

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTRINA

EL SERVIDOR DE LA POSESIÓN() (304)*

LUCÍA HAYDÉE FERRARI

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

1. Introducción. 2. Concepto. 3. Configuración. 4. El servidor de la posesión en nuestro derecho positivo. 5. Primer supuesto: quienes se hallan en relación con una cosa a causa de un vínculo de dependencia. 6. Segundo supuesto: quienes se hallan en relación con una cosa a causa de un vínculo de hospedaje. 7. Tercer supuesto: quienes se encuentran en relación con la cosa en virtud de un vínculo de hospitalidad. 8. Defensas. 9. Supuestos de excepción.

1. INTRODUCCIÓN

Los llamados "servidores de la posesión" constituyen una de las relaciones que una persona puede tener sobre una cosa. A fin de efectuar su caracterización, estudiaremos en primer término las distintas clases de relaciones entre una persona y una cosa(1)(305):

Posesión: en primer término encontramos la posesión, definida en el art. 2351 de nuestro Código Civil. El poseedor tiene un poder de hecho sobre una cosa, no reconociendo sobre ella un señorío superior. El poder que ejerce el poseedor es autónomo. El poseedor actúa como "señor" de la cosa(2)(306).

La posesión es un hecho(3)(307), una situación fáctica que puede ser o no conforme a derecho. De tal manera que es poseedor tanto el propietario de un campo en el que construye alambrados, como quien edifica en un terreno que adquirió por violencia. Ambos ejercen un poder autónomo sobre el inmueble, tienen un señorío de hecho sobre el mismo.

Hernández Gil manifiesta(4)(308) que "la posesión es la más fáctica y tangible de las situaciones consideradas por el derecho. Se accede a su conocimiento empírico por la vía de la percepción. No «veo» al propietario o bien; de aquello que percibo no cabe inferir que lo sea efectivamente. En cambio «veo» al poseedor".

Para determinar si la relación entre una persona y una cosa es un señorío de hecho, debe recurrirse según Wolff(5)(309) a la "opinión general" y a la "conciencia común". El mencionado autor menciona distintas pautas que han de tenerse en cuenta para conceptualizar al "señorío de hecho":

1°) La relación entre el sujeto y la cosa debe ser estable; un contacto pasajero no es suficiente para constituir la relación posesoria.

2°) Es difícil determinar a primera vista si una persona posee o no. "En la mayoría de los casos sólo es visible la existencia de un señorío sobre la cosa, pero no a quien corresponde."

3°) Debemos ser más rigurosos si lo que se trata es la adquisición de la posesión, que si se trata la conservación de una posesión ya constituida.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestro Código Civil exige para la adquisición de la posesión (art. 2373), siguiendo los preceptos del derecho romano y las ideas de Savigny, la afirmación del poder de hecho de la persona sobre la cosa; de tal manera que puede disponer físicamente de la cosa cuando quiera (corpus) y el comportamiento como "señor" de la misma, no reconociendo en otro un "señorío" superior (animas). Para la conservación de la posesión sólo es necesario el animus (art. 2445).

4°) Es necesario considerar también dos relaciones: a) la relación de espacio, o sea la conexión entre persona y cosa; b) la relación jurídica, "si bien no la relación jurídica verdadera, sino aquella que aparece y se estima como situación de derecho".

Adrogé, por su parte, conceptúa a la "posesión como algo fáctico, ordinariamente perceptible por los sentidos, como que los actos posesorios inexorablemente deben manifestarse, ..." "... Con atinencia al factor subjetivo - posiblemente el aspecto más controvertido - claro está que sólo cuenta en la medida que trasciende (art. 913, Código Civil) y no se trata de una investigación psicológica del sujeto, sino que será evaluado en función de dos pautas básicas: la causa de la relación real y el comportamiento de su titular frente a la cosa."(6)(310)

Tenencia: en segundo término encontramos a la tenencia conceptuada en los arts. 2352 y 2461 y sigtes. de nuestro Código Civil.

El tenedor tiene al igual que el poseedor un poder de hecho sobre la cosa, pero no se comporta como "señor". Por el contrario, reconoce la existencia de un poseedor del cual deriva su poder.

El poder que tiene sobre la cosa, a diferencia del que tiene el poseedor, es delegado y no autónomo, derivando de la causa o título que lo ha colocado en la posibilidad de vincularse con la misma. Debemos tener presente, que dentro de los términos del título o causa de la tenencia el tenedor goza de cierta autonomía con respecto a la cosa. Por ejemplo, el locatario puede moblar o decorar el inmueble objeto de la locación, permitir o no el ingreso de personas al mismo, es decir usarlo y gozarlo dentro de los términos del contrato.

La tenencia puede ser interesada o desinteresada. En el primer caso, el tenedor usa y goza de la cosa en su propio beneficio (art. 2462. inc. 1 del Código Civil). Ejemplo: locatario.

En el segundo caso, el tenedor se ve privado de la cosa en su provecho, conservándola para el poseedor (art. 2462, inc. 2). Ejemplo: mandatario, depositario. Si bien no puede usar y gozar de la cosa, como tenedor que es goza de cierta autonomía; de tal manera, en el caso del depósito, es decisión del depositario el lugar donde será colocada la cosa.

En tercer término, tenemos a quienes van a ser objeto del presente estudio, es decir, a quienes a causa de un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad, se encuentran en relación con una cosa, de la que otro es poseedor: son los llamados "servidores de la posesión".

Yuxtaposición local: por último están los supuestos de yuxtaposición local, en los que la persona tiene un mero contacto físico con la cosa. No existe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poder sobre la cosa, careciendo en absoluto el sujeto de voluntad. Ejemplo: persona dormida, a quien alguien le pone una cosa en la mano(7)(311). Como vemos existe una jerarquía entre los distintos tipos de relaciones entre una persona y una cosa. El grado superior lo ocupa la posesión: el poseedor actúa como "señor" de la cosa. Le sigue el tenedor quien, si bien su poder sobre la cosa es delegado por el poseedor, goza de cierta autonomía dentro de los términos del título de la tenencia. El tercer orden lo tienen los servidores de la posesión; siendo el grado más bajo los supuestos de yuxtaposición local.

2. CONCEPTO

Se denominan doctrinariamente "servidores de la posesión" a las personas que a causa de un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad se encuentran en relación con una cosa de la que otro es poseedor, y del cual reciben instrucciones referentes a ella.

Son ejemplos de servidores de la posesión, la dactilógrafa y su relación con la máquina de escribir, que su empleador pone a su disposición para el cumplimiento de su trabajo (relación de dependencia); el huésped y su relación con el mobiliario de la habitación del hotel que ocupa (relación de hospedaje); el visitante y su relación con la copa en la que su anfitrión le sirve vino (relación de hospitalidad).

La expresión "servidor de la posesión" la acuñó Bekker en Alemania(8)(312).

3. CONFIGURACIÓN

El servidor de la posesión:

1) No es poseedor: no tiene el señorío sobre la cosa que entraña la posesión. Físicamente el servidor tiene la cosa, pero no la posee para sí, no domina el objeto poseído. Así afirma Puig Brutau(9)(313): "El propietario posee a través de un simple instrumento humano puesto a su servicio. Así el taxista que conduce el vehículo, propiedad de una compañía de transporte no posee el coche, sino que actúa como representante o servidor de la única posesión que sobre el coche tiene la compañía propietaria. . . "

2) No es tenedor: no tiene poder de hecho delegado por el poseedor, en virtud del cual gozaría de cierta autonomía con respecto a la cosa. Como dijimos anteriormente el poder permanece en el poseedor. Así el tenedor puede usar y gozar de la cosa dentro de los términos del contrato; el servidor carece de ese derecho.

3) No constituye un supuesto de yuxtaposición local: la yuxtaposición local supone un contacto físico con la cosa hecho sin voluntad. Debemos tener

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presente que Molinario(10)(314)considera a la figura del "servidor de la posesión" como una hipótesis de yuxtaposición. Dicho autor distingue dentro del género "yuxtaposición" dos especies: la yuxtaposición consciente y la inconsciente. Dentro de la primera especie encuadra al "servidor de la posesión", en el cual - afirma Molinario - "existe no solamente conciencia sino también cierta especie de voluntad".

Dice Molinario: "La actividad humana que despliega el servidor de la posesión es tratada como cosa que se adjunta a los objetos a los cuales el sujeto se halla yuxtapuesto por razón de los servicios que presta..."(11)(315) Para Molinario, en los casos de yuxtaposición inconsciente hay ausencia de voluntad. En realidad, los supuestos de yuxtaposición inconsciente que menciona el autor son los que nosotros hemos tratado como yuxtaposición local.

4) La relación del sujeto con la cosa a causa de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad es voluntaria: de tal manera el obrero que usa las herramientas de su patrón realiza un acto voluntario. El huésped que se sienta en la silla que se encuentra en la habitación del hotel también efectúa un acto voluntario. El poder, sin embargo, está en manos como dijimos del poseedor.

5) El sujeto no tiene poder sobre la cosa: si bien dijimos en el apartado anterior que existe voluntad en el uso de la cosa, no tiene poder sobre ella, el cual está en manos de otro que es poseedor (patrón, posadero, anfitrión). El servidor carece de poder decisorio, recibe instrucciones del poseedor. Hernández Gil(12)(316)refiriéndose al servidor de la posesión manifiesta que "no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa, ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión. Esta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones..."

Por otra parte, Puig Brutau(13)(317)afirma que "no existen dos posesiones distintas subordinadas, sino que existe únicamente la posesión del que tiene autoridad sobre el servidor".

6) La relación con la cosa es accesoria a un vínculo principal que lo constituye la relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad: de allí que al extinguirse la relación principal, el vínculo con la cosa también termina. Ciertos autores, como Allende(14)(318), consideran a la configuración del "servidor de la posesión" como una separación "sutil y compleja", al no poder diferenciarse claramente en la práctica al poseedor del servidor de la posesión: "No contentos los nuevos códigos con haber complicado el concepto de posesión, dividiéndola en posesión mediata e inmediata, originaria v derivada, con todas sus múltiples combinaciones, nos traen la separación de todos estos señores con los servidores de la posesión."

Por su parte Wieland, C. en Des droits réels dans le Code Civil suisse, París, 1914, págs. 362 a 364, citado por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Russomanno(15)(319)demostrando su desconcierto, dice así: "Es imposible, se ve, formular una noción uniforme del poseedor y del instrumento de la posesión, poner una definición que agote todas las hipótesis que se puedan soñar." "Nada se opone por otra parte a que una persona revista el carácter de poseedor desde cierto punto de vista, y que sea privada del mismo de otro."

4. EL SERVIDOR DE LA POSESIÓN EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Como dijimos anteriormente, la expresión "servidor de la posesión" es una creación doctrinaria, no empleada por nuestra legislación.

Ello no significa que no exista en nuestro derecho positivo. El art. 2490, luego de la reforma introducida por la ley 17711, se refiere a los mismos a fin de exceptuarlos del ejercicio de la acción de despojo: "Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores o cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad."

La reforma al mencionado artículo tiene su origen en el artículo 1168 del Código Civil italiano(16)(320)que dice: "Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión, puede dentro de un año a contar el autor de dicho despojo la reintegración de la posesión. La acción se concede también a quien tiene la detentación de la cosa, salvo el caso de que la tenga por razones de servicio o de hospitalidad."

En consecuencia, luego de la reforma introducida por la ley 17711, los servidores de la posesión están expresamente configurados en el art. 2490 del Código Civil.

Hemos elaborado el concepto de "servidor de la posesión" y procedido a su configuración y ubicación dentro de la escala jerárquica de los distintos tipos de relaciones entre una persona y una cosa.

Procederemos ahora a analizar los caracteres particulares de las tres especies de servidores de la posesión, es decir, de quienes se encuentran en relación con una cosa a causa de:

- 1º) Un vínculo de dependencia;
- 2º) un vínculo de hospedaje;
- 3º) un vínculo de hospitalidad.

5. PRIMER SUPUESTO: QUIENES SE HALLAN EN RELACIÓN CON UNA COSA A CAUSA DE UN VÍNCULO DE DEPENDENCIA

En este supuesto existe un vínculo jurídico entre el poseedor y el servidor, que es una relación de dependencia. En virtud de ese vínculo el dependiente está subordinado al poseedor. Para Wolff(17)(321), el poseedor y el servidor de la posesión no son "dos personas de iguales derechos individuales, sino como unidos por una relación social de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autoridad y subordinación".

El dependiente, es decir el servidor, carece de poder decisorio, está sujeto a las órdenes del poseedor, recibiendo instrucciones del mismo. El servidor se encuentra al "servicio" de la posesión.

Ubicamos en este supuesto la relación de dependencia laboral entre obrero y patrono: esta relación puede ser continua o transitoria, como son los contratos de trabajo a plazo fijo (por días, meses o años) o por obra (se celebran para la realización de un tarea determinada) .

Puede ocurrir que el dependiente sea ayudado por un auxiliar, que a su vez se encuentra en relación de dependencia con el empleador. Si ambos están en relación con la cosa, ambos serán servidores de la posesión.

La relación de dependencia entre el poseedor y el servidor de la posesión puede no ser fácilmente visible(18)(322), como el caso de los empleados que aparecen a los ojos de terceros como dueños del negocio: recurriremos entonces a las pautas que dimos anteriormente, para determinar si la relación entre una persona y una cosa es posesión.

Si el sujeto se comporta como "señor" de la cosa, nos encontraremos frente a un poseedor, y si recibe instrucciones de otro con referencia a ella, se tratará de un servidor de la posesión.

Así manifiesta Mario C. Russomanno(19)(323): "La única posibilidad de distinguir entre poseedor, tenedor y servidor de la posesión debe hallarse en otro elemento aparte del mero poder de hecho o «corpus». Debe verse el origen de la relación en cada caso, o lo que es igual examinado el título, es decir ni más ni menos que la causa possessionis."

La relación de dependencia entre poseedor y servidor puede ser de derecho público o privado.

Existen casas pertenecientes a organismos estatales protectores de menores destinadas a albergar niños en desamparo, a cuyo frente dicho organismo coloca a matrimonios cuya función principal es la de cuidar a esos menores. El derecho del matrimonio (que no son empleados públicos) a permanecer en la casa o "pequeño hogar" es accesorio de la función principal que desempeña (cuidado de los menores), por cuanto no podría cuidar de los niños sin vivir en dicho lugar. El matrimonio es servidor de la posesión con respecto a la casa - hogar teniendo con relación al organismo estatal un vínculo de dependencia de derecho público.

Wolff(20)(324)incluye también en esta categoría al soldado que es "servidor de la posesión" en cuanto a sus armas, su cama en el cuartel, el uniforme que se le entrega; el preso es servidor de la posesión en cuanto a los vestidos, los útiles para el trabajo, etcétera".

La relación de dependencia puede ser de derecho privado, como la relación que media entre un empleador y sus empleados y obreros contemplada por la legislación laboral.

El hecho de prestar servicios para los que se requiere un título universitario (ej., médico que utiliza el instrumental de la clínica con la que tiene una relación de dependencia) no es obstáculo para que se trate de un servidor de la posesión. Mientras el profesional esté en contacto con una cosa, en razón de un vínculo de dependencia, será servidor de la posesión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para Wolff(21)(325), el niño que juega con los elementos que el padre le entrega para dicho fin es servidor de la posesión con respecto a los mismos. Hay en la relación entre los hijos y los padres una dependencia jurídico - social.

6. SEGUNDO SUPUESTO: QUIENES SE HALLAN EN RELACIÓN CON UNA COSA A CAUSA DE UN VÍNCULO DE HOSPEDAJE

El contrato de hospedaje es un contrato de los llamados "innominados" que se rige por las normas del art. 1197 y sigtes. Se lo conoce también como contrato de pensión o alojamiento. Es un contrato real, y por lo tanto sólo queda concluido con la entrega de los efectos del huésped en el lugar del hospedaje, aun cuando no se los haya entregado directamente al hotelero o a sus dependientes y aunque ellos tengan la llave de la habitación donde se hallan los efectos. (conf. 2190 y 2229, Cód. Civil).

El hotelero se obliga por un precio a dar al viajero alojamiento y una serie de servicios accesorios, tales como limpieza, moblaje y entrega de correspondencia.

El viajero puede gozar de la habitación que ocupa y usar los muebles que se encuentran en la misma, pero tiene un poder autónomo sobre ellos, no es poseedor ni tenedor. El vínculo que lo une con ese inmueble y los muebles existentes en él, depende de la existencia del contrato de hospedaje. Por ello, extinguido el contrato, si el viajero se niega a abandonar la habitación del hotel que ocupa configura el delito de usurpación (art. 181, inc. 1° del Cód. Penal), como estudiaremos más adelante.

Por su parte, el hotelero mantiene la posesión de la habitación en que se aloja el viajero. "A diferencia de la locación en que el locador hace tradición de la tenencia de la cosa, en el contrato de pensión quien la concede no «transmite» ni «entrega» al ocupante la habitación. Le da alojamiento en un lugar de cuya tenencia no se desprende, ni aun precariamente." (CNPaz, Sala I, junio 14 - 963, E.D. 7 - 458, fallo 4.006). "El hospedaje no configura posesión ni tenencia, sino mero uso de las instalaciones del establecimiento." (CNCiv., Sala E, marzo 28 - 963, E.D. 9 - 196, fallo 4.884). "La relación fundamental de huésped a hospederero se agota en las recíprocas prestaciones, sin que aparezca en ello la locación, por cuanto el hospederero retiene la tenencia, ocupación y disposición de la habitación y ambientes que el huésped usa." (S.C. Bs. As., sep. 3 - 968, E.D. 25 - 373, fallo 12.803) .

El hotelero está obligado a cumplir una serie de prestaciones que no podría satisfacer si hace entrega de la posesión de la habitación. Es el caso de la obligación de custodia que tiene sobre las pertenencias que se hallan en la habitación del pasajero. "Lo que distingue el hospedaje de la locación de cosas es la prestación de servicios accesorios y el hecho de que la habitación esté bajo la vigilancia del aposentador." (CNPaz, Sala IV, dic. - 2- 961.)

El hotelero responde así de todo daño o pérdida que sufran los efectos del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

viajero que se hallan en el hotel (art. 2231), ya sea por culpa del mismo hotelero o de sus dependientes o de otros pasajeros del hotel (art. 2230). Sin embargo, no es responsable de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros (art. 2230), ni cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor o de culpa del viajero (art. 2236).

7. TERCER SUPUESTO: QUIENES SE ENCUENTRAN EN RELACIÓN CON LA COSA EN VIRTUD DE UN VÍNCULO DE HOSPITALIDAD

En este supuesto, una persona (servidor de la posesión) se halla en contacto con una cosa, de la que otro es poseedor (anfitrión) a causa de un vínculo de hospitalidad.

El anfitrión que tiene invitados a cenar, por ejemplo, mantiene la posesión del inmueble donde se realiza la reunión, como así también de la vajilla y del mobiliario que se encuentran en el mismo. Por el contrario, los visitantes no ejercen ningún poder sobre el inmueble, la vajilla o el mobiliario; son servidores de la posesión. No podrán cambiar, por sí mismos, el lugar de los muebles, ni ocupar otra habitación, etcétera.

La relación de los comensales con el inmueble y lo que se encuentra dentro de él existe en virtud del vínculo de amistad que los une con el anfitrión, y no puede extenderse más allá de los mismos.

"Las relaciones de hospedaje u hospitalidad" implican "el simple contacto con la cosa, pues el poder sobre las mismas está en manos de otro"... (CNCrim. y Corr., Sala 5º, 24/2/83, "Novelli, Ricardo B.", J.A. 1983 - III) ". .. lo único que aparece es un acto de hospitalidad de su parte, que no permitiría considerar al beneficiario como tenedor en los términos del Código Civil que es lo que informa el C.P, art. 181, inc. 1. La relación de hospitalidad ha sido contemplada al reformar la ley 17711 el art. 2490, Cód. Civil, quitando dicha relación a la de hospedaje y a la dependencia, calificados en doctrina de «servidores de la posesión», la acción de despojo que la misma norma reformada extiende a los tenedores (CNCrim. y Corr., Sala 4º, 12/9/78, Marchisio, Emma E.", J.A. 1980 - II, pág. 655).

No debemos confundir a quien es servidor de la posesión en virtud de un vínculo de hospitalidad, con quien tiene la cosa en calidad de comodatario.

El comodato es un contrato real y gratuito por el cual una persona (comodante) entrega gratuitamente a otra (comodatario) una cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible, a fin de que ésta la use devolviéndole luego la misma cosa(22)(326).

El servidor de la posesión y el comodatario tienen en común el estar en relación con la cosa, en razón de un vínculo de cortesía o complacencia. Sin embargo el comodatario es tenedor interesado (art. 2462, inc. 1) y no servidor de la posesión.

El comodante tiene la obligación de dejar al comodatario el uso de la cosa prestada durante todo el tiempo convenido (art. 2283). El comodatario no recibe como en el caso del servidor de la posesión instrucciones con referencia a la cosa; por el contrario, goza del derecho de usarla dentro de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los términos del contrato, y si éste no lo contemplara debe usarla conforme al destino de la cosa, a su naturaleza o costumbre del país (art. 2268).

El comodatario está legitimado para ejercer los remedios posesorios(23)(327)aun contra el comodante, gozando también de la tutela penal en su relación con la cosa (art. 181, inc. 1 del Cód. Penal)(24)(328). El servidor de la posesión no goza, como veremos en el apartado siguiente, de dichas defensas.

Si el comodatario permanece en el uso del inmueble no restituyéndolo al término del contrato, el comodante podrá iniciar juicio de desalojo. Por el contrario, de tratarse de un servidor de la posesión no es necesario entablar dicha acción judicial como veremos más adelante.

8. DEFENSAS

La posesión puede ser defendida extrajudicialmente o judicialmente.

La defensa extrajudicial o privada de la posesión es una aplicación del principio de la legítima defensa de la persona y de sus derechos, siendo consagrado en el art. 2470 del Código Civil: "El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la Justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa."(25)(329)

El servidor de la posesión sólo goza de esta defensa extrajudicial, ya que el art. 2470 protege al "hecho de la posesión" (es decir, el corpus possessionis), el que se encuentra tanto en el caso del poseedor como del tenedor y del servidor de la posesión.

Por lo tanto, el servidor de la posesión podrá defender su relación con la cosa extrajudicialmente, siempre que se den las cuatro condiciones del art. 2470.

Para Wolff(26)(330)es justamente la facultad del servidor de defender extrajudicialmente la posesión lo que lo distingue de terceros no poseedores: ". . .le es lícito defender la cosa por la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor mismo, tal como no sería lícito a otro tercero".

Con respecto a la protección judicial debemos recordar que existen(27)(331)dos acciones genuinamente posesorias, cuyo fundamento es la existencia aparente de un derecho real presunto, que son la acción posesoria de mantener en caso de turbación (arts. 2487, 2495, 2496 y 2497) y la acción posesoria de restituir o recobrar en caso de desposesión (arts. 2487 y 2491).

El "servidor de la posesión" no está legitimado para ejercerlas, en razón de competir las mismas sólo al poseedor calificado (posesión anual, continua, no interrumpida y no viciosa).

El servidor tampoco goza de los "remedios posesorios", cuyo fundamento "es: a) impedir el acto de propia autoridad; b) velar por la paz social, y c) preservar el orden jurídico establecido"(28)(332).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los remedios posesorios son dos: remedio posesorio de inquietación o manutención (art. 2469) en caso de turbación y la acción de despojo en el de desposesión (art. 2490). Los remedios posesorios competen a los poseedores y tenedores aun viciosos, quedando exceptuados expresamente los tenedores desinteresados y los servidores de la posesión (art. 2490, luego de la reforma introducida por la ley 17711). Si bien este artículo se refiere a la acción de despojo, debe entenderse que también se encuentran exceptuados en el caso de la acción de inquietación o manutención(29)(333). El fundamento de dicha exclusión es el siguiente: los servidores de la posesión carecen de poder sobre la cosa, su relación con ella es accesoria al vínculo principal. En caso que los actos de turbación o desposesión provengan de un tercero, deben recurrir al poseedor, quien al tener el poder sobre la cosa podrá ejercer la acción correspondiente.

No está legitimado para ejercer dichas acciones ni aun contra actos de turbación o desposesión del propio poseedor.

De tal manera que si el vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad se extingue acabará también su relación con la cosa.

Puede ocurrir que el servidor de la posesión se niegue a abandonar la cosa una vez extinguida la relación que lo vincula a la misma como si el empleado se niega a dejar la oficina donde trabaja luego de finalizada la relación laboral o si el invitado no se marcha de la casa de su anfitrión luego de terminada la reunión.

El poseedor en estos supuestos deberá primeramente intimarlo de palabra o por acta notarial a abandonar el inmueble. Si el servidor persiste en su actitud, el poseedor no podrá hacerse justicia por sí mismo (art. 2468), deberá recurrir a la autoridad policial a fin de solicitar su intervención.

No será necesario que el poseedor intente acción judicial alguna: el servidor si bien tiene la cosa no la posee, es un instrumento de la posesión de otro del cual recibe instrucciones.

El servidor debe abandonar la cosa aun cuando considere que persisten obligaciones a cumplirse por parte del poseedor, como si el empleador no hubiere abonado las indemnizaciones correspondientes como consecuencia de la extinción de la relación laboral.

El servidor no tiene derecho de retención por no ser tenedor, ni existir conexidad entre el crédito que pudiese corresponderle y la cosa (art. 3939, in fine)(30)(334).

Borda(31)(335)al comentar la exclusión de los servidores de la posesión a la acción de despojo del art. 2490, manifiesta que los casos que se tuvieron en mira al dictarse la reforma de la ley 17711 fueron los antes mencionados: "... Suele ocurrir que el encargado de una casa de renta, la sirvienta de una familia, una vez despedidos, se nieguen a abandonar la habitación que se les cedió en razón del servicio que prestaban. Si el empleador (sea propietario, inquilino, usufructuador, etcétera) consigue sacarlos de la habitación y luego impide su entrada está en su derecho: el dependiente o huésped carece de acción de despojo. . . "

Mariani de Vidal(32)(336), por el contrario, considera al acto del poseedor de impedir el ingreso al servidor, luego de extinguida la relación, como un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto de justicia privada. Según Mariani de Vidal la justicia privada se encuentra expresamente prohibida en el art. 2469 y en el fundamento de la protección posesoria. Para la autora el art. 2470 "es riguroso en cuanto a los requisitos que hacen viable la defensa extrajudicial de la posesión. . .".

Borda(33)(337), rechazando lo manifestado por la autora, dice: "...advuértase, que la utilización de la violencia (prohibida, como principio, en todo estado de derecho) no está excluida totalmente de nuestro régimen legal, la ley autoriza en ciertos extremos al uso de la violencia, aquí estamos en presencia de uno de ellos".(34)(338)

Más aun, ni siquiera puede ser sujeto pasivo del delito de usurpación. Según el art. 181, inc. 1º del Código Penal: «"Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1º) El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble."

Como vemos, el sujeto pasivo debe encontrarse en la posesión o tenencia del inmueble a fin de ser digno de tutela penal. El servidor de la posesión, no es poseedor ni tenedor; por eso no usurpa el que impide la ocupación del inmueble a quien no tiene la posesión ni la tenencia.(35)(339)

Más aun, el servidor de la posesión que a pesar de la intimación del poseedor, se niega a devolver el inmueble que ocupaba en virtud de un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad, comete el delito de usurpación por abuso de confianza - regulado en el art. 181, inc. 1º del Código Penal -.

Fue el plenario "Contarino", el que puso fin a las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales sobre los elementos que configuran el delito de usurpación al resolverse, con 12 votos contra 5 en disidencia, que: "...resuelto el contrato de trabajo, concluye para el encargado de casa de renta todo derecho a permanecer en la casa, precariamente cedida por esa causa y sin que exista derecho de retención y, por lo tanto, su negativa a abandonarla configura el delito de usurpación".

En sentido concordante la justicia penal ya se había manifestado diciendo que "'cesada la relación laboral termina la razón de permanencia del portero encargado, doméstico o empleado en las dependencias que se le habían asignado; y por consiguiente la permanencia ilegítima y arbitraria en aquéllas, comporta el delito de usurpación por abuso de confianza descrito en el art. 181, inc. 1º del Código Penal . (Cám. Nac. Crim. y Correcc., mayo 24 de 1963, revista Derecho del Trabajo, año 1963, t. XXIII, pág. 632, en "Gómez, Guillermo F.") "Importa delito de usurpación por abuso de confianza la actitud del portero de una casa de departamentos que, invocando falsamente la calidad de inquilino, se niega a devolver la vivienda que se le había cedido para el mejor desempeño de sus tareas, pues la ocupación a nombre de otro no configura tenencia, sino que, en ese caso, es una circunstancia accesorio de la locación de servicios." (Cám Nac. Crim. y Correcc. de la Cap. Fed., J.A. 1958 - IV, pág. 72.)

9. SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ciertos servidores de la posesión tienen un régimen de excepción; tales son: los encargados de casas de renta y propiedad horizontal, el personal de servicio doméstico y el tambero mediero.

En los tres casos los servidores de la posesión reciben una vivienda a fin de poder cumplir con la prestación laboral, pero la ley les otorga un término para desocupar el inmueble aun después de finalizada la relación con el poseedor.

Encargados de casa de renta: las condiciones de trabajo de los encargados de casas de renta se encuentran reguladas en la ley 12981, reformada por las leyes 13263 y 21239, en su decreto reglamentario y en las convenciones colectivas de trabajo entre la Federación Argentina de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal y la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal.

El encargado de casa de renta tiene derecho a gozar del uso de una habitación higiénica y adecuada. En los edificios que exista una vivienda destinada a tal fin, no puede alterarse el destino originario de la misma en perjuicio del trabajador. En caso de ser imposible para el empleador la concesión de una vivienda, el trabajador tiene derecho a un complemento de su sueldo (art. 13, ley 12981).

El encargado está obligado a habitar la unidad que se le ha destinado, debiendo mantenerla en perfecto estado de conservación e higiene, destinándola exclusivamente para el uso que le es propio, para habitarla con su familia, integrada por la esposa e hijos, estándole prohibido darle otro destino ni albergue en ella, aunque fuere transitoriamente, a personas extrañas al núcleo familiar (art. 26, inc. 1 de la Convención Colectiva de Trabajo N° 398/75 entre la Federación Argentina de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal y Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal).

En razón de ser la conservación de la vivienda una de las obligaciones del trabajador, su falta de cumplimiento, autoriza el despido con causa, sin obligación de indemnizar. Previamente deberá efectuarse la intimación a reparar o cesar las causas que desnaturalizan el destino o uso de la vivienda.

Al finalizar el contrato de trabajo, cualquiera sea el motivo (despido, renuncia, jubilación, etcétera) el encargado está obligado a desocupar la unidad de vivienda en el plazo de 30 días contados a partir de la fecha de rescisión laboral.

En caso de haberse efectuado preaviso el plazo de 30 días integrará el término legal respectivo (art. 7º, decreto 11296/49).

Vencidos los treinta días de plazo, el administrador, previa intimación, podrá efectuar la denuncia por el delito de usurpación (art. 181, Código Penal, plenario "Contarino, Mario").

Servicio doméstico: el régimen de estos trabajadores está determinado por el decreto - ley 326/56 y su decreto reglamentario 7979/56, y están comprendidas las personas de uno u otro sexo que realicen tareas dentro "de la vida doméstica que no importen para el empleador lucro o beneficio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económico", por un lapso no inferior de un mes, y trabajen no menos de cuatro días por semana y cuatro horas por día para el mismo empleador (art. 1º).

Al personal sin retiro le corresponde percibir en especie una habitación amueblada e higiénica, alimentación sana y suficiente (art. 4º, incs. e y f).

Al cumplir 90 días de servicio, las partes, antes de resolver el contrato, tienen que dar aviso con 5 días de anticipación si la antigüedad del empleado fuera inferior a dos años y 10 cuando fuere mayor. Durante ese lapso el empleado gozará de 2 horas hábiles diarias para buscar nueva ocupación sin desmedro de sus tareas esenciales. Si el contrato fuera disuelto por voluntad del empleador los plazos señalados podrán ser suplidos por el pago de la retribución que corresponde a uno u otro período. En este caso, el trabajador sin retiro tiene que desocupar la habitación en un plazo de 48 horas y entregarla en perfectas condiciones de higiene, así como los "muebles y elementos que se le hayan facilitado" (art. 8º del dec. ley 326/56).

El empleado deberá entonces desocupar la casa, aun cuando se creyere con derecho a percibir cualquier indemnización. La misma obligación tendrán las personas de su familia que convivieran con él y que no trabajen al servicio del dueño de la casa (art. 10, dec. 7979/56).

El art. 11 del dec. 7979/56 agrega que el empleador, a los efectos de la desocupación, podrá requerir el auxilio policial que se prestará de inmediato, sin perjuicio del derecho que pudiera tener el empleado a percibir por la vía correspondiente las indemnizaciones por falta de preaviso o despido.

El tambero mediero: es el trabajador que está a cargo de la explotación de un tambo en participación. Estos trabajadores tienen un estatuto especial de carácter nacional (dec. ley 3750/46) en razón de las particularidades que la explotación de los tambos ofrece(36)(340).

El tambero mediero se encuentra a las órdenes del dueño del tambo y sigue sus instrucciones, o de la persona en quien delegue éste sus funciones. Es derecho del propietario el fijar el horario de trabajo, la forma de explotación, y determinar a quién será entregada la leche.

El propietario del tambo deberá abonar al tambero en concepto de retribución de servicios un porcentaje sobre la producción de leche del tambo que se explota, cualquiera sea la clase de ganado que se utiliza.

En razón de las modalidades del trabajo rural, se obliga legalmente al dueño del tambo a suministrar al tambero - mediero una casa - habitación, con dos o más piezas, cocina y dependencias para la higiene personal, con arreglo a las condiciones ambientales y naturaleza de la explotación, en forma que disponga de una habitación para el matrimonio y otras para los hijos de cada sexo, no siendo indispensable su construcción de ladrillos. Esa población dispondrá además de una habitación para peones, cuando los hubiere, y de un tinglado o ramada para guardar los elementos de trabajo (art. 12). Además concederá al tambero - mediero cerca de la población el uso sin cargo de una hectárea de campo para huerta y crianza de aves, la que deberá ser cercada por cuenta del tambero - mediero, en la ubicación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que fije el propietario (art. 13).

En caso de despido del tambero mediero, éste entregará de inmediato al patrono las haciendas, útiles y enseres del tambo, debiendo facilitar habitación y cocina para el sustituto si así se lo solicitase.

La notificación de la rescisión podrá ser judicial o extrajudicial. El plazo para el desalojo de las poblaciones será de 15 días, vencido cuyo término podrá solicitarse el lanzamiento previo pago o garantía suficiente de lo que resulte de acuerdo al art. 29 (art. 31).

FE DE CONOCIMIENTO Y DOCUMENTOS DE IDENTIDAD(*) (341)

OSCAR E. GAGLIARDI

El Estado, como se sabe, delega la dación de fe en la persona del escribano, por cuanto necesita la existencia de un oficial que lo represente en todas las actuaciones en las que la seguridad y certeza de los elementos que integran la faz documental, cuya facción está a su cargo, se cumplimenten en debida forma. Es la carga que accede al Registro.

El otorgamiento del Registro Notarial no es para privilegiar a nadie, sino en razón de que el Estado requiere tener quien lo sustituya para crear la fe pública que es de su incumbencia. Destacamos que la entrega del Registro no es para satisfacer gremialismo alguno.

Entre aquellos elementos aparece de manera necesaria e ineludible la certificación de que las partes, en lo personal, queden acreditadas y legitimadas debidamente, para lo que la confianza de una intervención eficaz y cierta está basada en el conocimiento que el agente tiene de ellas. Esto ha sido recogido por el legislador con la mayor preocupación, atento a la época en que dictaba las disposiciones relativas a ese punto tan fundamental.

Su énfasis se advierte en la manera que ha establecido lo que llamaríamos el sucedáneo de los testigos de conocimiento, que suplen la falta de éste en el notario inexcusablemente después de que, en la única parte del instrumento en que su autor debe dar fe es precisamente cuando se refiere al mismo, es decir, al conocimiento.

Entiendo que la existencia de ese requisito, tal como lo estableció, es acorde con la aludida confianza que el Estado demanda para la autoría instrumental, por cuanto la necesita para que la circulación de los documentos sea fluida, sobre todo en atención a lo que impone el art. 7º de la Constitución Nacional que resta todo reparo. La afirmación del conocimiento que hace el escribano es indelegable e insustituible y en ella se centra la mayor parte de su responsabilidad.

Existen varias opiniones doctrinarias que califican de anticuada y difícil de ejercitar esa exigencia, dado el cosmopolitismo actual que impide cumplir los dos aspectos del tema con que Vélez Sársfield lo ha contemplado. Si el Estado y la ley nos asignan ese deber, que también es facultad exclusiva de los escribanos y no de otro profesional, es porque en nosotros se siente