

DETENTACIÓN DE UN INMUEBLE MEDIANDO BOLETO DE COMPRAVENTA

Por Juan Pablo Mele¹

Fecha de recepción: 24 de mayo de 2023

Fecha de aprobación: 15 de junio de 2023

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/h8rk2knpf>

Resumen

En términos generales, la posesión es legítima cuando la sociedad la acepta, e ilegítima cuando la rechaza.

En el derecho argentino la posesión es legítima cuando se ejerce junto a un derecho real, de lo contrario es ilegítima.

Los derechos reales sobre inmuebles se adquieren derivadamente entre vivos por un acto jurídico complejo, compuesto por el contrato en escritura pública y la entrega de la cosa.

La práctica más común es que ese contrato se celebre por instrumento privado, denominado boleto de compraventa, que no tiene vocación traslativa de derechos reales sobre inmuebles.

Este trabajo busca determinar si esa posesión de inmuebles mediando boleto de compraventa es legítima o ilegítima.

Se concluye mediante un diseño no experimental que es legítima en abstracción con la ley, ilegítima, pero considerada legítima en virtud del sistema

¹ Abogado (UNLZ). Especialista en Derecho de Daños (UNLZ). Maestrando en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UNA). Profesor Adjunto de Derechos Reales (UAI). Autor y coautor de libros y revistas jurídicas. Expositor y asistente a numerosos eventos jurídicos.

derogado en su última redacción e ilegítima con consecuencias leves en el régimen actual.

Abstract

In general terms, possession is legitimate when society accepts it, and illegitimate when it rejects it.

In Argentine law, possession is legitimate when it is exercised together with a real right, otherwise it is illegitimate.

The real rights over real estate are acquired derivatively inter vivos by a complex legal act, consisting of the contract in public deed and the delivery of the thing.

The most common practice is that this contract is entered into by a private instrument, called a bill of sale, which does not have the vocation of transferring real rights over real estate.

This work seeks to determine if that possession of real estate by means of a sales ticket is legitimate or illegitimate.

It is concluded by means of a non-experimental design that is legitimate in abstraction with the law, illegitimate, but considered legitimate under the repealed system in its last draft and illegitimate with slight consequences in the current regime.

Resumo

Em termos gerais, a posse é legítima quando a sociedade a aceita e ilegítima quando a rejeita.

No direito argentino, a posse é legítima quando é exercida junto com um direito real, caso contrário é ilegítima.

Os direitos reais sobre bens imóveis são adquiridos derivativamente entre vivos por ato jurídico complexo, que consiste no contrato em escritura pública e na entrega da coisa.

A prática mais comum é que esse contrato seja celebrado por meio de instrumento particular, chamado de letra de câmbio, que não tem por vocação a transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Este trabalho busca determinar se aquela posse de imóvel por meio de talão de venda é legítima ou ilegítima.

Conclui-se por meio de um projeto não experimental que é legítimo em abstração com a lei, ilegítimo, mas considerado legítimo no regime revogado na sua última redação e ilegítimo com ligeiras consequências no regime atual.

Palabras clave

Boleto, compraventa, posesión, Derechos Reales, Derechos Personales, legítima, ilegítima.

Keywords

Ticket, sale, possession, Real Rights, Personal Rights, legitimate, illegitimate.

Palavras chave

Bilhete, venda, posse, Direitos reais, Direitos pessoais, legítimos, ilegítimos.

1. Introducción

Cuando se habla de legitimidad, automáticamente se piensa en propiedad; siendo objeto un inmueble, en dominio; pero difícilmente pensemos en la posesión.

Según Rousseau (2003), la posesión incube a la naturaleza del hombre, pero no así la propiedad privada. Sostiene que por medio del contrato social el hombre cede su libertad natural, basada en la fuerza, para dar paso a la libertad civil, basada en la voluntad general; consecuentemente, el hombre pasa de la posesión a la propiedad. Conforme su concepción, el derecho posesorio "...del primer ocupante, aunque es más real que el de la fuerza, no es verdadero derecho sino después de establecido el de propiedad..." (Rousseau, 2003, p. 13).

Probablemente, en los comienzos, la posesión del primer ocupante se encontraba legitimada por la sociedad y consecuentemente configuraba un derecho de propiedad.

Esto sigue ocurriendo con las cosas muebles sin dueño, donde la aprehensión hace nacer la posesión y la propiedad (dominio).

No ocurre lo mismo con los inmuebles, pues se supone que la tierra ya ha sido ocupada por sus primeros ocupantes –sean particulares o Estados- y la legitimación social importa cumplir con las formas de transmisión que la misma sociedad impone.

A veces es bueno reflexionar abstrayéndose de la letra de ley. Y así, en abstracto, preguntarse cuándo es legítima la posesión y cuando no.

La respuesta es sencilla, la posesión es legítima cuando la sociedad la legítima aceptándola, es ilegítima cuando ésta la rechaza.

Resulta simple imaginar que, en los comienzos de la sociedad, ésta legitimaba a la posesión del primer ocupante y así nacía el derecho de propiedad. Es decir que la propiedad –o el dominio- no era más que la posesión legítima. Luego, se legitimó la

transmisión de la posesión del primer ocupante propietario a otro y así sucesivamente, siempre que se cumplieran las formalidades exigidas por la norma social o jurídica.

En el derecho objetivo argentino, sin distinguir entre el código derogado y el actual, la posesión se puede adquirir junto a un derecho real –dominio generalmente-derecho personal, o sola. Si se adquiere junto a un derecho real será legítima, si se la adquiere con independencia a un derecho real, en principio, será ilegítima.

La diferenciación entre posesión legítima e ilegítima radica en la causa de adquisición. A su vez, según consideraciones personales del adquirente, la posesión ilegítima puede ser de buena o mala fe y esta última puede ser de mala fe simple o viciosa según la forma (elemento de la causa) en que fue adquirida. (Salvat, 1946).

Para adquirir derechos reales de forma derivada por actos entre vivos -y que así la posesión sea legítima- se requiere “título y modo suficientes”, es decir, un acto jurídico complejo, constituido por un acto jurídico personal (contrato) y un acto jurídico real (entrega de la cosa), revestidos de las formas establecidas por la ley.

Y la forma requerida para que el contrato “título causa” destinado a adquirir un “inmueble” sea suficiente, es por escritura pública. De este contrato por escritura pública, surgen derechos personales, que, unidos a la transmisión de la cosa, generan los derechos reales; en la denominada teoría del título y modo suficientes. En cambio, aunque del contrato por instrumento privado, al que denominamos boleto, también surgen derechos personales, adquirida la relación con la cosa “no” surgen derechos reales.

Siendo que el boleto de compraventa se celebra por instrumento privado, y que de él -aun unido a la posesión- derivan derechos personales; surge la pregunta de si la posesión junto a un derecho personal en virtud de un boleto de compraventa es legítima o ilegítima.

2. Breve apreciación de la posesión en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el Título II del Libro Cuarto, regula como relaciones de poder a la posesión, la tenencia y al servidor de la posesión (quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad), nos centraremos solo en la primera de estas relaciones.

En principio, se continúa con la tradición heredada del código precedente. Se sigue la teoría subjetiva atribuida a Savigny (2012), aunque con un *animus domini* más objetivado, por cuanto ya no se habla de “intención”, como lo hacía su predecesor en su artículo 2351, sino de “comportamiento” como señala el actual artículo 1909.

Así, se entiende que la exteriorización del comportamiento del poseedor como titular de un derecho real, lo sea o no, resulta menos exigente que el concepto de *animus domini* de Savigny (Molina Quiroga, 2015).

No obstante, hay algo de la teoría objetiva al decir el artículo 1911 del actual código que “Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa...” pudiendo observarse un destello del pensamiento de Ihering (1947) (Mele, en Lovece, 2022, p. 419). Señala Humphreys, que “Por lo tanto, probado el corpus, el *animus domini* se presume...” (2021).

De los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cuya importancia resulta “casi” similar a las notas de Vélez Sarsfield, puede observarse con meridiana claridad, la intención de erradicar la idea de derecho como calificativo de la posesión¹

Asimismo, mientras la posesión es calificada como “poder de hecho” por el artículo 1909 del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 1882 del mismo código califica al derecho real como “poder jurídico”.

La posesión, tiene varias funciones en el Código: a) Contenido de los derechos reales -y si se quiere personales- que se ejercen por la posesión. b) Medio para adquirir derechos reales -usucapión, tradición-. c) Fundamento de un derecho -defensas posesorias- y d) podríamos agregar que la posesión también cumple una función publicitaria.

El objeto de las relaciones de poder factico siempre es la cosa determinada, que puede ejercerse por una o varias personas, humanas o jurídicas, sobre la totalidad o una parte material de la cosa, actual, determinada y en el comercio; aunque no pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí, en tal caso habrá coposesión, cotenencia o coservicio a la posesión.

Además de la presunción de posesión, se regulan otras presunciones *iuris tantum* sobre la fecha y la extensión de la posesión con respecto al título, como sinónimo de “documento”, si lo hubiere. Existe también una suerte de presunción de onerosidad en la adquisición de la posesión, conforme el artículo 1895 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación -se invierte la carga probatoria-. También contamos con presunciones sobre la legitimidad y la buena o mala fe de las relaciones de poder, pero las veremos en título siguiente.

Se regula la inmutabilidad de la causa de adquisición y la interversión del título, al decir, respectivamente, el artículo 1915 del Código Civil y Comercial de la Nación que “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 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.” “Es decir que un poseedor no puede transformarse en tenedor [o viceversa] por el mero paso del tiempo ni por su voluntad no manifestada en actos que la exterioricen en tal sentido” (Humphreys, en Gherzi, 2021, p. 118).

Asimismo, se señala la innecesariedad de título por parte del poseedor, como dice Vélez Sarsfield en el artículo 2363 del Código Civil derogado, "...Él posee porque posee..."

La adquisición de la posesión se da 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. Así, las relaciones de poder se adquieren por la tradición -la cual no es necesaria en los casos de *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*- y por el apoderamiento de la cosa.

También se regula que la relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria, lo que demuestra que la sola causa fuente basta para que exista posesión. (Mele, en Lovece, 2022, p. 421). De tal modo, que la posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa.

Como una suerte de obligaciones y derechos *propter rem* -respecto a la posesión y a la tenencia, aunque no se nombra a esta última- se regula el respeto al ejercicio de las servidumbres reales y a los límites al dominio. (Mele, en Lovece, 2022, p. 422). También el respeto a las cargas y gravámenes reales, las medidas judiciales y la restitución de la cosa, cuando correspondiere.

La calificación de la posesión ilegítima -que veremos en el título siguiente- repercute en el alcance de la responsabilidad sobre la destrucción de la cosa y la restitución de los frutos. Siendo indiferente para los productos.

Para su protección, las relaciones de poder, posesión y tenencia, cuentan con las acciones posesorias de despojo y de mantener, normadas en el Capítulo 1, Título XIII, del Libro Cuatro, del Código Civil y Comercial de la Nación, además de los interdictos procesales locales, y comparten junto con los servidores de la posesión, la defensa extrajudicial.

3. El artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación, dice que “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”².

La norma trae como novedad la incorporación de la tenencia al juego de la legitimidad e ilegitimidad, igual que su fuente inmediata, el artículo 1858 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, que dice: “Presunción de legitimidad. Las relaciones reales se presumen legítimas, salvo 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.” Nótese que, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación, este artículo habla de “relaciones reales” y no de “relaciones de poder”.

Asimismo, el artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina sigue diferenciando a la posesión legítima de la ilegítima conforme al acto de adquisición.

Luego, si la posesión resulta ilegítima, el artículo 1918 del mismo código dice que “El sujeto de la relación de poder [posesión o tenencia] 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 legitimidad.” Caso contrario, sería ilegítima de mala fe.

Según el artículo siguiente, la relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. Presumiéndose la mala fe 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.

Asimismo, el artículo 1920 del Código Civil y Comercial de la Nación señala que “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 comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.”

Finalmente, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1921, divide a la posesión de mala fe –no a la tenencia- en “mala fe simple” y mala fe viciosa”; definiendo a esta última como la adquirida sobre muebles por hurto, estafa, o abuso de confianza; o la adquirida sobre inmuebles, por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

Por otro lado, a diferencia de su fuente mediata–el artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield modificado por la Ley 17.711- el artículo en examen omite tratar expresamente sobre el “boleto de compraventa”.

Cabe entonces, preguntarse cómo queda calificada la posesión de inmuebles junto a un derecho personal en virtud de un boleto de compraventa.

4. Breve caracterización del Boleto de Compraventa Inmobiliaria

Sin pretender ahondar en el tema, pues excede los límites del presente y amerita un trabajo autónomo, debemos fijar una premisa acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa.

Durante la vigencia del Código Civil Velezano se dijo que el boleto de compraventa inmobiliaria era un contrato preliminar que solo obligaba a hacer la escritura pública -algunos decían que el juez podía escriturar ante un comportamiento remiso de una de las partes, generalmente el vendedor, y otros que no era posible, pues había que prestar un nuevo consentimiento, lo cual era personalísimo- pero la obligación de dar la cosa era objeto del contrato de compraventa definitivo por escritura pública y no del boleto. También se dijo que era una compraventa imperfecta,

que además de escriturar, obligaba al lógico pago del precio y a la entrega de la cosa cuando no había aun tradición posesoria. Se señaló, asimismo, que era un verdadero contrato de compraventa y que la escrituración era solo para convertirlo en título habilitante para la transmisión del dominio. Finalmente, se dijo que era un contrato, aunque no de compraventa pues carecía de la forma exigida por la ley, que generaba todas las obligaciones que le son propias, pues es perfecto desde el punto de vista del consentimiento (Kiper, 2017). (Véase artículos 1184, 1185, 1186, 1187, 1323 y 1324 del Código Civil de Vélez Sarsfield. También puede verse el artículo 1185 *bis* del mismo código en cuanto a la oponibilidad del boleto).

En el Código Civil y Comercial de la Nación, se siguen reglas similares a su antecesor, con la ventaja que se autoriza expresamente al juez a otorgar la escritura cuando la parte se encuentre renuente.

Respecto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa en el nuevo ordenamiento, se dijo que se trata de una promesa de contrato normada por los artículos 994 y 995, pero la doctrina descarta esta tesis dado que estos contratos tienen un plazo de caducidad de un año, circunstancia contradictoria con la esencia económica y jurídica del boleto. También se entendió al nuevo boleto como un contrato de compraventa perfecto, pues los artículos 1170 y 1171 del nuevo código hablan de “inmueble vendido” y de “comprador”, pero si fuese un contrato de compraventa propiamente dicho, no tendrían razón de ser los artículos señalados que protegen al adquirente por boleto (Kiper, 2017). (Véase artículos 285, 969, 1017 y 1018 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Kiper (2017) sostiene la misma opinión que expresara respecto del régimen precedente, es decir que el boleto “...se trata de un contrato valido, no definitivo en su faz de cumplimiento, pero sí en lo que hace al consentimiento, que obliga a las partes a cumplir con las obligaciones asumidas, entre ellas la obligación de hacer que es otorgar la escritura correspondiente...” (p. 47).

Por nuestra parte, a los efectos de este trabajo, tanto en el régimen derogado como en el vigente, consideramos al boleto de compraventa como un contrato - aunque no de compraventa-, que no puede ser título suficiente para la adquisición de un derecho real; aunque obliga a escriturar. No nos resulta relevante en cuanto al presente, expedirnos sobre el consentimiento, ni sobre la posible exigencia de las restantes obligaciones, aunque resaltamos como un triunfo la expresa autorización al juez para otorgar la escritura.

5. Calificación de la Relación de Poder como Posesión y no como Tenencia

Antes de la reforma de la Ley Nacional 17.711 al artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield, existía una tesis según la cual, quien detentaba un inmueble mediando boleto de compraventa, no sería poseedor, sino tenedor.

Gatti y Alterini (1973) comentan que:

Bajo el régimen estructurado por Vélez, se polemizó acerca de si el titular por boleto a quien se hubiera entregado la cosa investía el carácter de tenedor o poseedor. Quizás sea Lafaille quien con mayor energía se pronunció en favor de la tenencia [...] sostuvo que se trataba de “un detentador que representa la posesión del enajenante (p. 25).

Quien invocara esta causa exigiendo la escrituración al titular, reconocería el dominio en el vendedor. No importaría su intención subjetiva, sino la impuesta *jure et de jure* por la ley. Solo podría ser poseedor, intervirtiendo el título.

López de Zavalía (1989), dice que la calificación como tenedor de quien ostenta un inmueble mediando boleto de compraventa, parte de una falsa concepción de lo que es la tenencia, que no consiste en reconocer en otro la propiedad sino en reconocer en otro la posesión.

Continua, López de Zavalía (1989), explicando su tesis en los siguientes términos:

El comprador por boleto podrá reconocer en otro la propiedad, pero después de la tradición posesoria no tiene por qué reconocerle la posesión, aparte de que la propiedad que le reconoce es al solo efecto de la escritura. A los romanistas que hablan de una posesión “derivada” no les sorprendería el que se hablara de una posesión en el adquirente por boleto, y menos debiera sorprendernos a nosotros que, con el precepto del 515 inc. 3, tenemos base suficiente para negar que el adquirente por boleto, sea en tal caso un tenedor, ya que respecto a él no puede hablarse de una obligación de restituir al vendedor (p. 419).

El artículo 515 del Código Civil de Vélez Sarsfield trata de las obligaciones naturales, es decir aquellas que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas. Luego, el inciso 3 de dicho artículo, menciona a las obligaciones que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las formas que la ley exige para que produzcan efectos civiles; y da como ejemplo la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas.

Así, siendo el boleto un contrato de compraventa nulo –aunque válido como generador de obligaciones de hacer la escritura pública- entraría en el campo de aplicación del artículo 515, inciso 3, del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Finalmente, con similares lineamientos a los expuestos por López de Zavalía (1989), la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que “El beneficiario de una promesa de venta que ha recibido la tradición es poseedor *‘animus domini’* porque no reconoce el dominio en otra persona, comportándose como propietario y ejerciendo los derechos que le corresponden...” (SCBA. Ac. 52937 y Ac. 48455).

6. Clasificación de la Posesión en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Como paso previo a resolver la hipótesis del ordenamiento jurídico actual, corresponde hacer revista del régimen derogado.

El artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield se divide en dos párrafos, uno originario y otro agregado casi cien años después de su entrada en vigencia, por la Ley Nacional 17.711.

Dice la redacción originaria:

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 transmitirla³.

Como expresa el artículo recientemente transcrito, la clasificación sólo atañe a la posesión y no a la tenencia, sin embargo, se sostiene que “...*mutatis mutandi*, el señorío personal también es susceptible de esta clasificación...” (López de Zavalía, 1989, p. 404), lo que puede observarse en el nuevo código que regula la materia.

La ley representando a la sociedad y siguiendo la idea abstracta que expusimos, señala que la posesión es legítima cuando la ostente el propietario – técnicamente quien resulte titular de un derecho real- e ilegítima cuando quien la ostente no sea titular de un derecho real.

Es decir, cuando la posesión va de la mano con el derecho real, es legítima; cuando se separan, es ilegítima.

1) Conforme la norma, “La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real...” Es decir, se ejerza junto a un derecho real, cumpliendo con todos sus elementos, sujeto, objeto y causa.

Y, lógicamente para encontrarnos ante un derecho real, éste debe estar “...constituido en conformidad a las disposiciones de este código.” O, mejor dicho, de la ley.

Como ha de notarse, la norma discrimina en posesión legítima e ilegítima según su causa de adquisición.

2) Así, el artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield define a la posesión ilegítima haciendo referencia a vicios en los elementos de la causa. En efecto, la norma bajo estudio relaciona a la posesión ilegítima con la carencia de título o vicio del título.

La palabra título, en el Código Civil de Vélez Sarsfield, puede ser objeto de causa o de instrumento. En este caso, cuando la norma habla de título, hace referencia a la causa.

2.1) El precepto dice que la posesión es ilegítima “...cuando se tenga sin título...” Esto es imposible pues siempre existe un título como sinónimo de causa. Hasta la usurpación es un título-causa; como dijimos precedentemente, debe leerse “sin título suficiente”.

Salvat (1946) explica el sentido de la norma de la siguiente manera:

...la posesión será ilegítima por falta de título, cuando ella no responda a algunas de las causas que legalmente pueden darle nacimiento, por ejemplo: si se trata de una posesión adquirida en virtud de un acto de usurpación, de un apoderamiento violento, etc. (p. 37).

Es decir, siempre hay título como sinónimo de causa, pero el artículo se refiere a la ilegalidad del mismo.

2.2) Continúa diciendo el artículo bajo examen que también es ilegítima cuando se tenga por “...por un título nulo...”

La causa es un acto jurídico –como el caso que analizamos del boleto de compraventa- y como tal puede ser nulo por vicio en cualquiera de sus elementos, sujeto, objeto, fin (regulado en el nuevo ordenamiento) o forma. Si la causa es nula, no se transmite el derecho y, consecuentemente, la posesión es ilegítima.

El artículo hace referencia a la nulidad, pero no a la anualidad. La primera es inmediata mientras la segunda depende de declaración judicial para convertirse en nulidad, sólo una vez declarada, se puede calificar la ilegitimidad de la posesión

retroactivamente a la fecha del acto anulado (artículos 1046 y 1050 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

López de Zavalía (1989) señala que, si la nulidad es relativa, la ilegitimidad será relativa y si la nulidad es absoluta, la ilegitimidad también lo será.

Cabe aclarar que no sólo el contrato puede ser tachado de nulidad pues la entrega de la cosa también es un acto jurídico y, consecuentemente, también es susceptible de nulidad. Si la posesión de un inmueble se adquiere unilateralmente, aunque exista compraventa por escritura pública, la adquisición del derecho real es nula y así ilegítima la posesión.

2.3) Asimismo, la posesión es ilegítima, conforme la norma en estudio, cuando “...fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales...”.

Modo, es sinónimo de manera o forma, uno de los elementos de la causa. Si bien, la palabra modo -como sinónimo de forma- se refiere a los dos actos constitutivos de la tradición (personal y real), la doctrina ha entendido que sólo se refiere a la entrega de la cosa.

A Vélez Sarsfield no le gustaba repetir y por ello a veces cae en imprecisiones o induce a error. Para nosotros, tanto cuando se habla de forma o modo, se refiere a la manera que ocurre un acto jurídico, sea personal o real.

La entrega de la cosa es un acto jurídico real y, así como el acto jurídico personal, tiene una forma. Por ejemplo, la tradición de los inmuebles sólo puede hacerse por “...actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega” (artículo 2379 del Código Civil de Vélez Sarsfield) o actos materiales de ambos, o “desistiendo el poseedor de la posesión que tenía, y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él, y sin oposición alguna” (artículo 2380 del Código Civil de Vélez Sarsfield), no bastando la “La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa [lo que] no suple las formas legales” (artículo 2378 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

También es modo o manera o forma de adquirir la posesión la ocupación o usurpación.

Si las formas del acto jurídico real no se cumplen, dicho acto es nulo y no se transmite el derecho real, por consiguiente, la posesión es ilegítima.

2.4) Finalmente, la norma culmina señalando que también es ilegítima la posesión "...cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla." Es decir, cuando falte legitimación en el sujeto. Esta directiva es innecesaria por cuanto queda incluida en la frase "...por un título nulo..."

3) La posesión ilegítima se subclasifica en ilegítima de buena fe y de mala fe y esta última, a su vez, se subclasifica en simple y viciosa.

"La posesión ilegítima es de buena fe en el caso de que el poseedor, por ignorancia o error de hecho excusable (arts. 923 a 929), se persuadiere sin duda alguna de la legitimidad de su posesión (art. 4006 y nota)" (Zinny, 2009, p. 57).

Es de mala fe cuando no se dan los extremos expuestos en el párrafo precedente. Cabe agregar, hablando del boleto de compraventa inmobiliaria, la presunción *jure et de jure* del artículo 4009 del Código Civil de Vélez Sarsfield en cuanto indica que "El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor."

Luego, la posesión ilegítima de mala fe puede ser simple o viciosa, caracterizándose a esta última por la adquisición de la posesión por hurto estelionato o abuso de confianza respecto a muebles y violencia, clandestinidad y abuso de confianza respecto a inmuebles (artículo 2364 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

7. El agregado de la Ley Nacional 17.711 al artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield

La Ley Nacional 17.711, agregó al artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield un párrafo según el cual “Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa.”

La interpretación del agregado al artículo 2355 del Código Civil de Vélez, ha generado el nacimiento de las más diversas teorías.

1) *Posesión Legítima y Derecho Real*. Esta tesis sostiene que la posesión de la que habla el último párrafo del artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield es legítima y consecuentemente se tiene en virtud de un derecho real.

Esta tesis se divide en tres corrientes de pensamiento, según se considere que ese derecho real es: A) de dominio según Games (Fazio de Bello, 1984); B) de dominio imperfecto según Borda y Bustamante Alsina (Kiper, 1999); C) de posesión -dotado de acciones reales- según Fazio de Bello (Fazio de Bello, 1984).

1.1) La tesis que habla de un derecho de dominio pleno es inaceptable en virtud de la forma impuesta por el artículo 1184, inciso 1, 2602 y 2609 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

1.2) La tesis del dominio imperfecto tampoco tiene asidero. Como dice Kiper (1999):

...no existe dominio imperfecto en el supuesto de la posesión adquirida mediante boleto de compraventa [inmobiliaria], ya sea en cabeza del adquirente o del transmitente [pues] para que se configure un supuesto de dominio imperfecto es menester la existencia previa del derecho de dominio, para así poder gravarlo con un derecho real hacia otra persona (dominio desmembrado), o sujetar su duración al vencimiento de un plazo (dominio revocable o fiduciario) (p. 62). (El encorchetado nos corresponde).

Es claro que el dominio del transmitente de la posesión mediando boleto de compraventa sigue siendo tan pleno o perfecto como antes; así como el adquirente en dichos términos tampoco ostenta un dominio menos pleno (Kiper, 1999).

Sin embargo, López de Zavalía (1989) comenta que la teoría del dominio imperfecto ha sido mal entendida por una equivocación de sus sostenedores, pues para esta tesis el dominio perfecto es sinónimo de oponible o inatacable, es decir aquel que se ha transmitido con un contrato por escritura pública, con entrega de la cosa e inscripción; mientras que al referirse al dominio imperfecto quieren decir dominio inoponible, debido a que carece de registración. Error derivado de las palabras “perfeccionada” y “oponible” empleadas en el artículo 2505 del Código de Vélez Sarsfield, modificado por la Ley Nacional 17.711.

Hasta aquí, dice López de Zavalía (1989), la tesis es bastante sostenible, el problema surge porque se pretende extender el concepto de “dominio inoponible” a los supuestos donde falta la forma sin tener en cuenta que no existiendo dominio mediando boleto de compraventa inmobiliaria, no es posible hablar de dominio oponible e inoponible.

Por último, continúa diciendo Kiper (1999), que en algunos casos el boleto de compraventa inmobiliaria pueda ser oponible a ciertos terceros (concurso o quiebra del vendedor) no autoriza a inferir que se esté en presencia de un derecho real de dominio. Asimismo:

Obsérvese que también el contrato de locación debe ser respetado durante el tiempo convenido cuando se produce la enajenación de la finca (art. 1498, Cód. Civil) y no por ello la locación es un derecho real. Por el contrario, los contratos de arrendamiento que celebra el usufructuario son inoponibles al nudo propietario (arts. 2870, Cód. Civil), lo que nos revela que el legislador, ante situaciones diferentes, protege intereses distintos, sin que de ello pueda extraerse una regla general aplicable a todos los casos (Kiper, 1999, pp. 66-67).

1.3) Fazio (1984) dice que, “...siguiendo el sistema del artículo 2355, no hay posesión legítima sin derecho real; de manera que el nuevo caso establece una posesión-derecho o *ius possidendi*, y no ya una mera posesión hecho-derecho, o *ius*

possessionis...” (p. 125). Entonces, si la posesión es un derecho obviamente éste es real.

Kiper (1999) sostiene que, de aceptarse a la posesión como un derecho real, tendríamos que convenir en un nuevo supuesto de dominio menos pleno, el del titular de dominio que gravó su derecho con un derecho real de posesión a favor de un tercero.

Por otra parte, el poseedor mediando boleto de compraventa inmobiliaria podría ejercer las acciones reales, pero no de manera directa sino subrogándose en los derechos del dueño vendedor (artículo 1196 del Código Civil de Vélez Sarsfield) (Kiper, 1999).

2) *Posesión Ilegítima, Adquisición Legítima*. Esta tesis sostiene que cuando el último párrafo del artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield habla de legitimidad, se refiere a la adquisición de la posesión y no a la posesión en sí misma, la cual siempre será ilegítima. Esta tesis también puede ser bifurcada en: A) Posesión Ilegítima de Buena Fe (Mariani de Vidal, 2004); B) Posesión Ilegítima de Mala Fe (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 2004).

2.1) Papaño, Kiper, Dillon y Causse (2004), señalan que no es posible sostener la tesis que propugna a la posesión mediando boleto de compraventa inmobiliaria como de ilegítima de buena fe, ello en virtud de la letra del artículo 4009 del Código Civil y su nota.

En efecto, dice el artículo 4009 del Código Civil de Vélez Sarsfield que “El vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor.” Por su parte, la nota al artículo recientemente transcrito dice que “...Las nulidades de formas privan al acto de su existencia legal, y hacen que el poseedor no pueda creerse propietario. Son vicios visibles y extrínsecos, y nadie debe ignorar la ley sobre las formas esenciales de los actos jurídicos...”

2.2) Respecto a la tesis que indica una adquisición legítima de una posesión ilegítima de buena o de mala fe, Fazio de Bello (1984) señala que no es posible que

una adquisición legítima devenga en una posesión ilegítima y dice que la “...legitimidad o ilegitimidad de la posesión está en la génesis, o sea en la adquisición. De manera que, si la adquisición es legítima, la posesión también lo es...”

Si la adquisición de la posesión es legítima, la posesión en sí misma también lo es pues, así como comenzó debe continuar. Ello surge de los artículos 2353 y 2354 del Código Civil de Vélez Sarsfield que señalan la inmutabilidad de la causa diciendo que “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión...” (2353), así como tampoco “...las cualidades ni los vicios de la posesión; tal como ella comenzó, tal continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisición...” (2354).

3) *Posesión Ilegítima considerada Legítima*. Esta tesis, sostenida por López de Zavalía (1989) señala que la posesión mediando boleto de compraventa es ilegítima pero la ley la considera legítima.

8. El artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

1) El artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, dice: “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”.

Si bien la norma no es casuística como su fuente mediata –el artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield- sigue diferenciando a la posesión legítima de la ilegítima conforme sea fruto de un acto jurídico válido que derive en la adquisición de un derecho real, o no.

La norma trae como novedad la incorporación de la tenencia al juego de la legitimidad e ilegitimidad y añade también a los derechos personales, al igual que su fuente inmediata, el artículo 1858 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, el cual dice:

Presunción de legitimidad. Las relaciones reales [posesión y tenencia según el artículo 1846] se presumen legítimas, salvo 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. (El encorchetado nos corresponde).

Nótese que, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación, este artículo habla de “relaciones reales” y no de “relaciones de poder”.

Luego, el artículo 1918 del nuevo código dice que “El sujeto de la relación de poder [posesión o tenencia] 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 legitimidad.” (El encorchetado nos corresponde).

Presumiendo el artículo siguiente la mala fe “...cuando el título es de nulidad manifiesta...”

Finalmente, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1921, divide a la posesión de mala fe –no a la tenencia- en “mala fe simple” y mala fe viciosa”; definiendo a esta última como la adquirida sobre muebles por hurto, estafa, o abuso de confianza; o la adquirida sobre inmuebles, por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

2) Por otro lado, a diferencia de su fuente mediata –el artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield modificado por la Ley 17.711- el artículo en examen omite tratar expresamente sobre el boleto de compraventa.

Cabe entonces, preguntarse cómo queda ahora calificada la posesión de inmuebles junto a un derecho personal derivado de un boleto de compraventa.

Alterini (2015), interpreta que si a tenor del artículo 1916 del Código Civil y Comercial de la Nación, la posesión es ilegítima cuando no importa el ejercicio de un derecho real, no existiendo derecho real sobre inmuebles sin escritura pública (debió decir mediando instrumento privado), no puede ser legítima en el caso del poseedor con boleto. En igual sentido Bueres (2015).

Dicen Causse y Pettis (2015) que:

Es de destacar que, al no haberse reproducido el agregado introducido al art. 2355 CC por la ley 17.711, el poseedor con boleto de compraventa debe reputarse poseedor ilegítimo dado que no cuenta con un derecho real constituido de conformidad con las previsiones de la ley (p. 46).

Kiper (2016) sostiene que en el nuevo código puede arribarse a la posición señalada recientemente, y en virtud de su artículo 1892 calificar a dicha posesión como ilegítima.

“No obstante, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1170 y 1171, cabe aceptar que dicho adquirente que se considere poseedor de buena fe al que lo sea en virtud de un boleto de compraventa, a pesar de lo dispuesto por el art. 1918 del CCyC. (Kiper, 2017, p. 54).” “Reputarlo de buena fe tiene alguna importancia, pues influye en el régimen de los riesgos, frutos, mejoras, etcétera” (Kiper, 2016, p. 126). “En este caso, el poseedor con boleto genera una posesión ilegítima, pero, forzando los textos, de buena fe” (Kiper, 2017, p. 54).

Luego, dice Kiper (2016) que una forma de armonizar puede ser la siguiente:

...el adquirente de la posesión con boleto de compraventa, si bien no es titular de un derecho real, sí cuenta con un derecho personal. El Código, en el artículo 1916, dice que la relación de poder es legítima cuando importe el ejercicio de un derecho real o “personal” constituido cumpliendo con las normas legales. De tal forma el nuevo Código incluye a los derechos personales, por lo que bien puede considerarse que el poseedor con boleto de compraventa es legítimo, aun cuando no ejerza un derecho real que aún no adquirió (p.126).

En igual sentido se expresan Lorenzetti (2015); Mariani de Vidal y Abella (2016).

Fazio de Bello (2016), dice:

A nuestro juicio, y de conformidad al art. 1916 del nuevo Código, la posesión recibida por el adquirente, por medio de un boleto de compraventa, es legítima. Esta interpretación, concuerda con la apertura de las nuevas leyes, y la incorporación de nuevas figuras al mismo, creándose una esfera de respeto a las costumbres sociales y a sus cambios (p. 189).

No obstante, dice Kiper (2017), que es "...cierto que el art. 1916 también menciona el '*derecho personal*', pero esto debe ser entendido con relación a tenedores, ya que la norma contempla ambos casos (posesión y tenencia), dado que alude a las '*relaciones de poder*'" (p. 54).

9. Conclusiones

Para nosotros, en abstracción a la ley, quien ostenta un inmueble mediando boleto de compraventa es poseedor legítimo por cuanto supone voluntad en el transmitente.

Tomando argumentos de Borda (1975), podemos decir que quien adquiere la posesión mediando boleto de compraventa inmobiliaria "...se siente dueño, la posee a título propio..." (p. 58).

Legalmente, conforme el Código Civil de Vélez Sarsfield originario -sin desmerecer los argumentos en que se funda la tesis que imputa tenencia a quien detenta un inmueble con boleto de compraventa- siguiendo a la doctrina y jurisprudencia dominantes que señalan a quien ostente un inmueble mediando boleto de compraventa como poseedor y no como tenedor, debemos concluir que se trataría de una posesión ilegítima de mala fe simple. Es que esta posesión no se ejerce en virtud de un derecho real, ni puede el poseedor, persuadirse de su título, no obstante, el acto es lícito y por ello la posesión no es viciosa.

Y desde luego, como dice López de Zavalía (1989), "...resolver que puede haber posesión [...] no es cosa de poca monta, pues implica beneficiar al adquirente con las acciones posesorias y la usucapión larga..." (p. 419).

Recuérdese que antes de la reforma de la Ley Nacional 17.711 al Código Civil de Vélez Sarsfield, el tenedor carecía de acciones posesorias y en ningún momento le fue posible usucapir.

Legalmente, pero ahora conforme a la reforma de la Ley Nacional 17.711 al artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield, el adquirente detentador en virtud de un boleto de compraventa inmobiliaria es un poseedor, pues ello surge del agregado que la ley mencionada hace al artículo 2355 de dicho código.

Entendemos, siguiendo de cierta manera a López de Zavalía (1989), que la adquisición de la posesión de inmuebles mediando boleto de compraventa celebrado de buena fe (contractual no posesoria) es ilegítima de mala fe simple por defecto en la forma, pero si se cumple con los otros elementos de la causa, la ley la considera legítima. Considerándose legítima la adquisición de la posesión, ésta última también lo es. Esta calificación, no implica inatacabilidad, sino oponibilidad frente a ciertos terceros. En las jurisdicciones que admiten la inscripción registral de los boletos de compraventa inmobiliaria, es posible extender esa primitiva oponibilidad.

Señala López de Zavalía (1989), que el agregado al artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield, posibilita la aplicación de los artículos 594 y 3269 del mismo código, de los cuales antes no podía valerse el adquirente por boleto de compraventa inmobiliaria debido a la nulidad de su compraventa.

El resto de las oponibilidades, surgen del artículo 1185 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que no es objeto de estudio en el presente. Además, la reforma amplió la legitimación activa en materia de acciones posesorias.

Así, la posesión mediando boleto de compraventa -ilegítima, pero considerada legítima- genera similares efectos que la posesión en virtud de un derecho real, es decir, a la posesión legítima.

A nuestro criterio no otorga acciones reales por cuanto éstas defienden el derecho real y no la posesión, aunque sea legítima.

Debe recordarse que en nuestro sistema, posesión legítima no es sinónimo de derecho real, aunque de éste dependa la legitimidad de aquella, y aunque de la tradición posesoria dependa el derecho real; pues como señala Molinari Romero (2012), debemos distinguir entre: a) el derecho subjetivo (propiedad, usufructo, locación, etc.); b) el derecho a la posesión ("*jus possidendi*") que el derecho subjetivo confiere (aclara el autor citado que el "*jus possidendi*" no es algo distinto del derecho subjetivo, sino tan sólo una facultad involucrada en él); c) la posesión (el estado de hecho) y finalmente d) el derecho de posesión nacido de la posesión ("*jus possessionis*") (2012, p. 2).

Finalmente, es lógico que el agregado sub examen hable de adquisición, pues todo el artículo se refiere a ella.

Legalmente, conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, puede catalogarse poseedor a quien detenta un inmueble con boleto de compraventa pues el artículo 1170 de dicho código requiere –para proteger al adquirente con boleto de compraventa inmobiliaria- "...publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria."

Si como dice Alterini (2015), "La omisión nos retrotrae –dado que existen disposiciones de tipo obligacional tuitivas del adquirente por boleto de compraventa- a la situación anterior a la reforma de la ley 17.711. (p.233); entonces, el poseedor será ilegítimo de mala fe simple, pues creemos que el artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a la buena fe contractual (artículos 9 y 916 del Código Civil y Comercial de la Nación) y no a la posesoria (artículo 1918 del Código Civil y Comercial de la Nación).

La buena fe contractual se refiere a la lealtad, a la ausencia de ánimo fraudulento, mientras la buena fe posesoria se refiere a creencia y convicción que sólo admite el error fáctico, esencial y excusable (Kiper, 2016).

En principio, no creemos acertado hablar de posesión legítima en virtud de un derecho personal. Pensamos que la posesión es legítima si se adquiere junto con un derecho real, mientras la tenencia es legítima si se adquiere junto a un derecho personal. Si la causa no reconoce un derecho –real para la posesión y personal para la tenencia- ya sea por inexistencia o nulidad, la relación de poder es ilegítima.

No obstante, siguiendo las doctrinas que buscan proteger en mayor medida al adquirente por boleto, y reconociendo la realidad social y económica, no vemos descabellado ceder a la dogmática y ver una posesión legítima aun junto a un derecho personal.

Para finalizar la exposición, resaltamos que los artículos 1170 y 1171 del Código Civil y Comercia de la Nación, otorgan al comprador de un inmueble con boleto, una importante oponibilidad. Y que, además, la calificación como ilegítima de su posesión, no trae mayores obstáculos, pues “Cuando hay desprendimiento voluntario, si el vendedor considerara tener derecho a recuperar la posesión, debería atacar el título y obtener su anulación o resolución, en tanto existan motivos que lo justifiquen, pero no estaría legitimado para ejercer la acción real” (Kiper, 2017, p. 55). Ni tampoco las posesorias. Y lo mismo ocurriría si hubiese escritura pública.

Esperamos que este trabajo, ayude a esclarecer la naturaleza jurídica de la posesión junto a un derecho personal, mediando boleto de compraventa inmobiliaria.

10. Bibliografía y fuentes de información

10.1 Bibliografía

Alterini, J. H. (2015). Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético. La Ley.

Borda, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Perrot.

- Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Hammurabi.
- Causse, F.J., y Pettis, C. R. (2015). Derechos Reales. En M. Herrera, G. Caramelo, G., y S. Picasso (dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_V.pdf
- Fazio de Bello, M. E. (1983). El derecho real de posesión (artículo 2355, último párrafo agregado por la reforma). Sus acciones reales. *La Ley, D*, 927.
- Fazio de Bello, M. E. (1984). *Teoría y Técnica del Boleto de Compraventa*. Abaco.
- Fazio de Bello, M. E. (2016). *Juicio de Escrituración*. La Rocca.
- Gatti, E., y Alterini, J.H. (1973). *Prehorizontalidad y Boleto de Compraventa*. La Ley.
- Kiper, C. M. (1999). *Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa*. Hammurabi.
- Kiper, C. M. (2016). *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. Thomson Reuters-La Ley.
- Kiper, C. M. (2017). *Juicio de Escrituración*. Rubinzal Culzoni.
- López de Zavalía, F. (1989). *Derechos Reales*. Zavalía.

Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Rubinzal
Culzoni.

Lovece, G. (2022). *El Derecho de Propiedad*. Nova Tesis.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos Reales*. Zavalía.

Mariani de Vidal, M. Abella, A. (2016). *Derechos reales en el código civil y comercial*.
Zavalía.

Molinari Romero (2012). Posesión y Tenencia en el Código Civil Argentino. *La Ley*
Online. AR/DOC/543/2012.

Papaño, R., Kiper, C.M., Dillon, G. A., y Causse, J. R. (2004). *Derecho Civil. Derechos*
Reales. Astrea.

Rousseau, J.J. (2003). *El contrato social. O sea, principios del derecho político*.
Biblioteca Virtual Universal.

Salvat, R. M. (1961). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*.
Tipográfica Argentina.

10.2 Fuentes de información

Benítez, Natividad vs/ Chastagnet, María Esther y otras s/ Usucapión. JUBA.
31/08/1993. (SCBA. Ac. 48455).

Da Silva, Ángel Alberto vs/ Cabrera, Miguel A. y otra s/ Reivindicación. JUBA. 27-12-1994. (SCBA. Ac. 52937).

¹ En los fundamentos de la nueva codificación, puede leerse: “La posesión es el importante contenido de los derechos reales y gran parte del sistema gira a su alrededor. En este Anteproyecto la posesión es base y apoyo de la mayoría de los derechos. Se ha incluido en el concepto amplio de relación de poder, a fin de comprender las dos expresiones principales: posesión y tenencia. Se la ha preferido antes que el término ‘relaciones reales’ que utiliza el Proyecto de 1998, por ser éste demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas. Aparte, es equívoca porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos ‘relación real’ para significar ‘derecho real’, por oposición a ‘relación personal’ en vez de ‘derecho personal’.

² Viene del artículo 3715 del Esbozo de Freitas, que en su parte pertinente dice: La posesión tiene por sí la presunción de *legítima*, hasta que se pruebe que es *ilegítima* [...] El poseedor posee porque posee...”

³ La fuente inmediata del artículo 2355 del Código Civil de Vélez Sarsfield es el artículo 3714 del Esbozo de Freitas, el cual dice: La posesión es legítima ó ilegítima.

Es legítima, cuando fuere el ejercicio de un derecho real verdadero sobre la cosa poseída (Art. 3707).

Es ilegítima, siempre que no estuviere legitimada por prescripción (art. 3707):

1.º Cuando se tuviere sin título.

2.º Cuando, aunque se tuviere con título, no fuere éste justo; es decir, cuando no fuere transmisivo de derecho real que confiera el derecho de poseer, si fuere nulo, ó si ya estuviere anulado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

3.º Cuando, aunque se tuviese con justo título haya sido adquirida por un modo insuficiente para la adquisición del derecho real.

4.º Cuando, aunque se tuviese con justo título, y hubiese sido adquirida por un modo suficiente, emanó de transmitente que no tenía derecho de poseer, ó no lo tenía para transmitirla.

Por su parte, el artículo 3707 del Esbozo de Freitas, al cual remite el artículo 3714 del mismo código recién transcrito, dice:

Los derechos reales son verdaderos ó putativos.

Verdaderos, cuando el que los ejercite tuviese en todos los casos el derecho de ejercerlos ó los hubiere legitimado por prescripción.

Putativos, cuando por el hecho de su ejercicio ó de la posesión con justo título, ó sólo por el hecho de su ejercicio ó de la posesión, se presumiere con derecho de ejercerlos el que los ejerciere.