

## XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011.-

### Comisión Derechos Reales.-

**Título:** “Inutilidad de la categoría de la posesión viciosa en la teoría de las relaciones reales”.-

### **Autores:**

- CORNA, Pablo María: profesor ordinario.-
- FOSSACECA, Carlos Alberto(h): profesor adscripto.-

**Institución:** Pontifica Universidad Católica Argentina.-

### **RESUMEN:**

La presente ponencia tiene como objetivo demostrar la poca conveniencia de mantener la posesión viciosa como categoría específica dentro de la teoría de las relaciones reales.- Para llenar tal fin, se ponderará el carácter relativo de los vicios y su posibilidad de purga según las diversas tesituras predicadas por la doctrina y se analizará los diversos ámbitos en donde este instituto ocasiona cierta virtualidad: obligaciones y derechos del poseedor de buena y mala fe, acciones posesorias y prescripción adquisitiva.- A través de este trabajo se pondrá de manifiesto las escasas y disvaliosas consecuencias que acarrea para el cuerpo legal.- Se propondrá como conclusión la esterilidad de su instauración legislativa y la conveniencia de su eliminación en una futura reforma del Código Civil Argentino.-

*“Inutilidad de la categoría de la posesión viciosa en la teoría de las relaciones reales”.-*

### 1.- INTRODUCCIÓN

La posesión dentro de la teoría de las relaciones reales es susceptible de clasificación en virtud de radicar su naturaleza jurídica en un hecho.-

Vélez Sarsfield concibió ante todo dividirla en posesión legítima e ilegítima, según verse sobre el ejercicio de un derecho real<sup>1</sup> o, según el tríptico clásico, “posesión con derecho de poseer”, con derecho “a poseer” y “derecho de la posesión”.- La posesión legítima cabe predicarla cuando se han satisfecho los requisitos de título y modo suficiente.- En el último ámbito, ilegítima, distinguió en consideración al aspecto cognoscitivo del sujeto, resultando poseedor de buena fe o de mala fe.-

La buena fe constituye un principio liminar de todo ordenamiento jurídico que aspire a ser justo.- Es un concepto unitario<sup>2</sup>, un quehacer ético.- Ejemplo de posesión

---

<sup>1</sup> **Artículo 2355, primer párrafo del Código Civil:** “La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla”.-

<sup>2</sup> Se acepta por la doctrina en el área contractual una distinción conceptual, no sustantiva: la buena fe objetiva o probidad, conducta adecuada emanada de un contratante leal, y la subjetiva, creencia

ilegitima de buena fe la tenemos en el título putativo. Se trasluce en forma adecuada en las tres formulas que resumió el genio romano: "no dañar a los demás", "vivir honestamente" y "dar a cada uno lo suyo".-

Contrariamente, el Codificador previó dos modalidades para la hipótesis de mala fe: la simple y la viciosa, obedeciendo la distinción en la concurrencia de los vicios expresamente instituidos en la ley.-

## 2.- CONCEPTO

La buena fe en el ámbito posesorio es la persuasión, originada en un error de hecho excusable, de la legitimidad en el obrar para obtener un derecho real en particular.- Ello se obtiene a través de la interpretación armónica de los artículos 929<sup>3</sup>, 2356<sup>4</sup>, 4006<sup>5</sup> y 4007<sup>6</sup> del Código Civil.-

Por su parte, ante la definición previamente expuesta, la mala fe se origina en un error de derecho, de hecho no excusable o en el supuesto de duda o incertidumbre.-

Los vicios<sup>7</sup> que conllevan a la posesión de mala fe son el hurto, estelionato y abuso de confianza en los casos de los muebles y la violencia, clandestinidad y, de nuevo, el abuso de confianza en la otra especie de cosas, los inmuebles.-

El hurto consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena.- Dada la característica de su modalidad, se extiende al robo.-

El estelionato posesorio<sup>8</sup> estriba en la entrega de la cosa, en que el adquirente conoce que la cosa es ajena, litigiosa, pignorada o embargada.<sup>9</sup>.-

El abuso de confianza, común a ambas categorías de cosas, radica en la falta de restitución por parte del tenedor en el momento en que debe reintegrarla.- La alusión de "precaria" hace referencia a la tenencia.-

---

basada en un error de hecho por la cual el agente se encuentra persuadido de la legitimidad de su emplazamiento.-

<sup>3</sup> **Artículo 929 del Código Civil:** "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".-

<sup>4</sup> **Artículo 2356 del Código Civil:** "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".-

<sup>5</sup> **Artículo 4006 del Código Civil:** "La buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. Las disposiciones contenidas en el Título "De la posesión", sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este Capítulo".-

<sup>6</sup> **Artículo 4007 del Código Civil:** "La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho".-

<sup>7</sup> **Artículo 2364 del Código Civil:** "La posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza".-

<sup>8</sup> Se configura el estelionato contractual cuando cual una persona se compromete a entregar a otra un bien que no es de su propiedad.- Ver nota siguiente.-

<sup>9</sup> **Artículo 1178 del Código Civil:** "El que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses".-

**Artículo 1179 del Código Civil:** "Ocurre también en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe".-

La violencia engloba las hipótesis de vis absoluta y vis relativa, es decir, aquella ejercida materialmente por vías de hecho ó, moralmente, a través de amenazas.- Ella puede ser originaria u ocurrir posteriormente.-

La clandestinidad radica en el ocultamiento de la noticia de la nueva adquisición posesoria.- Se encamina a que el propietario desconozca tal circunstancia.- Es posible de ser originaria o sobreviviente.-

### 3.- REGIMEN DE LA POSESION DE MALA FE VICIOSA

El fundamento de su existencia depende de la utilidad que acarree a la economía del Código Civil.- Si sus efectos son pocos o vanos no se justifica su consagración legal y doctrinaria.-

Propedéuticamente, cabe ponderar el carácter relativo de los vicios y su purga.-

#### 3.a.- CARÁCTER RELATIVO DE LOS VICIOS DE LA POSESION

El legislador argentino ha instaurado, a diferencia del régimen francés, la relatividad de los vicios en diversos preceptos<sup>10</sup>.- Se predica acerca de todos ellos a pesar de tal mención limitada.-

¿Qué significa ello? El estigma que se le aplica al nuevo adquirente solo es relevante para el antiguo poseedor inmediato; sólo tal persona lo puede invocar ya que no se ha receptado el sistema francés de absolutez.- Extraña paradoja resulta ser que para el resto de la comunidad sea meramente un sujeto de mala fe simple.-

#### 3.b.- PURGA DE LOS VICIOS DE LA POSESION

Es un fenómeno transitorio, breve en comparación a otros plazos tenidos en consideración para los derechos reales<sup>11</sup>.-

A pesar de la redacción del artículo 2354<sup>12</sup> del Código Civil, que recepta la tesitura de la inmutabilidad de la causa, se han volcado en la doctrina dos posturas disímiles acerca de este tópico:

La primera vincula el saneamiento con la extinción de las acciones posesorias.- Verbigracia, Molinario estimaba el plazo de un año para el vicio de violencia y dos años para la hipótesis de clandestinidad y abuso de confianza.-

La segunda hace hincapié en el cese de los vicios, de acuerdo a lo disciplinado por el artículo 3959<sup>13</sup> del Código Civil.- Traen a colación su fuente, el artículo 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851<sup>14</sup>.-

---

<sup>10</sup> **Artículo 2368 del Código Civil:** "La violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquel contra quien se ejerce".-

**Artículo 2371 del Código Civil:** "El vicio de la posesión clandestina es asimismo relativo al anterior poseedor solamente".-

**Artículo 2495 del Código Civil:** "La acción de manutención en la posesión compete al poseedor de un inmueble, turbado en la posesión, con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado".-

<sup>11</sup> Verbigracia, la extinción por el no uso referida a los derechos reales de usufructo, uso, habitación y servidumbre dura diez años.-

<sup>12</sup> **Artículo 2354 del Código Civil:** "Tampoco se pueden cambiar por la propia voluntad, ni por el transcurso del tiempo, las cualidades ni los vicios de la posesión; tal como ella comenzó, tal continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisición".-

<sup>13</sup> **Artículo 3959 del Código Civil:** "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".-

Lo expresado anteriormente es prueba cabal de la “fugacidad” de los vicios.-

Siguiendo el camino trazado, la normativa específica de la posesión en estudio se encuentra en las siguientes áreas:

### **3.c.A.-) OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA Y MALA FE**

Tal sector del plexo civil se encuentra disciplinado en el Capítulo IV del Libro III del Código de tal índole, en los artículos 2422 y consiguientes.-

En materia de frutos se presenta una coincidencia de las reglas para el poseedor de mala fe simple y viciosa: ambos deben restituir los frutos percibidos y los que dejaron de percibir, tanto por su culpa como los que el propietario hubiese podido hacer suyos<sup>15</sup>.-

Por otra parte, se advierten ciertas diferencias en el régimen de mejoras: el primero de los nombrados tiene derecho a ser reembolsado por los gastos erogados en aquéllas que sean necesarias<sup>16</sup> y útiles<sup>17</sup>.- Goza para ello del derecho de retención.- Puede retirar las voluptuarias si a través de tal proceder no provoca ningún daño a la cosa.- El poseedor de mala fe viciosa sólo se encuentra legitimado para reclamar el reintegro de las primeras, en tesitura no unánime; no cuenta entre sus facultades el empleo de la mentada excepción dilatoria<sup>18</sup>.-

Por último, este sujeto es responsable por la pérdida o destrucción de la cosa en el supuesto de caso fortuito, aún en la hipótesis que hubiera podido perecer para el mismísimo dueño<sup>19</sup>, denotando una verdadera incongruencia con las reglas de causalidad adecuada<sup>20</sup> del derecho de daños.-

### **3.c.B.-) ACCIONES POSESORIAS**

De acuerdo al artículo 2473<sup>21</sup> del Código Civil, la buena fe no constituye un presupuesto para el ejercicio de las acciones posesorias strictu sensu; es decir, no es

---

<sup>14</sup> **Artículo 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851:** “La prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado aquel vicio”.

<sup>15</sup> **Artículo 2438 del Código Civil:** “El poseedor de mala fe está obligado a entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido, y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, sacando los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos”.-

**Artículo 2439 del Código Civil:** “Está igualmente obligado a indemnizar al propietario de los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella”.-

<sup>16</sup> **Artículo 2440 del Código Civil:** “El poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa, y puede retenerla hasta ser pagado de ellos. De este beneficio no goza el que hubiese hurtado la cosa”.-

<sup>17</sup> **Artículo 2441 del Código Civil:** “El poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente. Estas mejoras son compensables con los frutos percibidos o que hubiere podido percibir. Pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas, si al hacerlo no causase perjuicio a la cosa”.-

<sup>18</sup> Ver artículo transcrito en la nota 16.-

<sup>19</sup> **Artículo 2436 del Código Civil:** “Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado. Tampoco tendrá derecho a retener la cosa por los gastos necesarios en ella”.-

<sup>20</sup> **Artículo 906 del Código Civil:** “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

<sup>21</sup> **Artículo 2473 “in fine” del Código Civil:** “La buena fe no es requerida para las acciones posesorias”.

óbice para interponer la acción de restitución o de recobrar y la nominada de manutención o de mantener (artículos 2487<sup>22</sup> y 2495<sup>23</sup> del citado Código, el primero según la redacción de la ley 17.711).-

A pesar de tal indiferencia por la calidad cognoscitiva del sujeto, se encuentra inhibido el poseedor de mala fe vicioso para promoverlas<sup>24</sup>.-

Tal prohibición, en la realidad de los hechos, no es grave gracias a la amplia legitimación activa que prevén los interdictos y las acciones policiales (la de despojo, contemplada en el artículo 2490<sup>25</sup> del Código Civil, y la acción innominada o policial de mantener, disciplinada en artículo 2469<sup>26</sup>, Código Civil, reformado por la ley 17.711).- Trasunta tal desarmonía una desprolijidad legislativa.-

Por otro lado, la mayor gravedad estriba en que tal tesitura, al negar el acceso a la justicia, puede conducir al ejercicio de las vías de hecho; se configura un abandono consciente del imperio de la justicia.- El propio Estado conculca su propio basamento de asegurar la concordia a través del monopolio de la fuerza.- Además, y no menos importante, es soslayar el fundamento propio de la protección posesoria.-

### 3.c.C.-) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Este modo de adquisición de los derechos reales por el transcurso del tiempo, en su modalidad larga<sup>27</sup>, aprovecha tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe simple<sup>28</sup>.- No puede invocarla en provecho propio el vicioso ya que puede oponérsele tal calidad<sup>29</sup>.-

Aquí se denota un error conceptual.- La usucapión precisa de una posesión que pueda ser conocida por toda la comunidad, no sólo por el anterior dueño; ella debe revestir la calidad de "ostensible", como lo han recogido los modernos Proyectos de Códigos Civil<sup>30</sup>.- La calidad relativa del vicio de la clandestinidad se vincula únicamente al saber del antiguo poseedor inmediato.-

---

<sup>22</sup> **Artículo 2487 del Código Civil:** "Las acciones posesorias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa".-

<sup>23</sup> **Artículo 2495 del Código Civil:** "La acción de manutención en la posesión compete al poseedor de un inmueble, turbado en la posesión, con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado".-

<sup>24</sup> **Artículo 2473 " in principium " del Código Civil:** "El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviere a lo menos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina".-

<sup>25</sup> **Artículo 2490 del Código Civil:** "Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad".-

<sup>26</sup> **Artículo 2469 del Código Civil:** "La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales".-

<sup>27</sup> **Artículo 4015 del Código Civil:** "Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título".-

<sup>28</sup> **Artículo 4016 del Código Civil:** "Al que poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión".-

<sup>29</sup> Ver artículo 3959 transcrito en la nota 13.-

<sup>30</sup> Verbigracia, **el artículo 1834 del Proyecto de Código Civil de 1998:** "La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua".-

La posibilidad de purga de los vicios implica que tal obstáculo sea de una entidad insignificante.- Tampoco es posible soslayar que afecta la seguridad jurídica la incertidumbre del breve plazo de duración de ellos.-

#### 4.- ANÁLISIS CRÍTICO

Siguiendo el método empleado anteriormente, se puede observar:

**A.-)** No resultan ser relevantes las diferencias ponderadas entre las obligaciones y derechos del poseedor de mala fe simple y viciosa.- No se encuentran distinciones trascendentes en el régimen de frutos, carece del derecho de retención en cuanto a las mejoras y la imposibilidad de invocar el caso fortuito como causal de eximición de responsabilidad es contraria a los principios que informan tal rama del Derecho.-

**B.-)** La falta de legitimación activa de las acciones posesorias calificadas para este poseedor no condice con el amplio elenco de los sujetos que puedan interponer los remedios policiales e interdictos.- Muestra ello una incoherencia que debe ser subsanada, mayormente cuando esta interpretación conculca el fundamento de la protección posesoria, la interdicción de las vías de hecho.-

**C.-)** La calidad fugaz, es decir fantasmal, y la relatividad de los vicios, resulta un obstáculo para la seguridad jurídica y para el correcto funcionamiento de la prescripción adquisitiva.-

#### 5.- CONCLUSIONES

- La relatividad de los vicios y su eventual saneamiento hacen de la posesión de mala fe viciosa una categoría, por lo menos, efímera.- Asimismo, resulta estéril por la brevedad de sus efectos, sus pocas consecuencias y la asimilación al poseedor de mala fe simple una vez producida la purga.-

- Su supresión simplificaría la teoría de las relaciones reales y contribuiría a fomentar la seguridad jurídica dinámica.-

- Se recomienda de lege ferenda la eliminación de la categoría de la posesión de mala fe viciosa en una futura reforma del Código Civil.-

#### 6.- BIBLIOGRAFIA

- ALLENDE, Guillermo L., *“La posesión”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.-

- ALTERINI, Jorge Horacio, *“Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa”*, La Ley Online (También publicado en Academia Nacional de Derecho 2004 (marzo)).-

- LAFAILLE, Héctor - ALTERINI, Jorge H., *“Derecho Civil.- Tratado de los Derechos Reales”*, La Ley – Ediar, Buenos Aires, 2010.-

- LLAMBIAS Jorge J. y ALTERINI, Jorge H., *“Código Civil Anotado.- Derechos Reales”*, Abeledo-Perrot, Tomo IV-A, Buenos Aires, 1981.-

- MOLINARIO, Alberto D., *“De las Relaciones Reales”*, Universidad, Buenos Aires, 1981.-

## **INDICE**

- 1.- INTRODUCCIÓN.-
- 2.- CONCEPTO.-
- 3.- REGIMEN DE LA POSESION DE MALA FE VICIOSA.-
  - 3.a.- CARÁCTER RELATIVO DE LOS VICIOS DE LA POSESION.-
  - 3.b.- PURGA DE LOS VICIOS DE LA POSESION.-
  - 3.c.A.-) OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL POSEEDOR DE BUENA Y MALA FE.-
  - 3.c.B.-) ACCIONES POSESORIAS.-
  - 3.c.C.-) PRESCRIPCION ADQUISITIVA.-
- 4.- ANÁLISIS CRÍTICO.-
- 5.- CONCLUSIONES.-
- 6.- BIBLIOGRAFIA.-