

# Derechos reales. Posesión. Publicidad inmobiliaria

## Breve ensayo<sup>1</sup> respecto de este confuso,<sup>2</sup> difuso<sup>3</sup> y profuso<sup>4</sup> instituto de la ciencia del derecho

Domingo C. Cura Grassi

*Sumario: 1. Concepto. 2. De las acciones posesorias. 3. Últimas reflexiones en relación a la publicidad posesoria registral y las conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en el mes de septiembre del año 2011. 4. A manera de conclusión.*

### 1. Concepto

#### 1.1.

Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.<sup>5</sup>

1. Ver nota extendida en p. 80.

2. Ver nota extendida en p. 80.

3. Desde el punto de vista cuantitativo, como veremos más adelante, su importancia es real. Va de la mano del hombre con las cosas (hecho), independientemente de la legalidad (derecho).

4. Son más los enigmas que las respuestas.

5. Artículo 2351 del Código Civil.

6. Ver artículos 2502 ss. y cc. del Código Civil.

7. Ver artículos 2351 ss. y cc., del Código Civil.

8. El derecho real más relevante.

#### 1.2. Aspectos cualitativos y cuantitativos

Cualitativamente, luego de un exhaustivo estudio de nuestro Código Civil, advertimos que, antes de avocarse a los mismísimos derechos reales,<sup>6</sup> Vélez Sarsfield abordó la posesión, adjudicándole un tratamiento privilegiado.<sup>7</sup> Cuantitativamente, le dedicó al tema posesorio ciento cincuenta artículos del Código Civil, que van desde el 2351 hasta el 2501; unos poquitos artículos menos que al dominio<sup>8</sup> y bastante más que a los restantes derechos reales.

#### 1.3. Sus diversas funciones

Como *publicidad*, como *causa*, como *nacimiento*, como *contenido*, como *ejercicio* y como *fundamento* de un derecho.

Es evidente, pues, que la importancia de la posesión dentro del derecho es vital y viene directamente de la mano de la realidad, del contacto del hombre con las cosas (hecho), independientemente de la legalidad (derecho)<sup>9</sup>.

## 2. De las acciones posesorias

### 2.1. Definición

La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial.<sup>10</sup>

Así las cosas, tanto el poseedor como el tenedor, de sufrir dos ataques –como pueden ser turbación y/o desposesión–<sup>11</sup> contarán precisamente con dos herramientas:

- La acción de turbación.<sup>12</sup>
- La acción de despojo.<sup>13</sup>

### 2.2. Fundamentos

Para algunos autores, detrás de la defensa de la posesión está la defensa del derecho de propiedad.<sup>14</sup> Para otros, detrás de la defensa de la posesión se encuentra la defensa de la persona.<sup>15</sup> Nosotros adherimos a esta última postura.

### 2.3. ¿Hecho o derecho?

Respecto del interesante punto referido a la naturaleza del instituto posesorio, precisamente, lo relacionado a las acciones posesorias nos sirve igualmente de argumento para aseverar que la posesión es un hecho, pues si fuera un derecho el afectado, contaría además con las acciones reales. Pero no, el poseedor (hecho), frente a un ataque, cuenta con las acciones posesorias y de manera provisoria. En cambio, el titular dominial (derecho) cuenta con las acciones reales y de manera definitiva.<sup>16</sup>

9. Para nosotros, en lo que respecta a su naturaleza, la posesión es un hecho y no un derecho.

10. Ver artículo 2469 del Código Civil.

11. O despojo.

12. Ver artículo 2496 del Código Civil.

13. Ver artículo 2490 del Código Civil.

14. IHERING, *La posesión*.

15. SAVIGNY, Friedrich von, *Traité de la possession en droit romain*, Bruselas, 1866, 7ª ed., Brylant Chirstophe y compagne.

16. Ver artículos 2756 ss. y cc. del Código Civil.

### 3. Últimas reflexiones en relación con la publicidad posesoria registral y las conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en el mes de septiembre del año 2011

3.1. Nosotros conocemos que los derechos reales son absolutos,<sup>17</sup> es decir, se ejercen contra todos. De ahí que es necesario darlos a conocer, publicitarlos a la sociedad, para que esta los respete. Precisamente, la posesión viene a cumplir con ese cometido en una de sus tantas funciones: su función publicitaria.

3.2. La función publicitaria que desempeña la posesión es más que relevante. Cuando uno habla de *publicidad*, generalmente se queda con la denominada *registral*.

Pero no; precisamente, contamos igualmente con la publicidad posesoria. Y el redactor de nuestro Código Civil lo plasmó de manera explícita en los artículos 3269, 2789, 592, 594, 2384, 2790, 2791, 2792, entre otros. De ahí que nos parezca preocupante alguna idea en el sentido de pasar de un registro declarativo de la propiedad inmobiliaria a otro constitutivo, desconociendo con ello toda la realidad *extraregistrada* existente en nuestro país, desprotegiendo así a un número más que relevante de poseedores (hecho), más allá de considerar los titulares (derecho).<sup>18</sup>

Así, también debemos expresar nuestra disconformidad respecto del derecho real de habitación del cónyuge supérstite y su falta de inscripción registral, otra propuesta que seguramente generará reacciones por quienes opinamos que todos los derechos reales deben inscribirse, precisamente por su naturaleza.

3.3. Respecto de las conclusiones mayoritarias de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión n° 5, “Derechos reales”, a las cuales adherimos, nos parece más que interesante transcribirlas:

La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática.

17. A diferencia de los derechos personales, que son relativos.

18. Ver Suplemento “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 12/9/2011.

#### 4. A manera de conclusión

Estamos a favor de mantener en nuestro sistema de derecho el registro declarativo de la propiedad inmobiliaria, protegiendo con ello a los poseedores, y no así el constitutivo, que los desprotege, como así también la necesidad de inscribir el derecho real de habitación del cónyuge superviviente y todo lo que tenga que ver con las transmisiones dominiales *mortis causa*.<sup>19</sup>

##### Notas extendidas

1. A propósito de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y las terminantes conclusiones de la comisión n° 5, dedicada a los derechos reales: posesión, remedios posesorios, publicidad posesoria y publicidad registral en relación a la importancia de mantener el registro declarativo de la propiedad inmobiliaria.

2. Los autores no se han puesto de acuerdo en su definición, en sus efectos, en sus elementos, en sus caracteres ni en su naturaleza.

Otra bibliografía consultada:

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo 1 “La acción”, Buenos Aires, Ediar, 1956. ALTERINI, Jorge H., “Gravitación de la reforma al artículo 2505, Código Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, U. C. A., tomo 43, p. 1181. Íd., exposición en oportunidad de celebrarse las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre del 2011. ALLENDE, Guillermo, *La posesión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959. ARMELLA, Cristina N., Academia Nacional del Notariado, Seminario Laureano Arturo Moreira, U. C. A., 2009, Colegio de Escribanos, 2010. CASTRO HERNÁNDEZ, Horacio, Conversaciones con el amigo en oportunidad de realizarse los habituales almuerzos de los días jueves en la U. C. A. CURA GRASSI, Domingo C., *La posesión*, vol. II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009. Íd., Derechos reales, volumen VI: Protección de los Derechos reales. Publicidad, Depalma, Buenos Aires, 2000. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, “La doble naturaleza de la posesión”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, , volumen 7, n° 2, 1954, pp. 309-318. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión*, Madrid, Civitas, 1980. HIGHTON, Elena I., *Posesión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986. LORENZETTI, Ricardo L, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000. LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981. MARÍN PÉREZ, Pascual, “Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el derecho español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, septiembre 1943, p. 20. NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Realidad y registro”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus. POTHIER, Roberto, *Tratados de la posesión y prescripción*, Barcelona, Librería de Juan Llodachs, 1880. TROPLONG, Raymond, *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*, Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947. Íd., *Le droit civil expliqué. De la prescription*, Charles Hingray. Librería Editeur, París, 1833/1857.

19. Ver CURA GRASSI, Domingo C., “Registación en las transmisiones dominiales *mortis causa*”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, año 25, n° 16, 22/4/2009, pp. 1007-1008.