispendiosa la realización de la garantía hipotecaria. Esto tendría lugar, por ejemplo, cuando el propietario enajena una parte o el todo del inmueble a personas diferentes; pues una enajenación parcial entre muchos pondría al acreedor en la necesidad de perseguir separadamente a varios terceros poseedores, y de recibir por partes lo que le era debido...”

Indudablemente, deducimos por nuestra parte que el acreedor perjudicado por la demolición de la casa o el corte o tala de los árboles, de ser verdaderamente diligente, previamente debió constatar el estado y la existencia de la casa o de los mismos árboles.

(12) Esta máxima aparece en una obra del autor francés Bourjon, en el siglo XVII. Fue obra de la jurisprudencia de un tribunal de París, al que se denominaba *Chatelet de Paris*, precisamente porque funcionaba en un pequeño castillo.

Resta aclarar que este principio, en nuestro derecho, no se aplica a determinadas cosas muebles registrables, v. gr.: automotores, aeronaves, animales de raza, caballos de pura sangre. En todos estos casos, la titularidad de estas cosas muebles se acredita por su inscripción en el Registro correspondiente.

Tanto en materia civil como, y principalmente, en lo que se refiere al tráfico comercial, otra solución hubiera complicado mucho las cosas.

En décimo lugar, con relación al derecho de retención<sup>13</sup>, nosotros conocemos, de acuerdo con lo descrito por el artículo 3946 del C. C., que aquél prevalece aún sobre los privilegios especiales<sup>14</sup>, incluso el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse<sup>15</sup> desde antes de nacer los créditos privilegiados; de ahí, decíamos, la importancia de los estados de hecho (posesión).

En décimo primer lugar, en la prescripción adquisitiva, precisamente, se debe estar en "posesión" pública de la cosa, es decir, exteriorizar –se insiste– un estado de hecho.

Es más, nos encontramos frente al caso en que un "hecho" (la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida) vence al "derecho" (el titular de dominio).

En duodécimo lugar, nosotros conocemos que el "Fundamento" de las acciones posesorias radica en la posesión en sí<sup>16</sup>.

En décimo tercer lugar, en cuanto a todo el tema relativo a los "Frutos"<sup>17</sup>, demás está decir que el régimen referido a los poseedores de buena fe es más beneficioso que el referido a los tenedores.

En décimo cuarto lugar, finalmente, con relación al instituto procedimental de la "Subasta Judicial", nosotros conocemos que ésta se perfecciona recién con la posesión (entrega) de la cosa, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 586 del C. P. C. B. A.

Así, a manera de epílogo, hemos querido señalar con estos ejemplos la real importancia que el instituto de la posesión tiene en nuestro derecho, en la vida en sociedad<sup>18</sup>, despertando polémicas de diversa naturaleza que, seguramente, continuarán a lo largo del tiempo.

---

Igualmente, este principio no se aplica a las cosas muebles sin dueño o abandonadas por su dueño, porque en estos casos se acude a la apropiación como modo de adquirir el dominio, de acuerdo con lo prescripto por los artículos 2524 inc. 1º y 2525 al 2566 del C. C.

Finalmente, expresamos que este principio tampoco se aplica a las cosas muebles robadas o perdidas, atento a que en estos casos es procedente la acción reivindicatoria intentada por el titular de ellas; salvo, claro está, que se haya cumplido a favor de un poseedor de buena fe, con los plazos previstos por el artículo 4016 bis del C. C.

(13) Artículo 3939 del C. C.: "El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa".

(14) Esta circunstancia, incluso, llevó a Dalmiro Alsina Atienza a caracterizar al titular del derecho de retención como el titular de un "súper privilegio".

(15) Precisamente se ejerce a través de la posesión.

(16) Y las acciones posesorias juntamente con la prescripción adquisitiva son, para Savigny, los "efectos" más importantes de la posesión; dentro de nuestro derecho, para Salvat, a los dos efectos anteriores habría que agregarles dos más: 2412 y el tema relativo a los frutos; para algún otro autor se podría llegar a 72 o 73 efectos y para otros –en nuestro derecho, Fernando Legón– la posesión no tiene ningún efecto, es más, según opinión del mismo autor, habría que suprimirla del Código Civil.

(17) Artículo 2423 del C. C.: "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos que correspondiesen al tiempo de su posesión..."

(18) Recordamos aquí, y para el final, la siguiente máxima de Josserand: "Los juristas deben vivir de acuerdo con la realidad si no quieren que ésta los abandone".

## Bibliografía

- ALLENDE, Guillermo Lorenzo, "Panorama de los Derechos Reales", *La Ley*, Bs. As., 1967. *La posesión*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959.
- ALTERINI, Jorge, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981. "¿Derechos Reales o Personales? Casos dudosos", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1963-I-IV.
- CURA GRASSI, Domingo, *Derechos Reales, Parte General*, vol. I, Depalma, Bs. As., 1988. *Derechos Reales. La posesión*, vol. II, Depalma, en preparación. *Derechos Reales. Dominio. Condominio. Propiedad horizontal*, vol. III, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- GATTI, Edmundo, *Teoría general de los Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984.
- HIGHTON, Elena, *Posesión*, Hammurabi, Bs. As., 1986.
- LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Depalma, Bs. As., 1975.
- LEGÓN, Fernando, *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la reforma*, Valerio Abeledo, Bs. As., 1941-1947.
- MACHADO, José, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, Bs. As., 1928.
- MACKELDEY, Ferdinand, *Manual de Derecho Romano*, Imprenta de Don José M. Alonso, Madrid, 1847.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derecho Romano*, Zavalía, Bs. As., 1993.
- MORELLO, Augusto, *El boleto de compra y venta inmobiliario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1981.
- SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, T. E. A., Bs. As., 1958.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de la possession en droit romain*, Bruylant, Christophe et Compagnie, Bruxelles, 1866.
- TROPLONG, Raymond, *Le droit civil expliqué*, Charles Hingray, Paris, 1838.