

CAPÍTULO 2  
ADQUISICIÓN, EJERCICIO,  
CONSERVACIÓN Y EXTINCIÓN

Por LILIAN N. GURFINDEL DE WENDY

*Bibliografía clásica:* HIGHTON, ELENA, "Hechos y actos jurídicos reales", JA, 1984-III-850; KIPER, CLAUDIO, "¿Posesión de universalidades de hecho?", JA, 2000-IV-940; VERLY, HERNÁN, "Constituto posesorio y quiebra del vendedor depositario", JA, 1995-IV-683.

\*\*\*

**Art. 1922.**— *Adquisición de poder.* Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente:

- a) por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años;
- b) por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente.

**I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO**

La posesión, en tanto relación real, supone un contacto entre el sujeto y la cosa material que constituye su objeto, la detentación de la cosa (corpus) sumado a la intención de tenerla como propia hará adquirir —en principio— la posesión como lo describía el art. 2373, dejando a salvo la adquisición de la posesión por sucesión universal, que era regulada por los arts. 3410, 3415 y 3418; la ficción legal según la cual los herederos mantienen la calidad del causante, en cuanto nos interesa, de poseedor con todas sus ventajas y sus vicios, torna innecesaria la realización de actos materiales de entrega y recepción de las cosas que conforman el acervo hereditario, más aún: los ascendientes, descendientes y cónyuge toman posesión de la herencia aunque ignoren la apertura de la sucesión, los restantes herederos, si bien deben solicitar judicialmente la po-

sesión de la herencia, una vez otorgada, ésta surtirá efectos retroactivos al día de la muerte del causante.

En cuanto a la capacidad para adquirir la posesión o la tenencia, el art. 2392 del Cód. Civil de Vélez requería la capacidad de entender y querer, situación anímica que está presente en las personas mayores de diez años y ausente en los que "no tienen uso completo de su razón" ya fuera en forma temporaria o permanente.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1963.

### II. COMENTARIO

Nótese, y en esta cuestión ponemos especial énfasis, que *adquirir la relación de poder* de ninguna manera es sinónimo de *adquirir el dominio*. Veamos un ejemplo de la vida diaria: dos personas (comprador y vendedor) suscriben un boleto de compraventa por el cual se obligan recíprocamente: el primero a recibir la cosa vendida y pagar el precio convenido y el segundo a entregar esa misma cosa en las condiciones pactadas y otorgar la escritura pública.

Es muy frecuente —en mayor medida en los edificios a estrenar— que el vendedor entregue la posesión del inmueble al comprador difiriendo la escritura; en este supuesto el comprador adquirió la posesión por tradición, sin embargo no será dueño de la cosa hasta que no se cumpla el requisito del título suficiente para hacerle adquirir el derecho real.

El art. 1922 mantiene los lineamientos del Código de Vélez en cuanto a la capacidad requerida y el contacto con la cosa objeto de la relación real.

#### 1. Capacidad

La tradición, como acto jurídico bilateral, requiere capacidad en quien entrega la cosa y en quien la adquiere (art. 1922) y el concurso de la voluntad de ambas partes, a diferencia de la ocupación y la desposesión que son unilaterales. La incapacidad del *tradens* y/o del *accipiens* provoca la nulidad de la tradición.

Nótese que en el caso, no se trata de adquirir un derecho real, sino sólo la relación real con la cosa, sin perjuicio de existir o no un derecho (real o personal) como *causa possessionis*, de allí que no se requiere capacidad para contratar (mayoría de edad) sino una capacidad mínima que permita comprender los actos que se realizan.

#### 2. Contacto con la cosa

La aprehensión de la cosa no implica necesariamente el contacto material con ella, basta la posibilidad de disponer en cualquier momento

o de recrear cuántas veces sea necesaria la relación con el objeto; como señala Vélez en la nota al art. 2374 el contacto personal no es necesaria para la adquisición, basta la sola vista de la cosa presente. Así, para tomar un fundo no es necesario entrar en él siendo suficiente abarcarlo con la mirada; en las cosas muebles, la simple presencia del objeto y su disponibilidad reemplazan la aprehensión real.

La adquisición de la relación de poder requiere el corpus (entendido en el sentido antes expresado) y la intencionalidad que se exterioriza mediante la realización de los actos posesorios que luego analizaremos (ver art. 1928).

### III. JURISPRUDENCIA

1. Las tareas rurales de explotación, el alambrado y mantenimiento, el desmalezado siembra y cosecha, crianza de animales son actos posesorios (CCiv. y Com. Córdoba, sala 8ª, 29/7/2009, Lexis Nº 1/70059259-3).

2. La posesión no sólo se puede tener por sí sino por otros, y para su conservación no es necesario estar siempre en contacto material con la cosa, o ejercer permanentemente actos posesorios sobre ella, sino que es suficiente con la intención o ánimo de conservarla (CCiv. y Com. San Martín, sala 1ª, 17/5/2005, Lexis Nº 14/136415).

**Art. 1923.— Modos de adquisición.** Las relaciones de poder se adquirieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

**Art. 1924.— Tradición.** Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL: FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Al tratar de la adquisición de la posesión, Vélez distingue entre adquisición derivada y originaria.

La tradición, como acto jurídico bilateral, requiere capacidad en quien entrega la cosa y en quien la adquiere (art. 2392) y el concurso de la voluntad de ambas partes a diferencia de la ocupación y la desposesión que son unilaterales. La incapacidad del *tradens* y/o del *accipiens* provoca la nulidad de la tradición (art. 2399).

El art. 2375 prevé el supuesto de adquisición originaria de la posesión por la ocupación y se refiere a cosas sin dueño. En ésta habrá siempre un acto unilateral llevado a cabo por la sola voluntad del poseedor y está referido a cosas muebles puesto que los inmuebles siempre tienen dueño, ya fueran los particulares o el estado y por tanto no son apropiables sino transmisibles por tradición.

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1864 y 1865.

### II. COMENTARIO

#### 1. Tradición

Las relaciones de poder sobre las cosas muebles o inmuebles que tienen dueño (y por ende poseedor legítimo) pueden ser adquiridas con la concurrencia de la voluntad de aquél, en cuyo caso será necesaria la tradición, o contra su voluntad, como en los supuestos de desposesión, sea ésta violenta o no; en el primer caso el adquirente tendrá una posesión legítima, en el segundo será poseedor ilegítimo y de mala fe, pudiendo concurrir alguno de los vicios de la posesión ya analizados.

El acto jurídico tradición produce el desplazamiento de la potestad del transmitente al adquirente, voluntad que no es válida si se manifiesta en meras declaraciones sino que debe exteriorizarse en actos materiales que el Código menciona en forma enumerativa (ver art. 1928).

En este punto el Código Civil y Comercial recientemente sancionado mantiene el principio del art. 2378 del régimen anterior, según el cual resulta de ningún valor aquella cláusula que usualmente aparece en las escrituras públicas que instrumentan títulos suficientes para la adquisición del dominio (compraventa, donación, permuta) que dicen: "En este acto el comprador declara que el vendedor le ha hecho entrega del inmueble cumpliéndose de tal forma los requisitos de la tradición".

Sin embargo, conforme surge de la letra del art. 1924, la citada declaración resulta inválida ante terceros pero oponible a las partes y personas que participaron del acto jurídico tradición.

Esta solución mantiene un paralelismo con lo dispuesto en la ley registral 17.801 cuando en su art. 22 dispone: "Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a la responsabilidad civil y sanciones penales que pudieran corresponder".

Ambos preceptos se basan en la doctrina de los actos propios según la cual nadie puede alegar su propia torpeza basada, en este caso, en el desconocimiento de la ley.

#### 2. No es necesaria la tradición

En el comentario al art. 1892 se analizó la tradición como modo suficiente para la transmisión de derechos reales y las situaciones en las que no es necesaria la tradición, por lo cual allí remitimos.

#### 3. Apoderamiento

El art. 1923 concluye enunciando: "La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa".

Al reseñar brevemente el Cód. Civil mencionamos que su art. 2375 hacía referencia a la adquisición originaria, es decir, de las cosas sin dueño. Allí se utilizaban los términos *ocupación* y *aprehensión*.

La norma bajo análisis (art. 1923) se refiere a este modo de adquirir la posesión como apoderamiento, y a nuestro entender tiene un alcance más amplio que en el Código anterior; la tradición es un acto jurídico bilateral de entrega y recepción de la cosa, el apoderamiento es un hecho voluntario que puede ser lícito (ver adquisición por apropiación, art. 1947), o ilícito (posesión viciosa, art. 1921). Por su parte, el art. 1928, al enunciar los actos posesorios, incluye el "apoderamiento", sin distinguir entre cosas muebles e inmuebles.

### III. JURISPRUDENCIA

1. La posesión de los compradores durante largo tiempo consentido por los vendedores implica de parte de éstos el reconocimiento de la subsistencia del derecho a poseer el inmueble sustentado en los boletos de compraventa de los inmuebles enajenados (CNCiv., sala H, 6/2/2001, LA LEY, 2001-E, 179 - DJ, 2001-3-172).

2. Para que se tenga por acreditada la tradición *brevi manu*, además de la celebración del acto que provoca la mutación de la relación posesoria debe agregarse la notificación al tenedor del cambio operado en

la persona cuya posesión representa (CNCiv. sala H, 17/4/1997, Lexis N° 1/10209961 / 1/10209956).

3. Las declaraciones formuladas por las partes en un instrumento privado respecto de la entrega de la posesión, resultan eficaces entre ellas mientras no queden desvirtuadas por la prueba (SCBA, 8/9/2004, Lexis N° 14/98314).

4. La tradición es un acto jurídico y se constituye por acuerdo y entrega material; el primer elemento —que equivale a contrato— no basta para que se tenga por cumplida la tradición, requiriéndose actos materiales que se correspondan efectivamente con las declaraciones de voluntad intercambiadas. Previene en este sentido nuestra ley, que la simple declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no supe las formas legales (CCiv. Com. Minas Paz y Tib. Mendoza, sala 4ª, 9/5/2008, Lexis 1/70044762-5).

**Art. 1925.— Otras formas de tradición.** También se considera hecha la tradición de cosas muebles, por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y si son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez, después de establecer la tradición como una de las formas de adquirir la posesión, dedica el art. 2384 a enumerar actos posesorios de cosas inmuebles y el art. 2388 para detallar aquellos actos que son considerados traditivos, cuando se transfieren cosas muebles.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1866.

#### II. COMENTARIO

En la tradición de cosas muebles se consideran actos posesorios la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas, u otros documentos. También en este caso hay una entrega voluntaria de la documentación y una recepción de conformidad, expresada en la última parte del art. 1925 cuando condiciona la validez del acto jurídico a que "el adquirente aprueba el envío".

En todo caso será indispensable prestar atención no sólo al acto jurídico *tradición* sino fundamentalmente a la relación con la cosa que sobreviene a esa entrega pues ella permite inferir el derecho real subyacente. Al prolongarse en el tiempo la exteriorización de ese derecho real

la relación de poder adquiere ese carácter de publicidad que el derecho le reconoce. Más aún, si esa posesión no fuera pública no sería posible la prescripción adquisitiva ni el ejercicio de las acciones posesorias en sentido estricto.

Hay que hacer notar que en el Código velezano aparecían otras formas de tradición respecto de cosas muebles no recibidas en el sistema que lo reemplaza, por ejemplo: a) cuando la cosa está en caja cerrada o almacen: la entrega de las llaves (art. 2385); b) colocar la cosa en un lugar que esté a exclusiva disposición del adquirente, aunque se trate de un depósito alquilado (art. 2386); c) remitirla a un tercero designado por el adquirente (art. 2386); d) en el caso de cosas fruturas, por ejemplo: tierra, madera, frutos, a partir de cada extracción con el permiso del poseedor del inmueble (art. 2376); e) cuando se trata de acciones endosables, con el endoso, sin necesidad de notificación al deudor (art. 2390); f) en acciones al portador la tradición de los títulos se juzgará efectuada cuando fue notificada al deudor o aceptada por él (art. 2391).

A pesar de haberse desechado la extremada casuística del Código de Vélez, la enumeración de las formas de tradición allí contenidas ejemplifican otros tantos supuestos en los cuales cabe considerar adquirida por este medio la relación de poder.

**Art. 1926.— Relación de poder vacua.** Para adquirir por tradición la posesión o la tenencia, la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los actos materiales necesarios para la tradición sólo podrán llevarse a cabo si el inmueble está desocupado, es lo que se denomina posesión vacua, requisito que proviene del art. 2383 en cuanto dispone que para hacer la tradición es necesario que la finca esté libre de cualquier otra posesión y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome, planteando dos hipótesis: a) inmueble vacío y b) sin contradictor.

El principio del cual parte Vélez en la norma citada es que no puede haber dos poseedores sobre la misma cosa (salvo el caso de coposesión) de allí que el inmueble cuya tradición se efectúa debe estar desocupado, libre de personas que se consideren dueños de él; sin embargo, si la finca estuviese ocupada por un tenedor la tradición que se haga de ella es válida, apareciendo aquí el instituto de la *traditio brevi manu*. La explicación es sencilla: el tenedor no se considera propietario de la cosa ni actúa como tal sino que reconoce la titularidad del derecho en otra persona.

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1867.

## II. COMENTARIO

El art. 1926 mantiene la exigencia del art. 2383 del Código anterior, con la salvedad que se aplica tanto a la posesión como a la tenencia.

La redacción ha sido mejorada y se hace mención a que la cosa debe estar "libre de toda relación excluyente". Se hace aquí referencia al principio de no concurrencia establecido en el art. 1913, por lo cual remitimos a su comentario.

Es claro que si una persona está instalada en el inmueble, aún como poseedor vicioso, y se niega a desocuparlo, es de toda razón suponer que no se podrán llevar adelante los actos posesorios requeridos por la ley.

**Art. 1927.— Relación de poder sobre universalidad de hecho.** La relación de poder sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara, abarca sólo las partes individuales que comprende la cosa.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 2404 del Código de Vélez contenía una disposición similar a la del actual art. 1927, salvo que se refería sólo a la posesión y no a la relación de poder (posesión y tenencia).

En la nota al art. 2312 el codificador explica que hay dos clases de universalidades: por intención de propietario (*universitas facti*) o universalidad de derecho (*universitas iuris*). En consonancia con la regla establecida en el art. 2400 en cuanto que sólo las cosas actuales y determinadas pueden ser objeto de la posesión (y agregamos de la tenencia) las universalidades no pueden constituir el objeto de la relación real.

Fuente: Cód. Civil, art. 2404.

### II. COMENTARIO

Como ya adelantamos, el art. 1927 actual sigue los principios del anterior art. 2404.

La norma se refiere a la relación de poder sobre universalidad de hecho, es decir: una pluralidad de cosas agrupadas por voluntad del propietario y no a la universalidad de derecho, por ejemplo, el acervo hereditario, que se reglamenta por separado.

Sin embargo, a los fines de la acción reivindicatoria, el art. 2252, siguiendo los lineamientos del art. 2764 del Código de Vélez, autoriza la

persecución de la universalidad de hecho como un todo sin necesidad de reivindicar cada una de las cosas que la componen.

Es de señalar que en este punto el nuevo Código se aparta del Proyecto de Código Unificado de 1998, cuyo art. 1869 establecía la regla conararia: "si el objeto es una universalidad de hecho, basta con establecer la relación real sobre el conjunto de las cosas que lo compongan..." en la medida que se reúnan los requisitos necesarios para adquirir la posesión.

El mantenimiento del sistema adoptado por Vélez respecto de la adquisición de la posesión (y tenencia) de universalidades de hecho, ha sido defendido por la doctrina señalando sus bondades respecto de: i) evita complicaciones derivadas de la existencia de cosas ajenas, hurtadas o perdidas, en el conjunto, ii) este sistema de adquisición guarda relación con el de extinción de la relación real, de modo que ésta se perderá individualmente para cada componente físico del conjunto (Kiper, Claudio).

**Art. 1928.— Actos posesorios.** Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 2384 del Cód. Civil conceptualiza los llamados actos posesorios mediante su enunciación; tratándose de inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y su ocupación. Con respecto a la ocupación la última parte del citado artículo dice que puede hacerse en "alguna de sus partes" esto es: posesión parcial; en tal caso los actos posesorios realizados sobre una parte de la finca se considerará que abarcan la totalidad de ella y permittien adquirir por tradición el todo y no sólo la parte sobre la cual se ejerció esa potestad.

El art. 2380 menciona también una modalidad de tradición de inmuebles: desistimiento del anterior poseedor y realización de actos posesorios por parte del poseedor actual sin oposición del anterior.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1870.

### II. COMENTARIO

El artículo bajo análisis mantiene la denominación de "actos posesorios" del Código de Vélez, a diferencia del Proyecto de 1998 que los identificaba como "actos de ejercicio del poder de hecho sobre la cosa", sin embargo es idéntico en su contenido a este último.

Dado que la enumeración contenida en la norma es sólo enunciativa, no sólo los actos allí mencionados serán considerados actos posesorios, sino también pueden serlo aquellos mencionados en el Código anterior u otros similares.

La jurisprudencia, por su parte, ha considerado actos posesorios: la mensura y deslinde judicial (CJ Salta, 8/8/1958, JA, 1958-III-413), el pago de impuestos realizado en forma periódica y por lapsos prolongados (CJ Civ. y Com. Córdoba, 27/8/1954, DILL-IV-1166), la locación del inmueble (CN Civ., sala C, 6/11/1973, LA LEY, 154-76). De ese modo, quien hubiese cercado o construido, dado el inmueble en arrendamiento o realizado en él cualquier explotación o cultivo, deberá demostrar cada uno de estos actos posesorios para acreditar el hecho de su posesión (Lafaille, *Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, cit., t. I, ps. 605 y ss.).

Cualquiera de las acciones realizadas por quien se dice poseedor que configuran actos posesorios como los hasta aquí enunciados, deben contener además el elemento intencional, el *animus* de obrar como propietario del inmueble. De allí que no deben confundirse los actos posesorios con los de mera tolerancia del dueño quien, por razones de vecindad o de buena voluntad puede permitir a su vecino la realización de ciertas acciones que no implican desprenderse de su posesión actual (SCBA, Ac. 25.233 del 11/7/1978, en AYS, 1978-II-262).

Como señala la última parte del art. 1928, realizados uno o varios de los actos posesorios, incluida la exclusión de terceros, el apoderamiento "por cualquier modo que se obtenga" hace adquirir la posesión, como lo prescribe el art. 1923 (ver comentario).

### III. JURISPRUDENCIA

1. Sólo puede adquirirse por tradición la posesión de inmuebles mediante la realización de actos materiales, y cuando el inmueble esté libre de toda otra posesión y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome (CSJN, 3/4/1986, JA, 1987-I-238).

2. La existencia de actos posesorios, como son la construcción de una vivienda, corrales para animales, pozo para la extracción de agua, revelan la existencia de algo más que una mera tenencia, surgiendo claramente de ellos, una neta conducta posesoria (SC Mendoza, sala I, 2/2/1993, JA, 1993-II-572).

**Art. 1929.— Conservación.** La relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria.

**Art. 1930.— Presunción de continuidad.** Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. PUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código de Vélez la posesión implicaba un señorío sobre la cosa que requiriere de dos elementos: la relación real inmediata, ya sea consiguiente o con la posibilidad de establecerla en cualquier momento, y la intención de ejercer sobre ella un derecho real comportándose al respecto como si fuera su dueño.

En ese sistema el elemento anímico es de tal envergadura que la posesión puede conservarse sólo *animus*, situación delineada en los arts. 2447, 2450 y 2457. El art. 2450, que debe ser interpretado en consonancia con el 2457, prevé la pérdida material de una cosa sin que ello implique la pérdida de la posesión.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1871, 1872.

### II. COMENTARIO

Los principios de conservación de la relación de poder y de la presunción de continuidad tienen sus raíces en las normas del Código Civil antes citadas, aunque con un lenguaje más preciso y extensivo a la tenencia (y no sólo a la posesión como en el régimen anterior).

El titular de la relación de poder (poseedor o tenedor) no sólo tiene para sí la presunción de legitimidad de su relación sino también la de su continuidad hasta el momento en que se extingue, ello así por cuanto una vez adquirida por tradición (o sus sucedáneos) no es necesario que haga un ejercicio permanente mediante actos posesorios; por el contrario, aunque hubiera una imposibilidad temporaria para ejercer actos posesorios, la relación de disponibilidad, es decir, la posibilidad de establecer el contacto físico con la cosa que se encuentra en un lugar al que tiene acceso el poseedor, unida al *animus*, permite mantener la relación real.

La conservación de la posesión *solo animus* implica que el detentador no sólo no pierde la posesión sino que también conserva el ejercicio de las acciones posesorias y la cosa no reviste la calidad de perdida y por lo tanto no es susceptible de apropiación.

### I. Prueba de la posesión o tenencia

Cuando se trata de probar el hecho de la posesión o la tenencia, el Cód. Civ. y Com. también nos informa acerca de cuáles son los principios

que guiarán la decisión judicial, y así se dispone en el art. 2243, al regu- lar la prueba en las acciones posesorias, que "se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua", sin embargo, a diferencia del Código de Vélez, en ningún caso requiere la prueba del título o *causa possessionis*. Ello no quita que, en caso de existir un contra- to de compraventa o de locación como título antecedente, del cual surja la fecha de inicio de la posesión (o tenencia), no se tome esta fecha como válida, haciendo aplicación del art. 1914, al cual remitimos.

### III. JURISPRUDENCIA

La posesión se tiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella; en consecuencia, una vez adquirida se mantiene por inercia, mien- tras no se demuestra lo contrario. En cuanto al *animus*, la posesión se conserva con tal de que se mantenga constantemente la posibilidad de reproducir la voluntad primera; no es necesario ni posible que se tenga constantemente conciencia de la posesión (CNCiv., sala H, 6/2/2001, JA, 2001-III-106, Abeledo Perrot, N° 1/51197).

**Art. 1931.— Extinción.** La posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa.

En particular, hay extinción cuando:

- a) se extingue la cosa;
- b) otro priva al sujeto de la cosa;
- c) el sujeto se encuentra en la imposibilidad física per- durable de ejercer la posesión o la tenencia;
- d) desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida;
- e) el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La posesión puede perderse por: a) desaparición física de la cosa, b) por la voluntad del poseedor, o c) por la acción de un tercero.

a) El art. 2451 plantea dos supuestos de extinción de la cosa mate- rial: destrucción total y transformación; el art. 2452 prevé el supuesto en el cual la relación con la cosa es imposible dado que ésta se encuentra en un estado de indisponibilidad permanente; el art. 2459 se refiere a la extinción jurídica de la cosa como una forma de pérdida de la posesión.

b) La pérdida de la posesión por voluntad del poseedor puede ser pro- ducirse por la realización de actos bilaterales: tradición o unilaterales: abandono.

c) Los arts. 2455 y 2456 plantean supuestos de pérdida de la posesión por acción de un tercero en el primer caso, en el segundo se suena la in- acción del verdadero poseedor.

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1873.

### II. COMENTARIO

En el apartado anterior sintetizamos la estructura del Cód. Civil de Vélez en cuanto se refiere a la extinción de la posesión porque, en líneas generales, el artículo bajo comentario mantiene causales similares, aun- que sistematizadas de manera diversa y extendidas a la tenencia.

a) En cuanto a la extinción de la cosa objeto de la relación de poder, no se hace distinción entre destrucción y transformación; en este último supuesto la cosa desaparece como tal y se convierte en una cosa distinta (típico ejemplo de cualquier materia prima que deviene en producto ter- minado), pero en todo caso la relación original es imposible de mantener por la desaparición de la cosa transformada.

b) El inc. c) plantea un supuesto diferente relacionado con la imposi- bilidad de mantener una relación física con la cosa, que se corresponde con el caso de *indisponibilidad permanente* del art. 2452 del Cód. Civil, en cuya la nota se menciona el ejemplo de que ella cayera al mar; más que la desaparición física de la cosa, se atiende aquí a su inaccesibilidad, por lo tanto, aunque el poseedor mantenga el *animus*, será imposible re- crear el contacto con la cosa.

c) Al analizar el art. 1929 se aclaró que la relación de poder continúa solo *animus*, a pesar de la imposibilidad temporal de establecer contacto con la cosa, aunque esté perdida, en tanto hay probabilidad de hallar- la (art. 2450 Cód. Civil). El inc. d) del art. 1931 prevé la situación opues- ta: desaparece esa probabilidad: es una cuestión de hecho determinar cuando hay probabilidad de hallar una cosa perdida, o cuando circuns- tancias objetivas demuestran la imposibilidad razonable de hallarla.

d) La pérdida por la voluntad del titular de la relación de poder, está prevista en el inc. e) y se refiere al abandono de la cosa; teniendo en cuen- ta que, para que se configure el abandono, el desprendimiento de la cosa debe ser voluntario y no forzado. El concepto y alcance de *abandono* han sido analizados en el art. 1907 y allí remitimos.

e) La pérdida de la relación de poder por acción de un tercero se da en el supuesto que plantea el inc. b): la posesión (o la tenencia), perdida

para el poseedor, es adquirida por otra persona que asumirá el carácter de poseedor legítimo, de mala fe y vicioso. La pérdida y subsiguiente adquisición suceden sin intervalo de tiempo, la cosa deja de estar bajo la potestad del poseedor para quedar sujeta a la voluntad del usurpador.

## CAPÍTULO 3

## EFECTOS DE LAS RELACIONES DE PODER

Por LILIAN GURFINKELE DE WENDY

*Bibliografía clásica:* KRER, CLAUDIO, "Situación del locatario del inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal que asume la obligación de contribuir al pago de las expensas comunes", LA LBY, 1983-D, 1067; FOS-SACCA, CARLOS (h), "Obligaciones *propter rem*", Rev. de Derechos Reales, 18/3/2012, II, LI-790.

\*\*\*

**Art. 1932.**— *Derechos inherentes a la posesión.* El poseedor y el tenedor tienen derecho a ejercer las servidumbres reales que corresponden a la cosa que constituye su objeto. También tienen derecho a exigir el respeto de los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III de este Libro.

**Art. 1933.**— *Deberes inherentes a la posesión.* El poseedor y el tenedor tienen el deber de restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla, aunque no se haya contraído obligación al efecto.

Deben respetar las cargas reales, las medidas judiciales inherentes a la cosa, y los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III de este Libro.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La expresión *inherentes a la posesión*, aplicada tanto a las obligaciones como a los derechos (utilizada en los arts. 1932 y 1933 del Cód. Civ. y Com.), implica que no se atende a la persona en sí misma, sino a la calidad de poseedor o tenedor que se deriva de su relación real con la cosa, quien se convierte en centro de imputación de tales derechos u obligaciones.

En este sentido, el art. 2420 del Código de Vélez explicaba: "Son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada", para puntualizar en el art. 2421: "Son derechos inherentes a la posesión de los inmuebles las servidumbres activas".

Entre las obligaciones que recaen sobre todo poseedor indiscriminadamente, el codificador incluía: obligaciones que se tienen en razón de la cosa (art. 2416), exhibición judicial de cosas muebles (art. 2417), deberes de vecindad (art. 2418), las servidumbres pasivas, la hipoteca y la restitución de la cosa, cuando el poseedor fuera acreedor anticresista (art. 2419).

Fuentes: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1874 y 1875.

## II. COMENTARIO

El Capítulo 3 del Título II, a pesar que ha utilizado la nominación: *Efectos de las relaciones de poder*, a diferencia del Código de Vélez que agrupaba estos artículos bajo el título de *De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión*, en los artículos bajo comentario ha mantenido no sólo la expresión *inherentes a la posesión*, sino fundamentalmente el sentido ya expresado en el art. 2420 antes transcrito. Por otra parte, esos derechos y obligaciones también se extienden al tenedor.

### 1. Derechos

El art. 1932 confiere al titular de las relaciones de poder el derecho a ejercer las servidumbres reales.

Dado que con la existencia de servidumbres se beneficia el fundo y no su poseedor, debe considerarse que la norma citada se refiere a las servidumbres reales activas (como lo hacía el art. 2421 del Cód. Civil anterior) en tanto benefician a cualquier poseedor del inmueble, y no a las personas que sólo favorecen a una persona determinada (conf. Alterini, *Código Civil anotado...*, cit., p. 166, Highton, *Derechos reales. Posesión*, cit., p. 169).

### 2. Deberes

El art. 2419 del Código de Vélez incluyó entre las obligaciones inherentes a la posesión de inmuebles la restitución de la cosa cuando el poseedor fuese acreedor anticresista, supuesto que mereció la objeción doctrinal que dicha obligación no es inherente a la posesión sino que nace del contrato que obliga al acreedor a restituir la cosa (López de Zavalía, *Derechos reales*, t. I, ps. 208 y ss.).

El actual art. 1933 extiende la obligación de restituir la cosa a todos los supuestos en los que hubiera un sujeto con derecho a reclamar la relación

de poder, y aclara "aunque no se haya contraído obligación al efecto", es decir que puede o no existir obligación contractual de devolver la cosa.

El artículo bajo análisis también impone el deber de respetar las cosas reales; se refiere a aquellas obligaciones que se tienen en razón de la cosa, por el solo hecho de ser el titular de la relación de poder. Dado que la obligación nace y se extingue en relación con dicha titularidad, la posesión de la cosa sirve para individualizar al obligado: quien deja de poseer, deja de estar obligado; de allí que el abandono, enajenación o pérdida liberen al deudor.

El art. 1933 también impone como deber respetar "las medidas judiciales inherentes a la cosa"; en realidad se trata de una norma de orden procesal que tiende a facilitar la comprobación de la existencia y características de la cosa respecto de la cual habrá de entablarse un litigio y su estado de conservación a fin de decidir, si resulta pertinente, el decreto de medidas cautelares.

En este sentido, el CPCCN, entre las "diligencias preliminares" incluye el "Trámite de la exhibición de cosas e instrumentos" en el art. 325. La obligación consiste en exhibir cosas muebles, entendiéndose al respecto que quedan incluidas no sólo las cosas muebles por naturaleza sino también aquellas que merecen tal calificación por su carácter representativo y aún los títulos de propiedad de inmuebles (Alterini, *Código Civil anotado*, cit., t. IV-A, p. 163, con cita de Salvat, Lafaille, Borda, Highton).

### 3. Deberes de vecindad

Tanto el art. 1932 (derechos) como el art. 1933 (deberes) extienden a los poseedores y tenedores el alcance de las normas comprendidas en los arts. 1970 a 1982, agrupados como "Límites al dominio". En ese sentido los titulares de las relaciones de poder quedan legitimados para exigir su cumplimiento y a su vez obligados a cumplir dicha normativa, que involucra obligaciones de hacer y deberes de abstención relacionadas con el mantenimiento del fundo propio y las molestias causadas a los vecinos.

**Art. 1934. — Frutos y mejoras. En este Código se entiende por:**

- a) **fruto percibido: el que separado de la cosa es objeto de una nueva relación posesoria. Si es fruto civil, se considera percibido el devengado y cobrado;**
- b) **fruto pendiente: el todavía no percibido. Fruto civil pendiente es el devengado y no cobrado;**

c) mejora de mero mantenimiento: la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa;

d) mejora necesaria: la reparación cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa;

e) mejora útil: la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria;

f) mejora sumaria: la de mero lujo o recreo o provecho exclusivo para quien la hizo.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código de Vélez no había definiciones relativas a los frutos y productos, si bien quedan incluidos en el concepto de cosas accesorias; cuando se atiende a la sistemática de ese cuerpo legal surge que el art. 2328 introduce un concepto de cosas accesorias, para pasar luego a los frutos naturales (art. 2329) y civiles (art. 2330) como subtipos de esa categoría.

En la nota al art. 2329 se hace referencia a la distinción entre frutos y productos pero no hay sistematización al respecto.

En el art. 2425 se establece: "Se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alzan y se separan", en tanto que los frutos civiles "se juzgarán percibidos solamente desde que fuesen cobrados y recibidos, y no por día" (art. 2425, 2ª parte).

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1976.

#### II. COMENTARIO

El art. 1934 ha sido incorporado, acertadamente, a modo de prólogo de las reglas que rigen la adquisición de los frutos o productos según la buena o mala fe del poseedor.

Los conceptos de buena y mala fe en la relación de poder han sido reglados en los arts. 1918, 1919 y 1920, restaba clasificar y definir que se entiende, a los efectos del Cód. Civ. y Com. por fruto natural percibido y pendiente; fruto civil percibido y pendiente; mejora de mero mantenimiento, mejora necesaria, mejora útil y mejora sumaria.

En este sentido, sigue los lineamientos del Proyecto de 1998 y significa un gran avance metodológico respecto del anterior Código Civil.

#### III. JURISPRUDENCIA

El art. 2441, junto con los arts. 2427 y 2440, del Cód. Civil regulan el régimen de las mejoras cuando existe conflicto entre el derecho real de

dominio por una parte, y la posesión por otra. Triunfante la acción de reivindicación, el poseedor de mala fe recibe un tratamiento diferente del deudor de mala fe, ya que aquél tiene derecho a reclamar las mejoras útiles que no se hubiesen compensado con los frutos percibidos o que se hubiesen podido percibir (SCBA, 15/11/2000, Lexis Nº 14/74704).

**Art. 1935.— Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe.** La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular.

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa.

Los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En esta materia el principio queda establecido en el art. 2423, cuya primera parte establece: "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos que correspondiesen al tiempo de su posesión", con la aclaración que los efectos de la posesión se limitan a la apropiación de los frutos y no de los productos; respecto de estos últimos el art. 2444 expresamente establece que los productos obtenidos de la cosa que no entren en la clase de frutos propiamente dichos, deben ser restituidos juntamente con ella.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1878.

#### II. COMENTARIO

En primer término hay que destacar que los efectos de la posesión se limitan a la apropiación de los frutos y no de los productos; respecto de estos últimos el art. 1935 expresamente establece que los productos obtenidos de la cosa deben ser restituidos juntamente con ella, sin diferenciar entre poseedor de buena o mala fe. Esta solución guarda relación con el concepto de producto, que según define el art. 233, Cód. Civ. y Com. "son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia".

### 1. Poseedor de buena fe

El artículo bajo análisis mantiene el principio del Código anterior: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, con una ampliación: también hace suyos los frutos naturales devengados.

Para la aplicación de esta regla es necesario:

- a) que el poseedor lo sea en los términos del art. 1909, es decir: se comporte como titular de un derecho real de la cosa que produce los frutos;
- b) en el supuesto de posesión ilegítima, ésta debe ser de buena fe; es importante destacar que esa buena fe debe existir en cada percepción de frutos, como lo fija la norma. Cabe recordar que la buena fe del poseedor cesa cuando ha tenido conocimiento del vicio de su posesión, de cualquier forma que se hubiera anoticiado, incluyendo la notificación de la demanda en la cual se le reclama la restitución de la cosa objetándosele su derecho de poseer (art. 1918);
- c) que se trate de frutos naturales y civiles percibidos y/o naturales devengados;

### 2. Poseedor de mala fe

El poseedor de mala fe no sólo debe restituir los frutos percibidos sino que también es responsable por aquellos que dejó de percibir por su culpa.

### 3. Frutos pendientes

Las condiciones antes especificadas para que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos quedan ratificadas por la última parte del artículo que estudiamos, que se refiere a los frutos pendientes al momento de la restitución de la cosa: éstos corresponden al propietario; sin embargo entendemos que, tal como sucedía en el régimen anterior, el poseedor de buena fe debe ser reembolsado por los gastos incurridos para su producción. Si se trata, por ejemplo, de alquileres devengados y no percibidos, las sumas adeudadas sólo constituyen un crédito para el dueño del inmueble que los produjo, en esa situación, si el poseedor hubiera realizado gastos tendientes al cobro tendrá derecho a ser reembolsado por tales erogaciones.

### III. JURISPRUDENCIA

En lo que concierne a la cuestión de los frutos, la buena o mala fe del poseedor no debe únicamente ponderarse al momento de entrar él en posesión el respectivo bien, sin también "en cada hecho de la percepción de frutos, cuando se trate de frutos percibidos" (art. 2358, Cód. Civil). Por

tanto, la legitimidad de la posesión originaria y, en su virtud, la prístina buena fe del poseedor, sólo han de extimirlo de la obligación de restituir o pagar los frutos percibidos o, en su caso, los que hubiere podido percibir, mientras perdure su buena fe. Si, a la postre, ella trocarse en mala fe, el poseedor pasará a ser responsable por el reintegro o pago de los frutos percibidos desde el acaecimiento de esa mutación, aún cuando ellos correspondan o se hubieren devengado al tiempo de la posesión de buena fe (art. 2423, Cód. Civil) (CCiv. y Com. San Martín, sala 2ª, 23/12/2004, Lexis Nº 14/135398).

**Art. 1936. — Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe.** El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 2431 del Cód. Civil preveía que, cuando el propietario obtiene la reivindicación, el poseedor de buena fe "no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y sólo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halle". Es decir que, si luego era condenado a restituir la cosa, cumplía entregándola en el estado en que se hallare.

En la nota al art. 2433 explica el codificador que mientras dura la buena fe del poseedor (o sea hasta la notificación de la demanda) si la cosa ha perecido sin dolo, no la debe; a contrario cabe interpretar que si la destrucción se debió a una actitud dolosa, debe responder.

La última parte del art. 2431 se refiere al supuesto que el poseedor hubiera dispuesto las cosas muebles incluidas entre las accesorias de un inmueble y aquí la solución es distinta: está obligado a la restitución del precio que hubiera recibido, en consecuencia, si la transmisión de la cosa mueble fue a título gratuito, el poseedor nada debe al reivindicante.

Por otra parte, el art. 2435 Vélez se refería al poseedor de mala fe, quien debía responder por la ruina o deterioro de la cosa, aún por caso

fortuito. En el art. 2436 se obligaba al poseedor vicioso a pagar la destrucción o deterioro de la cosa, inclusive en el caso extremo que inclusive el dueño no hubiera podido evitar ese acontecimiento.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1877.

## II. COMENTARIO

### I. Poseedor de buena fe

El art. 1936 del Cód. Civ. y Com. regula la responsabilidad del poseedor por destrucción de la cosa, separando los supuestos de buena y mala fe. También regula, respecto del mismo hecho, las obligaciones del poseedor vicioso.

El poseedor de buena fe, durante el tiempo que ejerció su potestad sobre la cosa, sea ésta mueble o inmueble, pudo haber realizado actos de disposición material que provocaran, inclusive, su destrucción. Por otra parte, la cosa pudo haberse deteriorado por causas ajenas a la voluntad del poseedor: inundación, obras realizadas en terrenos linderos, etc.

En supuestos como los ejemplificados el poseedor de buena fe no asume responsabilidad respecto del propietario, "sino hasta la concurrencia del provecho subsistente".

En este punto hay que hacer notar una primera diferencia respecto del texto anterior (art. 2431), en tanto se eliminó la exención de responsabilidad al poseedor, aún de buena fe, cuando los deterioros fueran causados por hecho suyo. En este sentido cabe recordar que el texto de Vélez, al referirse a los deterioros de la cosa, agregaba "aunque fuesen causados por hecho suyo", circunstancia que no aparece contemplada en el art. 1936.

Por ello cabe interpretar que en el nuevo artículo no se mantiene la extensión de la irresponsabilidad del poseedor de buena fe, por tanto, si la destrucción de la cosa se produjo por hecho del poseedor, éste deberá responder. Esta solución está en línea con observaciones formuladas por la doctrina en el sentido de impedir el ejercicio de las facultades del poseedor en forma abusiva, y de haberlo hecho, deberá responder frente al dueño que reivindicó (Mariani de Vidal).

### 2. Poseedor de mala fe

El nuevo texto diferencia entre poseedor de mala fe vicioso y no vicioso y asigna consecuencias distintas para cada uno en caso de destrucción total o parcial de la cosa.

El poseedor de mala fe no vicioso es responsable del daño que cause al propietario, ya sea por caso fortuito o por hecho suyo, aún cuando no hubiera obtenido provecho alguno de la cosa. La única causal de exención de responsabilidad es la que establece la parte final del primer párrafo del artículo que comentamos: que la cosa a restituir se hubiera destruido aún en poder del propietario, ya fuera por ejemplo un huracán o un terremoto.

En cambio, el poseedor de mala fe vicioso (art. 1921) debe responder aún en este último supuesto; es decir que su situación es más grave por cuanto no hay para él causal de exención alguna. En este aspecto se mantiene la regla del art. 2436 del Cód. Velezano.

Nótese entonces que tanto el poseedor de mala fe no vicioso como el vicioso responden por la destrucción total o parcial de la cosa aun que fuesen causados por caso fortuito. Sin embargo la situación de este último (poseedor vicioso) es más grave ya que no puede liberarse argumentando que la cosa hubiera perecido aún en poder del propietario o de quien tiene derecho a la restitución.

### Art. 1937.— *Transmisión de obligaciones al sucesor.*

El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 2416 del Cód. Civil, bajo la denominación de obligaciones inherentes a la posesión, se refiere a aquellas obligaciones que se tienen en razón de la cosa, por el solo hecho de ser poseedor de ella; en esta situación el poseedor responde en esa calidad y no personalmente, tanto es así que las obligaciones pendientes pasan al nuevo poseedor por el simple hecho de su relación con la cosa.

Con respecto a la transmisión del derecho real de la cosa sobre la que pesa el gravamen o la carga real, el art. 3266 del Cód. Civil, dispone, respecto del sucesor particular, en forma similar a la contenida en el nuevo texto.

## II. COMENTARIO

Al analizar los arts. 1932 y 1933 explicamos que, al referirnos a los derechos y deberes inherentes a las relaciones de poder no se atende a la persona en sí misma, sino en su calidad de poseedor (o tenedor) que

se deriva de su relación real con la cosa, que se convierte en centro de imputación de tales derechos u obligaciones.

Cuando esa relación de poder es transmitida por cualquier título, el nuevo adquirente asume las obligaciones correspondientes a períodos anteriores a esa adquisición, es decir: el sucesor singular (comprador, donatario), responde con la cosa sobre la que recae su derecho real.

Resaltamos que el adquirente no asume la calidad de deudor (salvo que así se hubiera pactado expresamente en el negocio jurídico de que se trate) y es por ello que no responde con su persona ni con todo su patrimonio sino sólo con la cosa que dio origen a la obligación.

El principio establecido en el art. 1937 admite excepciones: puede existir estipulación o disposición legal en contrario.

En materia de propiedad horizontal, el art. 2049 expresamente determina que los propietarios deben hacerse cargo de la obligación de pagar expensas comunes, aun las devengadas antes de su adquisición.

**Art. 1938.— Indemnización y pago de mejoras.** Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 2427 del Cód. Civil establecía que el que ha obtenido la restitución de la cosa debía rembolsar al poseedor de buena fe los gastos necesarios o útiles y las mejoras necesarias que existieran a ese momento. En el rubro de gastos necesarios se incluyen, según la norma citada, los impuestos extraordinarios y el pago los pagos por servicios de hipotecas efectuado por el poseedor.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1879.

#### II. COMENTARIO

Teniendo en cuenta la definición de mejoras que efectúa el art. 1934, cuando un sujeto de una relación de poder debe restituir un inmueble, corresponde:

#### 1. Mejoras de mantenimiento y suntuarias

Serán soportadas por el poseedor o tenedor.

Parece razonable en este punto la solución legislativa por cuanto, si el poseedor ha usado y gozado de la cosa reivindicada, los gastos que demandó reparar el deterioro normal debe quedar a su cargo, endagados además por el beneficio, que la ley le acuerda, de apropiarse de los frutos naturales o civiles que ella produjo.

Aun en la situación del poseedor de buena fe de una cosa que no ha producido frutos o que, aún producidos, están pendientes y por lo tanto no pueden ser apropiados por el poseedor (art. 1935), la norma en análisis es terminante: "ningún sujeto de la relación de poder puede reclamar indemnización" por este tipo de mejoras.

#### 2. Mejoras necesarias

Serán soportadas por el propietario, dado que incrementan el valor de la cosa, salvo que:

- a) los daños o desperfectos que hicieron necesarios los arreglos fueron causados por el poseedor;
- b) el poseedor fuera de mala fe;

#### 3. Mejoras útiles

Pueden serle reclamadas al propietario pero no en toda su toda su extensión, sino sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa;

#### 4. Mejoras suntuarias

Como indica la definición del art. 1934 este tipo de mejoras favorece a quien las hace, en este caso el poseedor, de allí que no tenga derecho a ser indemnizado, pero sí puede retirarlas si la naturaleza de la obra realizada lo permite.

#### 5. Acrecentamientos originados en hechos naturales

No son indemnizables, no hay en estos supuestos inversión alguna por parte del poseedor.

**Art. 1939.— Efectos propios de la posesión.** La posesión tiene los efectos previstos en los artículos 1895 y 1897 de este Código.

A menos que exista disposición legal en contrario, el poseedor debe satisfacer el pago total de los impuestos, tasas

**y contribuciones que gravan la cosa y cumplir la obligación de cerramiento.**

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código de Vélez la posesión, como exteriorización de la existencia de un derecho real, establece la presunción de propiedad de cosas muebles, salvo que se demuestre la mala fe del poseedor o que la cosa era hurtada o perdida (art. 2412).

Por otra parte, uno de los efectos jurídicos más importantes de la posesión es que su continuidad durante los plazos fijados por la ley, permite la adquisición del derecho real (arts. 3999 y 4015).

El art. 2419, Cód. Civil incluye expresamente entre las obligaciones inherentes a la posesión de inmuebles las servidumbres pasivas, las hipotecas y la restitución de la cosa cuando el poseedor fuese acreedor anticresista.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1890.

#### II. COMENTARIO

La primera parte del artículo que comentamos se refiere a los efectos propios de la posesión y remite a los arts. 1895 (adquisición legal de cosas muebles) y 1897 (prescripción adquisitiva), que hemos analizado oportunamente.

##### 1. Pago de impuestos

La segunda parte del artículo que comentamos incluye obligaciones que pone a cargo del poseedor. Se refiere allí a los impuestos, tasas y contribuciones que gravan la cosa.

La obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones constituye una restricción al dominio privado impuesta por el derecho administrativo en interés público y en ejercicio del dominio eminente del Estado sobre su territorio (Prentas). Se ha discutido si estos tributos, que pesan sobre un inmueble, constituyen cargas reales o pueden ser caracterizados como obligaciones *propter rem*.

En el plenario "Servicios Eficientes SA c. Yabra, Roberto" (A. 1999-II-457) la mayoría, luego de destacar su carácter ambulatorio y su fuente *ex lege*, fundamentó que las deudas por tributos no pueden ser consideradas obligaciones *propter rem*, salvo que exista una ley expresa de la que surja ese régimen, supuesto que no se daba en el caso.

En efecto, las obligaciones *propter rem* o ambulatorias o cabalgantes, según las distintas denominaciones, son aquellas que descansan sobre

determinada relación de señorío sobre una cosa y nacen, se desplazan y extinguen con esa relación, es decir que la relación de obligado depende de una relación de derecho o de hecho, pero una de las características de esas obligaciones es su carácter exclusivamente legal (CN Civ., en pleno, ED, 73-282).

Con la incorporación en el art. 1939 de la regla que analizamos cabe considerar que la obligación de pagar impuestos, tasas y contribuciones adquiere para el poseedor la calidad de *propter rem*.

Al no hacerse distinción alguna, la obligación a que alude la norma que comentamos recae sobre todos los poseedores, cualquiera fuere el derecho real del que son titulares y, en caso que ocupen sólo una parte del inmueble, pagarán en la proporción correspondiente (art. 2161).

Por otra parte, tampoco se hace distinción entre cosa mueble e inmueble, por lo cual ambos géneros quedan comprendidos.

##### 2. Obligación de cerramiento

Los arts. 2007 y 2008 se refieren al cerramiento forzoso urbano que se establece con carácter obligatorio; dicha obligación puede ser incluida dentro de las llamadas "obligaciones reales" (Alterini) y es, a su vez, una verdadera restricción legal al dominio, establecida en el interés recíproco de los propietarios colindantes. En la doctrina nacional, la gran mayoría de los autores consideran de orden público a esta obligación de cerramiento por razones de predominante interés colectivo (Lañille, Salvat, Spota, Borda, Alterini, Baglietto-Grinberg-Papaño).

El art. 2007, con el alcance brevemente descrito, regula el cerramiento de los inmuebles urbanos como un derecho y como una obligación que atañen recíprocamente a los propietarios de fundos colindantes. Nada se menciona allí acerca de los poseedores, sin embargo, la obligación en cabeza de estos últimos surge expresamente en el art. 1939.

#### III. JURISPRUDENCIA

1. Para que el poseedor adquiriera instantáneamente el dominio de la cosa mueble debe haber adquirido la posesión por título oneroso, pero como la presunción de propiedad resulta del solo hecho de poseer la cosa de buena fe, el que pretende que fue adquirida a título gratuito por el poseedor, deberá probarlo (CN Civ., sala H, 21/8/1998, Lexis No 1/70036269-4).

2. Entre los gastos que realiza el poseedor de cosa ajena y que deben ser reembolsados, el art. 2427 del Cód. Civil hace referencia a los impuestos extraordinarios, quedando excluidos los impuestos ordinarios, los cuales entran en la categoría de gastos de conservación y no pueden ser cobrados al propietario (SCBA, 15/11/2000, Lexis No 14/74704).

**Art. 1940.— Efectos propios de la tenencia.** El tenedor debe:

- a) conservar la cosa, pero puede reclamar al poseedor el reintegro de los gastos;
- b) individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si se lo perturba en razón de la cosa, y de no hacerlo, responde por los daños ocasionados al poseedor y pierde la garantía por evicción, si ésta corresponde;
- c) restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de los otros que la pretendan.

#### I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez incluye como obligaciones del tenedor la de conservar la cosa (art. 2463), denunciar el nombre del poseedor (art. 2464), restituir la cosa que se tiene en nombre de otro (art. 2465) y la forma de hacerlo (art. 2467), incurriendo en el error, de confundir la relación de hecho con la cosa y el derecho o causa *detentionis*. En efecto, si se analiza cada una de las obligaciones aludidas es fácil comprender que tales deberes del tenedor no surgen de la relación real, sino del contrato que sirvió como causa fuente de esa tenencia (Alterini), ya fuera locación, depósito, etc.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1881.

#### II. COMENTARIO

##### I. Conservar la cosa

Si bien el tenedor debe conservar la cosa y, en principio, reintegrarla en el estado en que la recibió, es usual que en el contrato causa de esa tenencia se prevea al respecto, ya sea estipulando la distribución de gastos y la indemnización que pudiera corresponder por mejoras útiles o necesarias.

A diferencia de lo previsto en el art. 1938 en cuanto a la indemnización por mejoras que le corresponde al poseedor de buena fe, en el caso del tenedor, el inc. a) del art. 1940, no contiene estipulación al respecto, dejando librado este punto al acuerdo entre las partes.

##### 2. Individualizar al poseedor

El inc. b) de la norma bajo análisis guarda relación con el art. 2255, el cual nombra al tenedor como legítimo pasivo de la acción reivindicatoria, pudiendo liberarse individualizando al poseedor.

Cuando el tenedor es perturbado en razón de la cosa también debe individualizar al poseedor y/o comunicarle la situación. De todas maneras hay que tener en cuenta que el tenedor está legitimado para el ejercicio de las acciones posesorias (art. 2245) y por esta vía recuperar o mantener la relación de poder, según fuera el caso.

El tenedor que no cumple la obligación de identificar al poseedor puede ser sancionado con la pérdida de la garantía de evicción.

##### 3. Restituir la cosa

En cuanto a la restitución, el inc. c) del artículo que comentamos prescribe que el tenedor debe entregar la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, a diferencia de lo reglado en el art. 2467 del Cód. Civil que ordenaba la restitución a la persona de quien la recibió aunque ella no fuera la dueña y aclaraba "aunque haya otros que la pretendan, pero con citación de éstos". Según acota Highton, esta citación es necesaria a fin de que los que pretendan algún derecho sobre la cosa en litigio tomen conocimiento y acudan a las vías legales pertinentes.

#### III. JURISPRUDENCIA

La denuncia de los terceros poseedores no desvincula al demandado del proceso por reivindicación, ya que el actor podría oponerse a la desvinculación de quien invoca el carácter de tenedor si de las circunstancias del caso resulta que se trata de una maniobra urdida por el accionado para desviar su responsabilidad (CCiv. y Com. Dolores, 21/5/2009, Lexis 1/70053373).