

# REFLEXIONES SOBRE MALA FE Y VICIOS EN LA POSESIÓN Y EN LA TENENCIA

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

Zeus Córdoba, año I, N° 27, T. I, p. 729.

## 1.- Introducción

Días pasados un periódico<sup>1</sup> daba noticia de que una persona había ocupado un lote vecino a su propiedad, lo había cercado y puesto una tranquera y un cartel con el nombre de la finca, y que cuando el dueño, a quien impedía ingresar al lote, reclamó se lo restituyera, se negó a devolverlo, reconociendo que no le pertenecía, pero alegando que, además de haber cercado el lote había plantado varios árboles, y "ejercitaba el derecho de retención", hasta tanto se le abonasen las mejoras realizadas.

Frente a una consulta telefónica que se nos formuló con relación a este caso práctico, nos parece oportuno reflexionar brevemente sobre la distinción que traza el Código entre los poseedores de buena y de mala fe, y la facultad de retener que ellos pueden gozar en virtud de las "mejoras" que hubiesen introducido en la cosa y la situación y facultades que corresponden a un simple "tenedor".

## 2.- La buena fe en la posesión

### a) El acto adquisitivo

Recordemos, en primer término, que el "poseedor" debe haber adquirido su relación con la cosa en virtud de un hecho o acto jurídico, y que la calificación que se aplique a su posesión estará íntimamente vinculada con el hecho adquisitivo.

Así lo hemos enseñado siempre en nuestras clases, en las que decíamos que "tiene importancia capital porque sirve para fijar

---

<sup>1</sup>. La Voz del Interior, Córdoba, 16 de septiembre de 2002, Sección A, p. 20.

la existencia del hecho posesorio, el momento en que se inicia, los caracteres de esa posesión, su naturaleza, la existencia de vicios o no y la legitimidad o ilegitimidad, que se van a juzgar de acuerdo a la causa posesoria, es decir, de acuerdo al acto adquisitivo de la posesión"<sup>2</sup>.

Hemos dicho también que la legitimidad o ilegitimidad de la relación posesoria quedan fijadas por el acto adquisitivo; por ejemplo, si la recibimos por la tradición que nos efectúa el anterior dueño, en virtud de un contrato de compraventa, gozaremos de una posesión legítima, característica que queda fijada desde el momento inicial.

En cambio, si en lugar de recibir la posesión se la toma "por vías de hecho, esa posesión va a ser ilegítima, y quizás también sea viciosa, según la forma en que la haya tomado"<sup>3</sup>, y lo mismo sucede cuando se carece de título que pueda servir de base para justificar la posesión del bien.

Insistimos pues en la importancia que tiene analizar el acto adquisitivo de la posesión, para poder calificarla.

b) Posesión de buena fe y mala fe.

El poseedor legítimo es, por la naturaleza misma de las cosas, un poseedor de buena fe; pero la posesión ilegítima presenta distintos matices que permiten distinguir, en primer lugar, la buena o mala fe del poseedor, y entre los poseedores de mala fe, aquellos en que se trata de "simple mala fe", de los que son poseedores "viciosos"<sup>4</sup>. Estas distinciones presentan gran interés cuando el poseedor ilegítimo debe restituir la cosa, pues sus obligaciones varían según las características que haya tenido su posesión.

Así, por ejemplo, el poseedor de buena fe hará suyos los frutos percibidos, hasta el momento en que cesó esa buena fe en vir-

---

<sup>2</sup>. ver nuestras "Clases de Derechos Reales", Advocatus, Córdoba, 1998, p. 100.

<sup>3</sup>. Obra y página citadas en nota anterior.

<sup>4</sup>. Obra citada, p. 87 y siguientes.

tud de conocer que no le correspondía poseer la cosa (artículo 2423 Código civil), mientras que el de mala fe debe restituir el valor de esos frutos, con la sola deducción de los gastos que hizo para obtenerlos (artículo 2438).

Pero, ¿qué es necesario para que un poseedor ilegítimo pueda ser calificado de "buena fe"? En primer lugar debemos señalar, aunque parezca una verdad de Perogrullo, que debe tratarse de un "poseedor", es decir una persona que tiene la cosa bajo su poder "con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (artículo 2351, Código civil), porque si la tuviese "reconociendo en otro la propiedad" sería un simple tenedor (artículo 2352, Código civil).

En segundo lugar la posesión será de buena fe "cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad" (artículo 2356, C.C.), es decir que el poseedor debe tener "La creencia sin duda alguna de ser el exclusivo señor de la cosa" (artículo 4006 C.C.). Además, y en esto tanto la doctrina como la jurisprudencia están unánimemente de acuerdo, para que ese error de hecho sea computable debe ser un "error excusable" es decir que, como dice el artículo 929 del Código civil, "no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable".

Así, por ejemplo, puede haber error de hecho excusable si al recibir el terreno que compré, se me ha hecho tradición de un lote lindero en lugar del que me correspondía; pero, si además de mi terreno ocupó el lote lindero, el error resulta inexcusable porque la superficie sobre la que pretendo ejercitar mi posesión es evidentemente mayor que la que me corresponde de acuerdo a los títulos que la justificarían y, con relación al terreno del vecino mi "posesión" es de "mala fe".

### c) Los vicios en la posesión de inmuebles.

El artículo 2364 menciona los vicios de la posesión, distinguiendo entre muebles e inmuebles, y nos dice que "la posesión será viciosa..., siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por vio-

*lencia o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza".*

Comenzaremos, brevemente, con el "abuso de confianza", que de acuerdo al Código se da "cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla" (artículo 2372), es decir, se trata del caso de una persona a quien se le entregó el inmueble en la calidad de simple tenedor, e intervierte el título, logrando con su actividad transformarse él en poseedor, excluyendo a quien le entregó el inmueble.

En alguna oportunidad nos hemos preguntado: si el abuso de confianza configura un acto por el cual se desposee al propietario, ¿la nueva posesión es originaria o derivada?

El problema es interesante y ha sido objeto de múltiples discusiones. ¿Hay acaso alguna exteriorización de voluntad del poseedor desposeído que permita afirmar que transmite la posesión? Él se limitó a dar el "corpus", permitiendo que sobre la cosa se estableciera la relación real de tenencia y se ejercieran sobre ella ciertos actos, pero la relación que otorgó no tenía carácter posesorio y el tenedor incurre en abuso de confianza realizando actos distintos de los que le estaban permitidos y que tienen por finalidad privar al poseedor el ejercicio de su posesión.

A nuestro criterio esa actividad del tenedor, que intervierte el título y excluye al poseedor primitivo, da origen a una nueva "posesión" de carácter originario, y que es viciosa<sup>5</sup>.

Si pasamos a la clandestinidad, diremos que ese vicio se presenta cuando alguien logra de manera oculta apoderarse de la posesión de una cosa o de parte de ella. Ilustraré el caso con un ejemplo de la vida real; un señor, dueño de una fracción de terreno, decide construir en ella un edificio de departamentos, hace confeccionar los planos y comienza la obra, excavando para la construcción de las cocheras y sótanos. Cuando llega a cierta profundidad encuentra que el vecino, en el subsuelo, ha avanzado con una construcción subterránea, es decir ha tomado clandestinamente posesión del subsuelo. Cualquiera sea la antigüedad que tuvo esa obra clandestina, como recién aparece la posesión viciosa, la prescripción no ha iniciado su curso

---

<sup>5</sup>. ver nuestras "Clases...", p. 108-109.

hasta ese momento, ya que el poseedor vicioso no puede adquirir por prescripción mientras no purgue su vicio.

Pasemos finalmente a la violencia; el artículo 2364 que ya hemos mencionado, debe completarse con lo que disponen otras normas, en especial el 2365, que nos dice que *"la posesión es violenta, cuando es adquirida o **tenida** por vías de hecho acompañadas de violencias materiales o morales, o por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia, sea por sus agentes"*.

Así, por ejemplo, existe el vicio de violencia cuando alguien saca a otro a empellones, o con amenazas de su inmueble, y se apodera de él; también hay violencia si alguien, con una ganzúa, y aprovechando que el propietario está de viaje, se introduce en el inmueble vecino, cambia las llaves e impide al dueño que reingrese al bien; o cuando alguien cerca un baldío, lo cierra con tranquera y candado, y no permite al dueño que ejercite su posesión, es decir cuando la violencia se ejecutó en el momento de adquirir la relación, o se la pone en ejecución para "mantener" la relación posesoria. Este criterio en la apreciación del vicio de violencia está sustentando por la opinión de autores prestigiosos, como Dassen y Vera Villalobos en su obra de Derechos Reales<sup>6</sup>.

### 3.- La tenencia

#### a) Adquisición

Quien ejercita el poder efectivo sobre una cosa, "reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho" (artículo 2352 C.C.).

Por lo general la situación de tenedor se adquiere por vía de la tradición que efectúa el poseedor a favor de otra persona, permitiendo que ésta pase a ejercitar el poderío fáctico sobre la cosa, pero reconociendo la posesión en quien se la entregó. Es la hipótesis a que se refiere el artículo 2460 del código Civil; sucede, por ejemplo, en la locación, cuando el propietario entrega el inmue-

---

<sup>6</sup>. ver Dassen - Vera Villalobos, Manual de derechos reales, N° 62-a.

ble al inquilino, y éste se convierte en tenedor, representando la posesión del dueño de la cosa.

Puede suceder también que alguien que originariamente ha sido poseedor se transforme en mero tenedor, continuando con un poderío de hecho sobre la cosa, cuya posesión corresponde a otro. El Código contempla varias hipótesis en el artículo 2461, de las cuales nos limitaremos a recordar ahora las contenidas en los dos últimos incisos, en los que se contempla el caso de una persona que ha sido condenada a restituir la cosa que poseía indebidamente y a partir de ese momento, hasta que cumpla con la obligación de devolverla es un mero "tenedor" (inciso 5º, artículo 2461); y aquel que comenzó su relación con la cosa con el ánimo de poseerla, pero reconoce luego que el derecho de poseerla pertenece a otro (inciso 6º, artículo 2461).

b) Tenencia de buena y de mala fe.

El Código no efectúa una clasificación de la tenencia desde el ángulo de la buena o mala fe; pese a ello, en un seminario cuyas exposiciones no han sido publicadas, efectuamos el análisis del problema explicando que son aplicables al tenedor, por extensión, las clasificaciones que contiene relacionadas a la posesión.

Así, la tenencia podrá ser legítima, si está fundada en un título válido, o ilegítima; y la tenencia ilegítima podrá ser de buena o de mala fe, e incluso viciosa. En la práctica las dos últimas categorías no se presentan con mucha frecuencia, pues el tenedor de buena fe suele apresurarse a devolver la cosa y el tenedor de mala fe, suele pretender erigirse "en poseedor", y deja de reconocer el derecho del dueño, para poder adquirir el bien por usucapión; sin embargo, es posible en limitadas ocasiones encontrarse con tenedores de mala fe, o tenedores viciosos.

¿Presenta interés, en este caso, distinguir entre poseedores y tenedores? Creemos que sí, pues mientras el poseedor actúa como dueño y realiza sobre la cosa todo tipo de actos, incluso de disposición material, el tenedor -que reconoce en otro la posesión- no puede alterar la cosa ya que en algún momento deberá restituirla

al poseedor, razón por la cual el Código prevé en el artículo 2463 que "el simple tenedor de la cosa está obligado a conservarla, respondiendo de su culpa...".

En resumen, quien reconoce en otro la posesión o propiedad, no puede introducir en la cosa cambios, ni hacerle "mejoras útiles", puesto que es su deber "conservar la cosa". Menos aún cercar el inmueble ajeno e impedir el ingreso a su dueño ya que en ese caso, aunque afirme ser solamente un tenedor, su tenencia sería viciosa, pues estaría afectada por el vicio de violencia.

#### 4.- Mejoras y derecho de retención.

##### a) Mejoras necesarias, útiles y suntuarias.

Todos los sistemas jurídicos contemplan el caso, bastante frecuente, de que en una cosa ajena se hayan realizado "mejoras", y se plantea el problema de cómo deberá procederse en el caso de que deba restituirse el bien.

El principio que rige esta materia es que si el dueño de la cosa la recibe con "mejoras" deba abonar algo por ellas, pues de lo contrario se operaría a su favor un "enriquecimiento indebido". Pero, por otra parte, no puede imponérsele que pague por cosas que no le serán útiles, que son de mero lujo, o se hicieron para satisfacer solamente el placer de quien estaba poseyendo indebidamente la cosa.

El Código caracteriza con claridad los distintos tipos de mejoras en el artículo 591. Comentando esta norma hemos dicho que se llaman mejoras necesarias a las que son indispensables para la conservación de la cosa, pero no sólo en sentido físico o material, que es la acepción que frecuentemente se emplea; por ejemplo, la casa amenaza ruina y hay que hacer gastos urgentes e impostergables para evitar que se desplome. Esta sería una mejora necesaria, pero tanto doctrina como jurisprudencia equiparan a esta situación otras hipótesis, como el pago de impuestos, cuya morosidad motivaría el daño inminente, ya que la ejecución de la deuda fiscal haría que el dueño

pierda su propiedad <sup>7</sup>.

Las mejoras útiles, en cambio, son las que aprovechan a cualquier poseedor, sea quien fuere. Por ejemplo, en un inmueble destinado a vivienda, la instalación de agua corriente, que completa el mínimo de comodidades indispensables en la actualidad para que sea habitable por cualquier ocupante.

Por último, las llamadas en el Código mejoras "voluntarias", a las que mejor podríamos llamar "voluptuarias" o suntuarias, son las de mera comodidad, o mero placer: por ejemplo, decoraciones que se hagan en los muros de la casa o cualquier otro agregado de lujo que el ocupante desee.

b) Crédito por mejoras.

Un deber de justicia impone al dueño, en todos los casos, pagar las mejoras "necesarias", pues sin ellas la cosa se habría perdido, sea que quien afrontó originariamente ese gasto tuviese buena o mala fe o fuese, incluso, un tenedor.

Diversas normas hacen referencia a esta obligación; podemos citar los artículos 2427 (poseedor de buena fe) y 2440 (poseedor de mala fe).

También se debe pagar por las mejoras "útiles" (artículo 2441, poseedor de mala fe), pero es menester no olvidar el artículo 591, que al mencionar este derecho a ser indemnizado marca ciertos límites, precisando que el monto debido será el "justo valor... Según la valuación que se hiciere al tiempo de la restitución", y agrega algo que se aplica sobre todo a los tenedores: "siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras".

La prohibición de hacer mejoras suele surgir del contrato por el cual se otorgó la tenencia, pero también puede estar impuesta por la ley. Así, por ejemplo, en materia de locación el inquilino debe devolver la cosa arrendada en buen estado, y no puede introducirle mejoras (artículo 1565); el depositario debe restituir la misma

---

<sup>7</sup>. Ver nuestro "Curso de Obligaciones", Advocatus, 2ª ed., Córdoba, 1998, T. I, p. 174.



e idéntica cosa (artículos 2182 y 2210); y en general todo deudor de la entrega de una cosa debe entregar la cosa debida (artículo 740), sin hacerle cambios ni modificaciones.

El pago de las mejoras útiles está subordinado al hecho de que subsistan al momento de la devolución, y se limitarán al "justo valor" que ellas tengan en ese momento.

En cambio, reiteramos, en ningún caso puede imponerse al dueño el pago de las mejoras suntuarias.

c) Retención por mejoras.

Pero, ¿en qué se diferencia, entonces, la condición de los poseedores de buena y mala fe, y la de los meros tenedores, con relación a las mejoras? La principal diferencia reside en la facultad de "retener" la cosa hasta recibir el pago, que se concede al poseedor de buena fe, tanto para las mejoras necesarias, como las útiles (2428), facultad que para los poseedores de mala fe simple, y para los tenedores, se limita al cobro de las mejoras necesarias, (artículos 2440 y 2466), y de la que no gozan los que han "hurtado" la cosa (artículo 2440, in fine), frase que para gran parte de la doctrina, es comprensiva de todos los poseedores viciosos.

Debemos destacar que el llamado "derecho de retención" es una facultad excepcional, y por ello sólo excepcionalmente se concede a favor del poseedor de buena fe, con relación a las mejoras necesarias y útiles; y para el resto de las hipótesis (poseedores de mala fe simple y tenedores), se limita al caso de las mejoras necesarias, por estimar que sin ellas la cosa hubiera perecido y su dueño no recibiría absolutamente nada, de manera que el beneficio que obtuvo gracias a esas "mejoras" debe ser compensado sin demora y justifica que quien efectuó esos gastos mantenga la cosa en su poder hasta que le sean reembolsados.

d) Edificación o plantación en terreno ajeno.

Por último deseamos recordar lo que nuestra ley civil dispone para el caso de que se haya edificado o plantado en terreno

ajeno, expresando en el artículo 2589 que *"el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe el mayor valor adquirido por el inmueble"*.

La mala fe, en este caso, consiste en saber que el terreno es ajeno y es aplicable tanto al que actúa como poseedor, a pesar de no ser dueño, como al tenedor, que sabe que no lo es y reconoce en otro el dominio o la posesión.