

CADOCHE

REALES

23/4/15

TITULO II

POSESION Y TENENCIA

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Por LILLIAN N. GURFINKEL DE WENDY

Bibliografía clásica: ALFERILLO, PASCUAL, "Reflexiones sobre la mala fe", 9/9/2003, Rev. del Notariado, J XXIV-47; ALLENDE, SALVADOR, *La posesión*, Buenos Aires, 1959; ALLENDE, SALVADOR, "El acto jurídico real", LA LEY, 110-1062; CURA GRASSI, DOMINGO, "La posesión: su importancia en nuestro derecho", Rev. del Notariado, 14/1/2000, J XXXVI-128; DE LOS MOZOS, JOSÉ L., *Notas para una reconstrucción del concepto de animus posesorio en el derecho moderno*, Reus, separata de la Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1965; GURFINKEL DE WENDY, LILLIAN, *Escrituración*, La Ley, 2007; HIGHTON, ELENA, *Derechos reales. Posesión*, Hammurabi, 1984; KIPER, CLAUDIO, "¿Posesión de universalidades de hecho?", JA, 2000-IV-940; DE CARLUCCI, ASTREA; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Relaciones entre persona y cosa. Clasificaciones y defensas. Accesoión de posesiones. Intervención de título", JA, 1973-48; MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Relaciones entre persona y cosa. Clasificaciones y defensas. Accesoión de posesiones. Intervención de título*, JA, 1973-48; MAHLANI DE VIDAL, MARINA - HEREDIA, PABLO, en Hammurabi, MOLINARIO, ALBERTO D., *De las relaciones reales*, Universidad, Buenos Aires, 1981; MOLINARI ROMERO, PEDRO, *Ideas para una revisión de la teoría posesoria*, Depalma, 1968; RUSSOMANNO, MARIO CÉSAR, *Origen de la posesión*, Anales de la Universidad del Salvador, I, 1964; SAVIGNY, FRIEDERICH, *Tratado de la posesión*, Bruselas, 1866; VON IHERING, RUDOLF, *El rol de la voluntad en la posesión*, Madrid, 1926.

Art. 1908.— *Enumeración.* Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia.

Art. 1909.— *Poseción.* Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho

sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

Art. 1910.— Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.

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

La doctrina clásica, a partir de Ihering, ha utilizado la expresión *relación posesoria* para encuadrar en ella las distintas formas de conexión entre el hombre y las cosas, es decir: la posesión, la tenencia y la simple relación casual o yuxtaposición, lo cual obligaba a diferenciar entre posesión en sentido estricto y demás relaciones posesorias. Esta superposición de significados fue revertida en la doctrina moderna mediante la utilización de la denominación *relación real*.

La expresión relación real ha sido propuesta por Molinario con fundamento en que "si por derecho real entiende la doctrina moderna el derecho de los bienes, la relación entre el hombre y la cosa puede también ser calificada de *real*" (De las relaciones reales. Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 37).

En términos generales la posesión en sentido genérico (posesión y tenencia) es el poder de hecho sobre una cosa que permite su utilización, independientemente del derecho real o personal cuya titularidad ostente el sujeto; sin embargo, no es ésta la definición que adoptó el art. 2351 del Código velezano, puesto que se refiere a la relación que tiene una persona con una cosa *con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*, es decir, alude a la posesión en sentido estricto.

La expresión utilizada por Vélez "someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" ha merecido dos interpretaciones divergentes:

1º) Propiedad es a estos efectos sinónimo de dominio, es decir en-
tonces que la posesión exterioriza sólo ese derecho. Se enrolan en esta
corriente Salvat (*Tratado de derecho Civil. Derechos Reales*, t. I, p. 32), La-
faille (*Tratado de Derechos Reales*, t. I, p. 166) y Molinario (*De las relacio-
nes reales*, p. 172).

2º) Propiedad es una expresión amplia que abarca todos los derechos
patrimoniales, tanto reales como creditorios; en este sentido todos los
derechos reales que suponen una relación material con su objeto se ejer-
cen por la posesión, máxime teniendo en cuenta que el art. 4015 estable-
ce que "el ánimo de tener la cosa para sí" no se limita al dominio, sino
que puede referirse a los demás derechos reales. Han adoptado esta pos-

tura doctrinal Allende (*Quasi posesión, su inexistencia en el Código Civil*,
Rev. Jurídica, t. II, 1958, p. 115), Gatti, Laquis (*Derechos reales*, t. I, p. 258).

Antes de la reforma introducida en el Código Civil por la ley 17.711, la
distinción entre posesión y tenencia (definida en el art. 2352) era tajante,
no sólo en cuanto al concepto, sino fundamentalmente en cuanto a sus
efectos y las defensas posesorias que se concedían en uno u otro caso;
con las modificaciones efectuadas en el régimen de las acciones policia-
les, de los interdictos y el alcance del art. 2470, en estos aspectos se han
acortado las diferencias.

En cuanto a la metodología, Vélez ha explicado que la utilizada en el
Código argentino obedece a que las cosas y la posesión son elementos de
los derechos reales, razón por la cual han sido tratados antes de iniciar la
reglamentación de estos últimos.

Este es el punto de partida para aquellas teorías que consideran la
posesión como un elemento de los derechos reales. Sin embargo, no se
menciona entre ellos la posesión en sentido estricto ni tan siquiera la ne-
cesidad de la existencia de una relación real entre el sujeto y la cosa; ello
así por cuanto hay derechos reales que no requieren de esta conexión
inmediata con la cosa, como sucede con la hipoteca o con el usufructo
de créditos.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1845, 1847 y 1848.

II. COMENTARIO

Entendemos que, si bien es necesario comprender la existencia de
múltiples relaciones del hombre con las cosas en el mundo real, a los
efectos jurídicos hay que reducirías a aquellas categorías que trascien-
den el orden común y merecen ser captadas y reguladas por la ley. Se da
en el caso una situación similar a la que mencionamos al analizar las
cosas como objeto del derecho real concluyendo que no todos los objetos
que existen son *cosas jurídicas*, por tanto centramos nuestro interés sólo
en estas últimas.

El nuevo Código ha receptado sólo dos de estas relaciones: posesión
y tenencia, desechando la mera yuxtaposición local por carecer de in-
terés jurídico. Asimismo, los servidores de la posesión únicamente son
tenidos en cuenta para facilitar la defensa extrajudicial de la posesión
(art. 2240).

Una vez establecida la relación real entre el sujeto y la cosa, aque-
lla merecerá la calificación legal de conformidad con las pautas que el
Código argentino establece, sin perjuicio que su calidad de posesión o
tenencia reconozca un origen lícito o ilícito.

En la doctrina había ganado terreno la expresión relaciones reales como género abarcativo de todas aquellas relaciones de hecho entre el sujeto y la cosa que merecieran regulación jurídica, y así la receptó el Proyecto de 1998. Sin embargo, el Código actual califica la posesión y la tenencia como *relaciones de poder*, explicando en los Fundamentos que la expresión relación real resulta equívoca porque en Europa se la emplea para designar al derecho real en oposición a la relación personal o derecho personal.

1. Metodología

El nuevo Código Civil, siguiendo los modernos lineamientos legislativos en la materia, adopta la denominación relaciones de poder, comprensiva de la posesión y la tenencia y, en casos excepcionales, de la yuxtaposición. Su tratamiento no está incluido entre las disposiciones generales de los derechos reales sino que ha merecido un título separado que contiene: disposiciones generales; adquisición, ejercicio, conservación y extinción; y efecto de las relaciones reales; todo ello antes de entrar en la regulación de cada uno de los derechos reales, manteniendo en este aspecto la estructura del Código de Vélez y la propuesta en el Proyecto de 1998, a pesar de no haber mantenido la terminología allí propuesta.

2. Posesión

Cabe destacar que el concepto de posesión contenido en el art. 1909 hace referencia a dos elementos esenciales: la cosa que se tiene por sí o por otro y el comportamiento que corresponde al ejercicio de un derecho de propiedad, es decir: una relación real exteriorizadora de un derecho real que se ejerce por la posesión.

Hay que hacer notar en este punto que el Código adopta claramente la postura doctrinal amplia que antes mencionamos (Gatti, Allende, Laquis) de considerar poseedores a todos los titulares de derechos reales, con exclusión, claro está, de aquellos que, como la hipoteca, no se ejercen por la posesión.

También hay que destacar que, si bien el poseedor se comporta como titular de un derecho real, puede no serlo, como se verá más adelante al analizar la clasificación de la posesión y las presunciones al respecto (arts. 1911, 1916, 1918, 1921). Ello por cuanto la posesión sólo atiende al hecho de la relación con la cosa, sin importar el derecho que subyace.

3. Tenencia

La definición de tenencia queda explicitada en el art. 1910, antes transcrito; a diferencia de los poseedores, que se comportan como ti-

tulares de un derecho real, los tenedores reconocen en otro la propiedad del bien que detentan.

Tal como sucede en materia posesoria, la *relación real* de tenencia es independiente del *derecho real* o personal que detenta el tenedor. En este sentido diferenciamos el *derecho* a tener la cosa del *hecho* de la tenencia: en el primer caso hay que atender al contrato (locación, comodato, depósito, etc.) o al derecho real (prenda por ejemplo) que legitima la relación real; en el segundo únicamente al *corpus* y al *animus*.

A diferencia de lo que sucede en materia posesoria, en la cual el codificador ha establecido una clasificación, no se ha hecho lo propio para la tenencia, desechando la división doctrinal en: tenencia interesada y tenencia desinteresada, calificación que cobraba importancia a la hora de fijar la legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias.

La solución es apropiada por cuanto, teniendo en cuenta que queda vedada la justicia por mano propia según surge de los arts. 2238 y ss. del Cód. Civ. y Com. la necesidad de proteger la estabilidad de las relaciones privadas y entre ellas las relaciones de poder, hace necesario habilitar vías legales a fin de proteger al despojado, llámese poseedor, tenedor o servidores de la posesión.

III. JURISPRUDENCIA

1. Para que exista posesión en el concepto legal de la palabra, es necesario el concurso de dos condiciones: detentación de una cosa bajo el poder de una persona (elemento material de la posesión) y que esta detentación se efectúe con la intención, de parte del poseedor, de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, o mejor dicho, con la intención de comportarse respecto a esta cosa como propietario de ella, se tenga o no el derecho de propiedad (elemento intelectual o psicológico de la posesión, conocido con el nombre de *animus domini* o *animus rem sibi habendi*) (CCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 4ª, 9/5/2008, Lexis Nº 1/70044762-1).

2. Tratándose de bienes muebles, lo relevante, más que el título de adquisición, es la publicidad que representa su posesión para los terceros, hecho indicativo de la propiedad mientras no se produzca la prueba contraria (CCiv. y Com. Córdoba, sala 3ª, 4/5/2006, Lexis Nº 170025491-1).

Art. 1911.— Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.

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

Conforme la tradición romanista, que Vélez ha respetado, se posee *corpore y animo*; el primero es el elemento material, la cosa que el poseedor tiene físicamente en su poder, en tanto el *animo* es el elemento intencional, la voluntad del poseedor de comportarse como dueño de la cosa, que luego los comentaristas denominaron *animus domini*.

En aquellos derechos que se ejercen por la posesión, esta relación con la cosa cumple una función *exteriorizadora* del derecho real de que se trata: dominio, propiedad horizontal, usufructo, etc. Dado el sistema de presunciones que establece el Código argentino respecto de la posesión, la relación entre el sujeto y la cosa se presume lícita y por ende que el poseedor es titular de un derecho real sobre ella. En todo caso de trata de una posesión estable ejercida por el titular de dominio o por quien se halla en vías de usucapir.

Por otra parte la realización de actos posesorios también exterioriza el *animus* o intención de comportarse como propietario de la cosa puesto que ese elemento subjetivo, en tanto se mantenga en la interioridad del sujeto, es insuficiente a los fines de la relación real que requiere hechos externos que la manifiesten (Alterini, *Código Civil anotado*, t. IV-A, p. 71).

Con el fin de facilitar la prueba de la relación real el Código ha organizado una serie de presunciones que admiten prueba en contrario:

a) *presume que hay posesión y no tenencia*. En este sentido el art. 2363 expresa: "El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. Él posee *porque posee*" (el destacado nos pertenece). Cabe clarificar que las obligaciones inherentes a la posesión son las establecidas en los arts. 2416 a 2421, entre las cuales se menciona el deber de exhibir las cosas muebles en el art. 2417, pero en ningún caso la obligación de producir prueba respecto de la causa u origen de la posesión.

Por último cabe destacar que la relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad esta prevista en el art. 2490 cuando reglamenta la legitimación activa en la acción de despojo.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1849.

II. COMENTARIO

Ihering, quien ha elaborado la doctrina denominada "objetiva" pone el acento en el corpus, consistente en esa relación externa entre el sujeto y la cosa, sin que la intencionalidad de aquél resulte relevante; en este sentido entendió que cuando se tiene el *corpus* concientemente y se realizan respecto de la cosa actos posesorios, el sujeto tendrá siempre

la posesión, salvo que una disposición legal determine que hay simple tenencia.

La concepción objetiva de Ihering ha sido tomada en cuenta por Bilibioni quien, en su Anteproyecto, explica que "los Códigos recientes han abandonado sin reservas las teorías romanas sobre la posesión a título de dueño, y seguimos la evolución no precisamente por espíritu de imitación, sino porque es el resultado de investigaciones jurídicas profundas, y para nosotros indiscutibles. Sea cual fuere la causa de una posesión, debe ser amparada: el poseedor, esto es, el que tiene una cosa bajo su poder, posee porque posee" (Reforma del Código Civil. Anteproyecto, nota al Título 2º, Libro III).

Tanto en el Anteproyecto de Bilibioni como en el Proyecto de 1936 se apoya la teoría objetiva con una finalidad declarada más amplia: proteger no sólo quien posee como medio para usucapir, sino a quien ejerce un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de algunas de las facultades inherentes al dominio (Informe de la Comisión Reformadora de 1936: *Reforma del Código Civil. Antecedentes*, p. 143).

Siguiendo este derrotero, dada la relación con la cosa, el art. 1911 también presume la posesión, lo cual admite prueba en contrario.

Ello así por cuanto en la gran mayoría de los casos la posesión cumple esa función exteriorizadora del derecho real, es decir que además del hecho de la posesión hay un derecho que se ejerce por ese medio; esa es la razón por la cual se introduce esta presunción en el articulado del Código protegiendo en forma directa la relación real y, en forma indirecta, el derecho real que subyace. Pero, como se trata de una presunción *iuris tantum*, quien tiene derecho de poseer podrá probarlo y vencer al detentador actual.

III. JURISPRUDENCIA

Probadó el elemento externo de la relación posesoria, en caso de duda debe presumirse que existe posesión y no tenencia. Es decir, que en los casos de duda sobre cuál ha sido la causa por la cual una persona comenzó su poder de hecho sobre una cosa, quien pretende que la causa de la detención sólo daba lugar a la tenencia debe probarlo, pues nuestra ley presume la posesión y no la tenencia y es de dicha premisa que debe partirse en la solución del conflicto y establecerse si quien invoca posesión permaneció en ella por el término requerido por la ley (SC Mendoza, sala 1ª, 19/4/2004, expte. 74.287, en J 75599/34696, LS, 335-190).

Art. 1912.— *Objeto y sujeto plural. El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada. Se ejerce*

por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa.

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

El art. 2351 enunciaba claramente que "habrá posesión de las cosas..." en clara referencia a aquellas expuestas en el art. 2311, es decir objetos materiales, quedando excluidos los derechos, concepto que ratificaba la nota al art. 2400: "Hemos dicho ya que sólo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorporales, aquellas *quae in jure constant* no son susceptibles de la verdadera posesión...."

Con relación a los sujetos, el art. 2409 del Código anterior establecía que "dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible", de tal manera, el instituto de la coposesión, si bien no estaba definido en dicho Código había sido claramente admitido no sólo en el art. 2409 sino también en el art. 2359 al regular la buena o mala fe en la posesión y luego en el art. 2489 al referirse al copropietario legítimo para el ejercicio de las acciones posesorias.

Al respecto cabe recordar que se aceptaba que en los supuestos de posesión compartida cada uno de los comuneros respondiera por su buena o mala fe en la posesión (art. 2359), directiva de gran importancia cuando se trata de merituar, por ejemplo, la procedencia de la prescripción breve o la percepción de los frutos.

Es de hacer notar que en materia posesoria, el Código Civil se refería también a la adquisición de la posesión por personas jurídicas en el art. 2393 y separadamente, de la adquisición a nombre de otros en los arts. 2392, para la representación necesaria, y 2394 y ss. para los casos de representación voluntaria (mandato).

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1850 y 1852.

II. COMENTARIO

I. Objeto

En este sentido marcamos la diferencia entre el objeto de los derechos reales y el objeto de la posesión en cuanto este último queda circunscrito a las cosas materiales en tanto los derechos reales pueden tener como asiento también los derechos, como se vio al analizar el art. 1883.

Históricamente, en materia posesoria, tal como sucede en cuanto al objeto de los derechos reales, las cosas, además de ser determinadas, deben estar en el comercio, recordando que están fuera del comercio las

que integran el dominio público del estado, aquellas que a pesar de formar parte del dominio privado del estado son indisponibles y las que han sido excluidas del dominio de los particulares. Este requisito estaba previsto tanto en el Código de Vélez como en el Proyecto de 1998 (art. 1950).

Sin embargo, en el artículo que analizamos este requisito no ha sido incluido. Entendemos que esta decisión tiene la misma explicación que la que aparece en los Fundamentos respecto del objeto del derecho real: "no se requiere que la cosa esté en el comercio..." (VII) Libro Cuarto: Derechos reales. Principios comunes).

2. Sujeto plural

En los casos de coposesión, cuando la cosa es indivisible, el art. 2408 del Cód. de Vélez prescribía que "la posesión de una parte importa la posesión del todo". En sentido similar el Proyecto de 1998, en el supuesto de sujeto plural, disponía para cada uno el ejercicio de la posesión por el todo (art. 1852).

Se plantea aquí el supuesto de una cosa indivisible, por ejemplo un automóvil: si bien su titularidad puede ser compartida por dos o más personas, la relación real con el vehículo no puede ser dividida de tal forma que cada comunero aproveche una mitad o un tercio, de allí que cada uno de ellos posee la totalidad, usando la cosa *in totum*, sin perjuicio de la convención que establezcan entre ellos respecto al uso compartido. Desde esta perspectiva la coposesión se convierte en posesión de la totalidad de la cosa.

El nuevo Código no contiene disposición similar al respecto. ¿Se modifica este régimen en el art. 1912?

Entendemos que no, el uso y goce de la cosa poseída en común deberá convenirse y ajustarse a esos parámetros y a las norma establecidas en materia de condominio (arts. 1986/87/88)

Respecto de la coposesión se aplica el mismo principio a un objeto divisible en tanto permanezca el estado de indivisión, tanto es así que el art. 2245 legítima a cada uno de los copropietarios para iniciar las acciones posesorias, sin necesidad de contar con la conformidad de los otros coposeedores. En el mismo sentido el art. 2251 autoriza a cada condómino a reivindicar la cosa común (y no una parte material y determinada de ella) contra un tercer detentador.

III. JURISPRUDENCIA

La posesión de parte de un inmueble hace presumir que ella se extiende a la totalidad del bien. (CCiv. y Com. Córdoba, sala 7ª, 25/7/2006, Lexis Nº 1/70025048).

Art. 1913.—Concurrencia. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí.

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

El principio de exclusividad respecto de la relación real ya había sido explicitado en el art. 2401 del Cod. Civil: "Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa"; por otra parte el art. 2409 preveía que "dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible..."; y el segundo párrafo de la nota al art. 2401 al diferenciar el principio de exclusividad de la coposésión agrega: "...muchas personas pueden poseer en común la cosa indivisible que les pertenece, pues que ellas no la poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla que dos posesiones se excluyen, no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas; y obrando cada una en un interés separado...."

La claridad de la nota parcialmente transcrita exime de mayores comentarios.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, art. 1853.

II. COMENTARIO

En este tema no hay innovación respecto del Código de Vélez ni de los anteriores Proyectos modificatorios.

Este principio de exclusividad, que rige también en el derecho real de dominio (art. 1843), implica que sobre una misma cosa pueden converger varias relaciones de poder, por ejemplo: dos poseedores que son condóminos y un tenedor, que es locatario, pero en este caso se trata por una parte de una coposésión y por la otra de tenencia, esto es: relaciones de distinta naturaleza o relaciones compartidas.

Lo que la norma prohíbe es la concurrencia de relaciones reales de la misma naturaleza (por ej. posesión) sobre la misma cosa.

Art. 1914.—Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

Art. 1915.—Intervención. Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión cuan-

do el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.

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

La causa de la posesión o de la detentación puede consistir en actos jurídicos (contrato de locación, de compraventa, testamento, etc.) o en hechos lícitos o ilícitos. De tal modo puede entenderse como *causa possessionis* el acto jurídico que hizo adquirir la posesión por el actual detentador o el hecho que le permitió ocupar el inmueble, aprehender la cosa mueble o descubrir un tesoro (Es lo que Ihering llamó causa de establecimiento de la posesión (*El rol de la voluntad en la posesión*, cit., cap. XV, p. 547).

En la concepción realista de la posesión ese simple estado de hecho comienza mediante: tradición, ocupación de los inmuebles, aprehensión de cosas muebles o despojo, independientemente que en las tres primeras situaciones preexista o no alguna de las llamadas *causa juris*, quedando de esa manera separada la posesión del derecho subjetivo. Esta diferencia, entre posesión como hecho y derecho subjetivo como *causa juris* también queda expuesta en el art. 2355 cuando, al clasificar la posesión, Vélez asigna el carácter de legítima a la relación real cuya causa se ajusta a derecho e ilegítima a la que no está sustentada en un derecho subjetivo, sin embargo, ambas conforman la relación posesoria.

El art. 2353 recepta el principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* expresada en la frase "nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión". La norma citada se refiere a la estabilidad de la relación real, cuya causa queda fijada en el momento de su adquisición, sea ésta posesión o tenencia, legítima o ilegítima.

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1855 y 1857.

II. COMENTARIO

1. Fecha y extensión

El art. 1914 se refiere al título como la causa de la relación de poder, o sea el acto jurídico válido para establecerla, que variará según se trate de posesión o tenencia; en el primer caso puede ser un contrato de compraventa, de donación, de constitución de usufructo, y en el segundo (tenencia) podría devenir de un contrato de locación, depósito, prenda.

Tratándose de una presunción, puede producirse prueba en contrario tendiente a demostrar, por ejemplo, que un tenedor ha intervenido

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

La posesión admite distintas clasificaciones y en lo que aquí interesa, aquella que separa la posesión *legítima* de la *ilegítima*.

De conformidad con lo establecido en el 1er párrafo del art. 2355 del Código de Vélez típicamente el titular de un derecho real que se ejerce por la posesión puede ser calificado de poseedor legítimo. Por el contrario, aquel que hubiera adquirido sin título, es decir sin aquel acto jurídico que reñna las condiciones de fondo y de forma para transmitir el derecho real de que se trata, se convierte en poseedor ilegítimo.

También resulta ilegítima la posesión cuando se *adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa*, es decir, cuando el que transmitió no tenía el *ius possidendi* o no tenía derecho para transmitirla, por ejemplo: los supuestos de inhihición voluntaria o aquellos en los que el Código expresamente prohíbe la cesión de la posesión legítima.

La ley 17.711, sin modificar el art. 2355 del Cód. de Com., incorporó un segundo párrafo del siguiente tenor: "Se considera *legítima* la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa" (la cursiva nos pertenece).

Cabe recordar que en la sistemática del Código de Vélez la posesión legítima es siempre la exteriorización de un derecho real, de tal modo el párrafo introducido por la ley 17.711 ha sido considerado un verdadero caballo de Troya, que rompe toda la arquitectura del Código en esta materia, al extender la posesión como posible contenido de un derecho personal que tiene el futuro comprador a que se formalice el contrato de compraventa (Molinario, Alberto D. Ponencia presentada en las V Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971. Este autor propuso en ese momento la derogación del agregado al art. 2355). De allí que el párrafo citado no logró aclarar en forma indubitable la situación del comprador con boleto y posesión, sino que, a su vez, generó diversas interpretaciones:

1. La posesión de inmuebles adquirida de buena fe, mediante boleto de compraventa, es legítima

La posesión del comprador es legítima por cuanto el vendedor se ha desprendido voluntariamente de la cosa y aquélla ha recibido de conformidad. El adquirente no tiene el dominio, pero el contrato de compraventa, como título o causa, es materialmente suficiente para legitimar la posesión.

En este esquema, y como consecuencia de la legitimidad de su posesión, tiene a su favor la posibilidad de la accesión de posesiones para la protección posesoria, la legitimación activa para valerse de las acciones posesorias y para la acción de desalojo, legitimación para ser indemniza-

do en caso de expropiación y en la parte proporcional del precio pagado y valor de las mejoras por él realizadas, hacer construcciones y mejoras en el predio, reputándoselo poseedor de buena fe.

Sostienen esta postura: Laquis (*Derechos reales*, t. I, ps. 312 y ss., Buenos Aires, Depalma, 1975), Morello (*El boleto de compraventa*, cit..., ps. 102 y ss.), Spota (art. 2355 del Cód. Civil reformado por ley 17.711 y *Poseción legítima del comprador de buena fe con boleto de compraventa inmobiliario*, ED, 98-821), Andorno (*Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto: ¿Quién tiene un mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho*, RDPYC, 2003-3-247), Peña Guzmán (*Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, t. I, Tea, Buenos Aires, 1973, p. 262, N° 171).

2. Derecho real de posesión o dominio imperfecto

El párrafo agregado por la ley 17.711 en el art. 2355 del Cód. Civil ha permitido que alguna doctrina infliera la incorporación de un derecho real de posesión o de un dominio imperfecto.

En este sentido se afirma que el poseedor por boleto tiene un derecho real que no requiere publicidad, es decir: que el art. 2505 no rige en los supuestos del art. 2355, 2° párrafo, o bien que, dada la presencia de un nuevo derecho real, el boleto de compraventa debe ser inscripto para su oponibilidad a terceros. Según este criterio la posesión legítima constituye un derecho y no un hecho con efectos jurídicos.

Sostienen esta postura Bustamante Alsina ("El boleto de compraventa inmobiliaria y su oponibilidad al concurso o quiebra del vendedor", LA LEY, 131-1274), Borda ("La reforma del Código Civil: posesión, hipoteca", ED, 32-859), Mariani de Vidal ("El poseedor en virtud de boleto de compraventa", LA LEY, 141-941). Cabe señalar que autores como Morello (ob. cit., p. 108), no participan de la postura que entiende que la ley 17.711 ha creado un nuevo derecho autónomo en la categoría de dominio imperfecto, limitando sus efectos a la protección posesoria.

3. La adquisición de la posesión es legítima

En el sistema posesorio organizado por Vélez se expresa claramente que la posesión es legítima sólo cuando hay *derecho de poseer*, esto es: cuando es la exteriorización de un derecho real. En consecuencia, como la ley 17.711 no ha modificado aquél concepto, no puede pretenderse que el comprador por boleto, que no tiene el título suficiente para adquirir el derecho real, sea considerado poseedor legítimo.

¿Cómo se interpreta entonces el segundo párrafo del art. 2355? En forma literal: se considera legítima la *adquisición* de la posesión inmue-

su título a la relación real que mantiene con la cosa, convirtiéndose en poseedor, es lo que sucede cuando un locatario, tenedor del inmueble en virtud del contrato de locación, adquiere la cosa por donación y comienza a poseer como dueño de ella.

No se trata de juzgar aquí la legitimidad o no de la relación real, calificación que se difiere al art. 1916, sino de establecer la fecha del comienzo de la posesión o la tenencia. Por ello entendemos que el título sólo sirve como prueba de la adquisición y de la extensión, en caso que la relación de poder no se ejerza sobre toda la cosa sino sólo sobre una parte de ella.

2. Intervención

En este sentido, se mantiene el principio de la inmutabilidad de la causa de la posesión contenido en el anterior art. 2353 del Código de Vélez.

La regla que consagra el art. 1915, en concordancia con las figuras regladas de la *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* (art. 1923), implica que la sola voluntad es insuficiente para modificar la causa originaria de la detentación, por lo cual es necesaria la existencia de un acto jurídico válido para dar origen a la nueva relación real.

Este principio según el cual nadie puede cambiar por sí la causa de la posesión, enunciado en la norma bajo análisis, además de las situaciones antes mencionadas que autorizan la intervención del título o causa de la relación real, también deja lugar a ciertas situaciones de hecho en las cuales, en forma unilateral, un tenedor comienza a actuar como poseedor de la cosa. Es la situación de hecho prevista en la segunda parte del art. 1915 (antes expuesto en el art. 2458 del Cód. Civil) que reconoce la pérdida de la posesión para el anterior poseedor "cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto".

Si bien es cierto que la intervención del título priva al verdadero poseedor de la disposición de la cosa, llegando a causar la extinción de la posesión, metodológicamente la inclusión de este supuesto se subsume en el inc. b) del art. 1931 y allí hubiera resultado adecuado mantenerlo.

En este caso también la intención por sí sola es insuficiente para invertir el título (de tenedor en poseedor), pero no existe ningún acto jurídico que sustente la nueva *causa possessionis* sino actos posesorios efectuados por el detentador quien logra, por este medio, excluir al anterior poseedor. Son actos posesorios aquellos que menciona el art. 1924

y cualquier otro que exteriorice la intención del sujeto de comportarse como dueño de la cosa de modo tal de dar a publicidad su relación real.

Es decir que, de parte del nuevo poseedor, hay un alzamiento contra la causa susceptible de transformarse de tenedor en poseedor a título personal (CNFed. Civ. y Com., sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I, 833).

En consecuencia, quien invoca la *intervención* del título debe probar una voluntad en tal sentido, que se manifiesta por actos exteriores que produzcan el efecto de excluir al poseedor (CNCiv., sala H, 5/12/1994, DJ, 1996-I-1302), de allí que la negativa del locatario a restituir la cosa una vez extinguida la locación, o la continuación de la ocupación sin abonar los alquileres, no son actos idóneos para generar el cambio del título de la relación real (CNFed. Civ. y Com., sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I-833).

III. JURISPRUDENCIA

1. Para demostrar la intervención del título original de tenedor en otro título diferente de poseedor, el que era tenedor debe probar que el antiguo poseedor (aquél cuya posesión representaba) la perdió y que quien tenía la cosa para el poseedor, manifestó por actos exteriores la intención de privarlo de ella, lo que ocurre cuando tales actos exteriores no sólo revelan la simple voluntad de privar al poseedor de la cosa, sino que verdaderamente producen ese efecto (CNCiv., sala B, 8/7/1987, JA, 1987-IV-671 (Del voto del Dr. Molteni)).

2. Para poder alegar la intervención deben darse tres condiciones, a saber: a) situación de tenencia previa; b) manifestación de la voluntad y c) manifestación de esa voluntad traducida en actos que consignan el efecto apetecido. De ahí que la simple negativa a pagar alquileres no la traduzca. Es que no pagatíos es negarse a celebrar un convenio de desocupación y el pedir el rechazo de la acción de desalojo no implicarían un atentado a la libre disposición de la locadora (CNCiv. y Com. Fed., sala 3ª, 13/3/1987, JA, 1987-IV, síntesis).

Art. 1916.— Presunción de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley.

Art. 1917.— Innecesariadad de título. El sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder.

bles de buena fe, mediando boleto de compraventa. Es decir que sólo la adquisición es legítima puesto que la cosa ha sido entregada voluntariamente por el propietario, pero la posesión en sí misma sigue siendo ilegítima en tanto no se instrumenta el contrato de compraventa en escritura pública y el comprador adquiere el derecho real.

En esta línea de interpretación el poseedor no tiene acciones reales, salvo por vía de subrogación. Sin embargo, se reconoce que aceptar la legítimidad de la adquisición de la posesión solución algunos aspectos conflictivos: a) se aclara que el comprador de buena fe con boleto de compraventa es un poseedor y no un mero tenedor; b) el adquirente puede rechazar la acción de reivindicación intentada por el enajenante o por quienes son sus sucesores universales y particulares; c) es viable el embargo y ulterior subasta de los derechos y acciones del poseedor por boleto (SC Mendoza, en pleno, 6/12/1991, DJ, 1992-1-1098; voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci).

Sostienen esta postura: Highton, *Derechos reales. Posesión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, p. 65). Gatti-Alterini (*Prehonorabilidad y boleto de compraventa*, Buenos Aires, 1973, ps. 25 y ss.), Aisina Atienza (*En torno de las inquietantes discrepancias sobre los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria. Una nueva interpretación del derecho vigente*, RDPCO, N° 63, ps. 325 y ss.).

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1858 y 1859.

II. COMENTARIO

El art. 1916 mantiene la clasificación de legítima e ilegítima ya establecida por Vélez para la posesión, pero la extiende a todas las relaciones de poder, es decir, la amplía a la tenencia.

En la norma actual no se define la relación real legítima sino sólo la ilegítima: aquella que no importe el ejercicio de un derecho real. A contrario, se desprende que la posesión legítima será aquella que exteriorice mediante su ejercicio la existencia de un derecho real subyacente; si se tratara de meritar una tenencia legítima, ella será el ejercicio de un derecho personal emanado de una relación contractual (locación, depósito, leasing).

Hasta aquí se reproduce, aunque en otros términos, el concepto del art. 2355 del Cód. Civil, antes citado; sin embargo nada se menciona acerca del adquirente con boleto de compraventa, situación por demás frecuente y conflictiva.

Calificamos al boleto de compraventa como contrato del cual surgen las obligaciones establecidas libremente por las partes y en particu-

lar, para el vendedor: hacer entrega de la cosa y hacer escritura pública y para el comprador: recibir la cosa y pagar el precio. Por ello la entrega de la posesión a través de la tradición es un acto de ejecución de ese contrato.

Con esa premisa, el boleto de compraventa queda inscripto en el ámbito de los derechos personales y sólo se convertirá en título suficiente para la adquisición del dominio de inmuebles cuando se lo hubiera elevado a escritura pública; sólo la conjunción del título suficiente y el modo suficiente —en este caso tradición— hace posible el tránsito a la esfera de los derechos reales.

Por ello, afirmar que el boleto más la tradición han producido la incorporación del inmueble al patrimonio del comprador implica confundir el negocio obligacional y el negocio traslativo, porque el boleto de compraventa no sólo no es un título suficiente para transmitir el dominio sino que ni siquiera es un justo título.

Por otra parte, la posesión legítima equivale a la posesión con derecho de poseer o sea posesión que consiste en el ejercicio de un derecho real, en cambio, la posesión adquirida por un título insuficiente para adquirir derechos reales es ilegítima, aunque medie buena fe. Dentro de este esquema descartamos que el comprador de buena fe por boleto pueda ser calificado de poseedor legítimo.

1. Presunción de legítimidad

El artículo que comentamos también mantiene esta presunción, ya expresada por Vélez en la frase "el (poseedor) posee porque posee" del art. 2363, cuya consecuencia es la innecesidad de producir su título a la posesión o a la tenencia que surge del art. 1917 del Código actual.

El titular de la relación de poder tiene para sí la presunción de legítimidad de esa relación, de allí que, en principio no deba ampararse en ningún título para demostrarla, salvo que exista prueba en contrario y trate de defender la bondad de la causa de su posesión o tenencia, en cuyo caso exhibirá el título de que se vale para probar, entre otras circunstancias, la fecha y extensión de su relación real (art. 1914).

Remitimos al comentario del art. 1911, en cuanto se refiere a la presunción de posesión.

Art. 1918. — Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legítimidad.

Art. 1919.— *Presunción de buena fe.* La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.

La mala fe se presume en los siguientes casos:

- a) cuando el título es de nulidad manifiesta;
- b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;
- c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

Art. 1920.— *Determinación de buena o mala fe.* La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición.

No siendo posible determinar el tiempo en que conluzga la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.

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

El Código vlezano clasificaba la posesión en legítima e ilegítima; esta última a su vez podía ser de buena o de mala fe y la de mala fe se dividía en viciosa y no viciosa. En el comentario a los artículos anteriores se analizó la primera de las clasificaciones: relaciones legítimas e ilegítimas; corresponde ahora diferenciar entre aquellas de buena y de mala fe.

El art. 2356 clasifica: "La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad". El art. 2356 define la buena fe en la posesión haciendo mención del error que induce al poseedor a persuadirse de la legitimidad de su relación real. En este punto hay que destacar que, aunque la letra de la ley no lo dice, se está refiriendo al error de hecho excusable delineado en el art. 929.

La primera frase del artículo citado en realidad debe leerse: la posesión *ilegítima* puede ser de buena o de mala fe, por cuanto la posesión legítima, aquella que se tiene en virtud de un título suficiente y por modo también suficiente no requiere calificación alguna; en esta situación el derecho legítima la relación real con independencia de su creencia subjetiva, elemento interno que cobra relevancia sólo en las relaciones reales ilícitas.

Según el art. 2356 del Cód. Civil el poseedor debe tener la persuasión de la legitimidad de su posesión y éste es el elemento subjetivo ne-

cesario pero no suficiente puesto que además la buena fe se refiere a una conducta diligente y adecuada a las circunstancias del negocio jurídico y dado que ciertas deficiencias dominiales pueden advertirse, por ejemplo, mediante el estudio de títulos, el hecho de no haberse llevado a cabo esta investigación haría desaparecer la presunción de buena fe que existe a favor del tercero.

También se ha interpretado que la buena fe se refiere a "la conducta del adquirente en la concertación del negocio jurídico y consiste en haberlo celebrado sin convivencia con el promitente" (Gatti-Alierini, *Pre-horizontabilidad y boleto de compraventa*, p. 35).

Fuente: Proyecto de Código Unificado de 1998, arts. 1860, 1861 y 1862.

II. COMENTARIO

I. Buena fe

En primer lugar es de hacer notar la divergencia entre el concepto de *buena fe* contenido en el art. 1918 y el anterior art. 2356 del Cód. Civil. Este último acentuaba el elemento subjetivo, la persuasión de la legitimidad de su título, en tanto el actual pone énfasis en el error de hecho esencial y excusable.

La buena fe jurídica es la convicción de actuar conforme a derecho y comprende el aspecto psicológico o *creencia* en el propio derecho y el aspecto ético o voluntad de obrar honradamente, lo que se ha dado en llamar *buena fe probidad o buena fe diligencia*.

La jurisprudencia ha entendido que al incorporarse la publicidad registral inmobiliaria no sería alegable la buena fe en el poseedor si antes de la fecha cierta de su posesión se había inscrito la escritura o por lo menos expedido la certificación a que se refieren los arts. 22 y ss. de la ley 17.801, por cuanto todo adquirente cuidadoso debe enterarse tanto del estado de hecho cuanto de derecho del inmueble; siendo el registro público para todo aquél que tenga interés legítimo en conocer la condición jurídica del inmueble, si no toma los recaudos pertinentes ha actuado sin la debida diligencia y por ende no puede ser considerado de buena fe (CN Civ., sala C, 11/2/1982, LA LEY, 1982-B, 318).

Mediante el informe registral el interesado también podrá conocer la existencia o no de embargos o medidas cautelares que lo pongan sobre aviso de la existencia de derechos litigiosos respecto de la cosa cuya posesión pretende; en este sentido se entendió que "La anotación de la litis tiene la virtud de dar a publicidad un litigio que puede tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro de la Propiedad para que así cese la presunción de buena fe que tendría en su favor quien contratarse sobre el bien" (CN Civ., sala D, 29/2/1980, La Ley Online).

Por nuestra parte agregamos que el asiento registral por sí solo no es suficiente para justificar la buena fe de quien se prevale de él, en tanto el poseedor diligente hubiera podido conocer la disconformidad entre la realidad registral y la extrarregistral.

2. Presunción de mala fe

De la misma forma que el poseedor y el tenedor tienen para sí la presunción de legitimidad, los sujetos de la relación de poder se presumen de buena fe, salvo que se demuestre lo contrario.

Sin embargo, el art. 1919 contiene tres supuestos en los cuales se presume la mala fe, es decir, se invierte la presunción. Se trata de situaciones en las que el sujeto ha sido negligente, no ha habido de su parte buena fe diligencia en cuanto no ha examinado adecuadamente la bondad del título (inc. a), o el diseño de la marca del ganado que adquiere (inc. c), o ha carecido de la buena fe prohibida al efectuar transacciones con personas ajenas a ese tipo de negocios (inc. b).

Las presunciones de mala fe, ahora agrupadas en el artículo bajo análisis, estaban ya enunciadas en el anterior Código, pero no en forma sistemática, sino aplicadas en distintos institutos, por ejemplo: a) la referencia al vicio de forma del título (nulidad manifiesta) estaba plasmada en el art. 4009 al referirse a la buena fe necesaria para la prescripción breve; b) la adquisición en lugares donde se no venden cosas semejantes o de personas que no tienen capacidad económica para adquirirlas, era considerada en el art. 2771 una causal de mala fe en la posesión (esta norma estaba incluida en la regulación de la acción reivindicatoria).

La presunción contenida en el inc. c) del art. 1919 fue introducida en el Proyecto de 1998 y retomada en el actual Código. Dado que el sistema de marcas y señales hace a la publicidad de los derechos reales sobre los semovientes, no podría considerarse de buena fe el adquirente que no constate en los registros rurales locales la titularidad de la marca (o señal) del ganado objeto del negocio jurídico.

3. Comienzo de la buena o mala fe

El comienzo de la posesión o de la tenencia es el momento para su calificación: si hubo buena fe en su origen la relación real será ilegítima pero de buena fe, lo que le permitirá, por ejemplo, hacer suyos los frutos por todo el período de su posesión y hasta el momento de la notificación de la demanda, sea por reivindicación o por alguna de las acciones posesorias autorizadas; y tiene derecho a reclamar el reembolso de los gastos efectuados en el inmueble (art. 1938).

Uno de los efectos más importante de la buena fe posesoria es la posibilidad de usucapir en los términos del art. 1898, en la medida que el sujeto de la relación de poder ostente justo título.

III. JURISPRUDENCIA

1. Para el derecho, la buena fe supone error excusable y el comprador por escritura no puede alegarlo si no ha realizado investigaciones previas sobre el título antecedente y sobre la tradición, recaudos que exige nuestro ordenamiento dispositivo para acreditar la propiedad de la cosa. (CNCiv., sala H, 6/2/2001, JA, 2001-III-106).

Si los vicios o defectos que impiden la transmisión del bien son conocidos por el poseedor, y de acuerdo al art. 3270 Código Civil, la transmisión no puede conferir al adquirente un derecho mejor del que tenía el enajenante, va de suyo que su posesión es de mala fe (CCiv. y Com. San Martín, sala 1ª, 13/5/2004, Lexis Nº 14/133783).

No debe ser considerado en estado de buena fe, el que duda si su autor era o no señor de la cosa, y tenía o no el derecho de enajenarla, porque la duda es un término medio entre la buena y mala fe. (CCiv. y Com. Santiago del Estero, sala 2ª, 18/11/1998, Lexis 19/722).

Art. 1921.— Posesión viciosa. La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes.

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

La normativa vigente califica la mala fe en la posesión como simple o no viciosa y viciosa. Esta distinción tiene implicancias prácticas por cuanto el poseedor vicioso no está legitimado para iniciar las acciones posesorias *strictu sensu*, ni puede comenzar a usucapir antes de haber purgado el vicio de su posesión, ni está en condiciones de acceder su relación real a la de su antecesor.

El vicio de la posesión debe estar presente en el momento en que el poseedor la adquiere; es allí cuando él conocía o debía conocer su ilegitimidad, causada por la forma en la que estableció la relación real con la cosa.

En este sentido art. 2364 del Cód. Civil calificaba los vicios de la posesión según estuvieran referidos a inmuebles o a cosas muebles. Así, para los primeros prevenía: hurto, estelionato y abuso de confianza, en tanto para los inmuebles: violencia, clandestinidad y abuso de confianza.

Fuente: el Proyecto de Código Unificado de 1998 eliminó esa clasificación.

II. COMENTARIO

El art. 1921 se aparta en este punto del Proyecto de 1998 y mantiene la clasificación de posesión viciosa del Código de Vélez antes reseñada, separando los vicios según se trate de la posesión de cosas muebles o inmuebles.

En los Fundamentos del Proyecto respectivo se explica la decisión de "restablecer la subdivisión de la posesión en viciosa y no viciosa por sus importantes efectos jurídicos", para concluir que el poseedor de mala fe "no puede ser equiparado a quien quebrantó intencionalmente la ley con violencia o cometiendo hurto".

1. Cosas muebles

a) Hurto: A los efectos de la conceptualización del hurto como vicio de la posesión de cosas muebles hay que tener en cuenta que el elemento primordial es la apropiación, sea o no violenta, con la consiguiente privación de la cosa para el poseedor legítimo.

b) Estafa: Esta figura no ha sido definida en el Código nuevo. Si nos atenemos a la figura del estelionato, que mencionaba Vélez en el art. 2364 y delinea en los arts. 1178 y 1179, se plantean las siguientes situaciones: contratar sobre cosas ajenas como si fuesen propias; contratar sobre cosas litigiosas, hipotecadas o embargadas, como si estuvieran libres.

c) Abuso de confianza: Es éste el supuesto en el cual el tenedor de la cosa mueble, por ejemplo depositario, intervierte su título y comportándose como poseedor con derecho a poseer realiza con respecto a la cosa actos posesorios, inclusive de disposición, como es la venta.

2. Cosas inmuebles

a) Violencia: En primer lugar hay que diferenciar la violencia en la posesión de la violencia en el título: la primera se refiere a las vías de hecho, que implican el empleo de la fuerza material o moral para establecer la relación real entre el poseedor de mala fe y la cosa; la segunda vicia el título y puede conllevar su nulidad, pero no vicia la posesión misma.

b) Clandestinidad: el Código recientemente sancionado no contiene este concepto por lo cual es válido remitirse al contenido en el art. 2369 del Cód. Civil anterior, norma que debe ser interpretada en consonancia con los arts. 2370, 2479 y su nota: se describe en ellos la posesión pública como opuesta a la clandestina, calificación que no se relaciona directamente con el número de testigos que pueden dar fe de la publicidad de la posesión, sino con la mayor o menor facilidad en la toma de conocimiento de los actos posesorios realizados; así, anota Vélez, los actos

posesorios ejecutados de noche siempre son reputados clandestinos, al igual que los trabajos subterráneos.

c) Abuso de confianza: Se trata de un caso de interversión de título: quien era tenedor del inmueble, por ejemplo un locatario, comienza a poseer para sí, es decir: cambia la causa de su relación real convirtiéndose de tenedor en poseedor ilegítimo, de mala fe y vicioso por abuso de confianza.

3. Relatividad de los vicios

El art. 1921, siguiendo en este punto lo preceptuado en los arts. 2368 (referido al vicio de violencia) y 2371 (vicio de clandestinidad) del Código anterior, menciona la relatividad de dichos vicios, es decir que sólo son invocables por el anterior poseedor. Tales disposiciones, aplicables a todos los vicios, indican que el poseedor ilegítimo de mala fe y vicioso lo será sólo respecto de aquel que fue desposeído y no respecto de terceros.

El Código de Vélez implementaba un sistema de "purga de los vicios de la posesión". En este sentido el art. 3959 dispone: "La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión"; por otra parte el art. 4038 estipula: "Se prescribe también por un año, la obligación de responder al turbado o despojado en la posesión, sobre su manutención o reintegro".

Al respecto la doctrina nacional mayoritaria ha entendido que los vicios se purgan cuando ha operado la caducidad de las acciones que el desposeído puede intentar para recuperar la cosa.

El art. 2564 del nuevo Código establece un plazo de prescripción liberatoria para las acciones posesorias, es decir que a partir de allí el vicio quedaría purgado. Sin embargo, quedaría por establecer si ese año debería anexarse al plazo de veinte años que rigen para la prescripción larga (art. 1899).

III. JURISPRUDENCIA

1. Quien tuvo el consentimiento voluntario de su propietario, ya sea por contrato o simple anuencia, no podrá ser calificado de intruso, aun cuando permanezca en la detentación, en la tenencia o, en fin, en la ocupación, luego de vencido el contrato o el consentimiento inicial (CCiv. Com. Minas Pazy Trib. Mendoza, sala 3^{ra}, 10/12/2007, Lexis N° 1/1036166).

2. Existe abuso de confianza si el demandado ha utilizado recursos engañosos o fraudulentos para tomar la posesión o se pretende transformar en posesión o tenencia la condición de servidor de la posesión (CCiv. Com. Minas Pazy Trib. Mendoza, sala 3^a, 20/12/2000, Lexis N° 33/4273).