

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL
POSEEDOR DE INMUEBLES

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO

I- INTRODUCCIÓN. II- LA POSESIÓN COMO EJERCICIO EFECTIVO DE UN DERECHO. III- LA POSESIÓN DE ESTADO. IV- LA POSESIÓN DEL CRÉDITO. V- NUESTRO CONCEPTO DE POSESIÓN EN SENTIDO AMPLIO. VI- DOMINIO Y POSESIÓN – NORMAS REFLEJAS. VII- OBLIGACIONES DEL POSEEDOR: A) OBLIGACIÓN DE COMPORTARSE COMO LO HARÍA EL PROPIETARIO; B) LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS SERVIDUMBRES PASIVAS Y LAS HIPOTECAS; C) OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS TRIBUTOS. VIII- DERECHOS DEL POSEEDOR: A) DERECHOS QUE TENDRÍA EL “DOMINUS”; B) DERECHO A LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS; B) USAR Y GOZAR LA COSA POSEIDA.

I- INTRODUCCIÓN

La protección que recibe la posesión en el plano jurídico, coloca a esta relación real en una situación que, en ocasiones, parece superar jerárquicamente al mismo derecho de dominio. El lego queda absorto cuando su abogado, frente a un conflicto posesorio, le explica que para

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba.

obtener el recupero del bien ante una intrusión por un tercero totalmente ajeno a su propiedad, deberá iniciar una acción judicial, sea posesoria o petitoria. Para él debería haber bastado con formular la pertinente denuncia penal para que las autoridades le hagan reintegrar el bien sustraído. El tema posesorio, la aparente “tutela al bandidaje”¹, en los términos de Ihering, no resulta de fácil comprensión para quien no ha indagado sobre los motivos del legislador para tutelar una situación puramente fáctica que carece de un sustento basado en el derecho de propiedad. Quizás sea por esta aparente contradicción con la lógica, que la doctrina se ha pasado batallando acerca del fundamento de dicha protección.

No podríamos, aunque lo consideramos de lo más interesante, desarrollar aquí, en este breve ensayo, todos los fundamentos doctrinarios que se han sostenido para hallar una explicación científico jurídica a la protección posesoria. Sí, en cambio, deseamos hacer especial hincapié en esa teoría que advierte que la posesión resulta tutelada por el derecho por tratarse de una propiedad probable. Hay en la posesión una verdadera presunción de propiedad, puesto que lo más común es que quien posea sea el dueño de la cosa cuya posesión ostenta. Ese sería uno de los fundamentos que justificarían la protección a la posesión más antiguos que se han brindado, y es el primero que aparece en Savigny².

Ihering, en cambio, reniega de esa tesitura; pero luego, al brindar su propia teoría, determina que el verdadero fundamento de la tutela posesoria radica en la necesidad de facilitar la protección a la propiedad, ya que la posesión resulta ser un complemento necesario de la misma. Las acciones concedidas al poseedor no serían sino un aditamento más de la protección que la ley debe brindar al dominio, puesto que “la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad”³.

¹ IHERING, Rudolf V. “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 1. “(...) la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones (...)”.

² SAVIGNY, Federico C. de; “Traité de la posesión en droit romain”, Ed. Joubert Libraire, París, 1842, pág. 3, N° 1.

³ IHERING, Rudolf V.; “Teoría...” Ob.cit., pág. 190.

En nuestra opinión coincidimos con quienes advierten que la propia postura de Ihering, no contradice en nada al fundamento de la propiedad probable. Al contrario, si hemos de considerar la necesidad de tutelar la posesión como medio de brindar una protección más sencilla e inmediata al dominio, evitando que el titular deba probar el derecho base de la relación real, que es el fundamento sostenido por Ihering, sin dudas ello se deberá al preconcepto de considerar que lo más probable es que quien se halle en posesión sea también el propietario de la cosa⁴. En definitiva estimamos que ambas posturas son coincidentes⁵.

La idea de considerar la posesión como la probable propiedad (o propiedad posible), resulta de lo más ilustrativa, no sólo para hallar un sólido fundamento a su tutela jurídica, sino también para la adopción de una adecuada técnica legislativa al regular sus efectos. Este último punto, sobre todo, será de aplicación en el presente estudio, puesto que justamente entre los efectos de la posesión se encuentran las obligaciones y derechos que ella genera al sujeto que la ostenta.

Decían los romanos que las leyes estatuyen de lo que comúnmente ocurre (“lex statuid d’eo quod plerumque fit”) y no podríamos negar, haciendo un análisis fenomenológico de la realidad circundante, que lo que comúnmente ocurre es que quien posea sea también el propietario del objeto de esa relación real. Este proloquio confirma la necesidad de brindar una primera defensa al “dominus” tutelando “prima facie” su posesión.

II- LA POSESIÓN COMO EJERCICIO EFECTIVO DE UN DERECHO

⁴ MARTÍNEZ, Zenón; “La Posesión”, Ed. de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1939, pág. 70 y ss. MUSTO, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 379, 380. En contra LAFAILLE, Héctor; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. EDIAR, Bs.As. 1943, Tomo I, N° 327, pág. 271 y 272.

⁵ Ver sobre el punto de los fundamentos, amén de Ihering, Ob.cit., MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 150 – 151; MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 372 a 385. BENEDETTI, Julio C.; “La Posesión”, Ed. Astrea, Bs.As. 1978, pág. 1 a 40.

Si la posesión debe ser concebida, como lo hemos expresado más arriba, como exteriorización de un derecho, y éste constituye el fin último de su tutela, resultaría más que obvio que los derechos y obligaciones que esta relación real genere, sean exactamente los mismos que generaría el dominio o el derecho real que sirva de base a la misma, con la única diferencia respecto de la prueba en caso de conflicto. Hasta podríamos decir que cada vez que el legislador alude a los derechos y obligaciones del propietario, debería en realidad expresarlos atribuyéndoselos al poseedor; puesto que es sobre éste sobre quien, en realidad, recaerán los citados derechos y obligaciones. En definitiva, el “dominus” no tiene la obligación de respetar las restricciones y límites para con los vecinos, previstos en el título 6 del libro tercero del Código Civil, arts. 2611 y ss., sino y sólo por su calidad también de poseedor. La prueba de ello es que el propio artículo 2418 del C.C. atribuye dicha obligación al poseedor, sin exigirle el dominio del bien. Por ello también nos atreveríamos a decir que el citado título 6, a cambio de expresar “De las restricciones y límites del dominio”, más bien debería decir: “De las restricciones y límites de la posesión”. Ello para ser coherente con el artículo 2418 referido, y con la naturaleza misma de la posesión.

No podemos negar, sin embargo, que la existencia de la posesión abstraída del dominio, resulta ser, en principio, un efecto no querido por el legislador, pero necesario para el equilibrio de la tutela a la propiedad. Decimos “en principio” porque tampoco sería concebible ni coherente que el legislador no quisiera que alguien posea sin un derecho que le conceda la facultad de hacerlo, cuando luego determina en el artículo 4015 y 4016 C.C. un modo de adquirir como la usucapión, que permite al ocupante apropiarse de lo poseído luego de cierto lapso. Resultaría absurdo que alguien hubiere procedido contrariando el derecho, si luego de un tiempo, las normas le conceden el premio de erigirlo en “dominus”.

III- LA POSESIÓN DE ESTADO

En realidad la expresión “posesión” ha sido injustamente apropiada por quienes analizamos el tema desde la perspectiva de los derechos reales, ya que a decir verdad se trata de una institución mucho más amplia. Comprenderlo así ayuda sobremanera a una correcta interpretación de esta institución. Por ello nos gusta apelar a los conceptos de Vélez cuando se refiere a la posesión en otras circunstancias que no sean el ejercicio de un derecho real.

En efecto el concepto aparece también en el Código de Vélez al regularse la “posesión de estado”. En la bellísima nota del Codificador al viejo artículo 325 del C.C., hoy derogado por ley 23264, expresa: “Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser el padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso...”.

Cada vez que nos referimos a esta didáctica nota de Vélez Sarsfield y su concreta redacción llena de metáforas y alegorías de gran valor literario, no podemos dejar de criticar las expresiones de uno de sus biógrafos, Enrique Martínez Paz, quien al referirse al estilo de Vélez, injustamente a nuestro entender, expresa que “El código argentino no se distingue como

modelo de construcción 'gramatical'; es sabido que su autor afectaba una profunda despreocupación literaria"⁶

IV- LA POSESIÓN DEL CRÉDITO

Tal como ocurre con la posesión de estado, esta institución vuelve a aparecer en materia de créditos, en el artículo 732 que expresa que "El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda". Aclara luego el legislador que "estar en posesión del crédito" no es ser el poseedor de un acto escrito que lo pruebe, sino "gozar pacíficamente de la calidad de acreedor".

Debemos destacar de estos conceptos vertidos por el Codificador, la expresa alusión a los hechos, aquellos que publicitan o hacen público un estado determinado de cosas. Igualmente nos parecen acertadas las palabras "gozar pacíficamente" usadas en la nota por Vélez, que aparecerá también excluyendo la violencia del concepto de posesión "ad usucapionem". Sin dudas, en la gran mayoría de los casos, como ya habíamos expresado, ese poseedor ostentará también el derecho a poseer; pero ello no es requisito para que la institución, en cada caso, genere las consecuencias queridas por el sistema: sus prerrogativas y defensas.

Por ello Hernández Gil, explica que la posesión puede presentarse básicamente en dos situaciones: como integrante de la propiedad, el "complemento necesario" del dominio, en palabras de Ihering, o bien como simple posesión "sin más"; es decir abstracción hecha de si es consecuencia de la propiedad sobre el objeto poseído o no lo es⁷. Remarquemos que el propio Vélez a partir de los artículos 2355 y ss del Código, previendo esta alternativa, clasifica la posesión en legítima, que no sería sino la que se

⁶ MARTÍNEZ PAZ, Enrique; "Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pág. 343.

⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio; "La Función Social de la Posesión; Alianza Editorial, Madrid, 1969, pág. 8.

sustenta en el derecho real que brinda la prerrogativa de poseer; e ilegítima, la que no tiene sustento en un derecho válidamente constituido.

V- NUESTRO CONCEPTO DE POSESIÓN EN SENTIDO AMPLIO

Es así como nos atrevemos a ensayar un concepto de la figura de la posesión que abarque todos los aspectos, no sólo el de la típica posesión en materia de derechos reales, tan minuciosamente elaborada y regulada en el Código a partir del artículo 2351.

Diremos así que **posesión es la situación en la que se encuentra un sujeto que se comporta ejerciendo una facultad determinada, con independencia de si tiene o no el derecho de hacerlo.**

Adviértase que, en nuestro concepto, aparece la situación fáctica como esencial para tipificar la institución, más allá de las discusiones doctrinarias que sobre la naturaleza de la posesión como relación real se hayan producido. También surge, como esencial de la figura, la independencia para asegurar la existencia de la posesión, del derecho “a poseer”, en sentido amplio (el “ius possidendi”); por ejemplo, la posesión de estado existe con independencia de si el hijo que se comporta como tal, y así es tratado por quien se dice su padre, tiene o no el vínculo biológico y por ende el derecho a ser considerado hijo.

Vamos ahora a lo que más nos interesa en este esquema; es decir a la posesión relacionada con los derechos reales.

Si queremos aplicar el concepto de posesión, vertido párrafos más arriba, a la regulada en el artículo 2351 y sus siguientes del Código, deberemos expresar que posesión es la situación en la que se encuentra un sujeto que ocupa una cosa y ejerce sobre ella, en los hechos, todas las

prerrogativas que un derecho real concede a su titular, con independencia de si dicho sujeto, es o no el titular del derecho real de que se trate.

Creemos que este concepto facilitará la asimilación de los efectos que atribuimos a la posesión en cuanto a los derechos y obligaciones que se generan para el poseedor. Al mismo tiempo se advertirá la necesidad de efectuar algunas aclaraciones; por ejemplo el artículo 2419 C.C., determina que el poseedor de inmuebles tendrá como obligación inherente a dicha relación real, “las servidumbres pasivas, la hipoteca...”, cuando en realidad estas obligaciones sólo existirán para el poseedor legítimo, y no para el simple poseedor que no basa su relación real en un derecho que le de sustento también jurídico. En efecto, las dichas obligaciones habrían nacido de un título que justamente el poseedor (llamémoslo “abstracto”) desconoce en el plano puramente fáctico⁸. En definitiva, en el ejemplo apuntado, el legislador habría podido insertar esta norma en las obligaciones que genera el dominio, no la posesión; puesto que sólo la posesión que se sustenta en este derecho (o cualquier derecho real que se ejerza por la posesión), es decir el poseedor legítimo, deberá respetar dicho mandato.

VI- DOMINIO Y POSESIÓN – NORMAS REFLEJAS

Así veremos aparecer las que hemos dado en llamar “normas reflejas”. Tal como la posesión resulta ser un reflejo del dominio o de cualquier otro derecho real que le sirva de base, de igual manera el legislador debió repetir, si se nos permite la expresión, la regulación estructural del dominio al reglamentar la posesión. Pero advertimos, tal como adelantáramos brevemente párrafos más arriba, que tuvo fundamentalmente en cuenta la posesión legítima de quien adquiere por modo bilateral (arg. del artículo 2419), omitiendo para más, los más importantes derechos que confiere la posesión a su “titular”: nada menos que las facultades de uso, goce y disposición.

⁸ VENTURA, Gabriel B.; “La hipoteca opuesta al acreedor hipotecario”, en LL. Córdoba, 1988 – 613.

A pesar del proloquio “nihil comune habet proprietas cum possessione” (nada tiene de común la propiedad con la posesión) receptado, sólo a los fines de la prueba, en el artículo 2472 C.C., no podemos negar que la posesión tiene tanto de propiedad que hasta contiene normas similares, que por eso las hemos llamado “normas reflejas”.

Así, la perpetuidad típica del dominio, que se explica por el hecho de que el propietario no deja de serlo porque no haga ejercicio de él, según lo pregonado en el artículo 2510 C.C., aparece reflejada en el ámbito posesorio en el artículo 2445 C.C. que expresa que “La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria”.

El carácter exclusivo del dominio, artículo 2508 C.C. que determina que dos dominios no pueden coexistir sobre la misma cosa, a no ser que sean sobre una parte idealmente concebida, surge igualmente en materia posesoria del artículo 2401: “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa”. Esta norma debe complementarse con la del artículo 2407 que receptoría el “reflejo” de la porción alícuota a la que aludía el 2508 en materia de dominio. En efecto dice el 2407: “Para tomar la posesión de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada”⁹.

Los modos de adquirir la posesión (artículo 2473 y ss.) son los mismos, salvo excepciones, que se aplican para adquirir el dominio (artículo 2524 C.C.); los ataques y las correspondientes acciones defensivas son de

⁹ No queda del todo claro si resulta aplicable o no, por analogía, la presunción de igualdad de partes cuando no surja claramente del título la porción de cada uno de los coposeedores, establecida en el artículo 2708 para el condominio. Destaquemos que la norma sólo se refiere al cómputo de los votos, no a la atribución sustancial de la porción. Ya la aplicación de dicha norma para atribuir la porción dominial, ha sido cuestionada en materia registral por García Coni, Raúl; “Procedimiento inscriptorio”, Ed. Fundación Editoria Notarial, La Plata, 1981, pág. 65 y 66. Por otra parte, en materia posesoria no necesariamente contaríamos con un título. Remitimos para profundizar el problema a nuestro “Ley 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble, Comentada y Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 210.

un mismo tenor para la posesión (artículo 2468 y ss.) que para la propiedad (artículo 2756 y ss.)¹⁰.

VII OBLIGACIONES DEL POSEEDOR

En el Capítulo 3 del título 2, bajo el rubro “De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión”, en los artículos que van del 2416 al 2421 del Código, se desarrolla parcialmente el tema que aquí analizamos.

En primer lugar, de manera muy general, se define la obligación inherente a la posesión, expresando en el artículo 2416 que “Son obligaciones inherentes a la posesión, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada”.

El parecido del contenido del artículo transcrito, con el concepto de obligaciones “propter rem” es sorprendente; tanto que la doctrina ha debido esforzarse por diferenciarlas¹¹. El sujeto que posea esa cosa, tendrá pues las obligaciones emergentes de estas normas y con independencia de si ostenta o no el “ius possidendi”.

A) OBLIGACIÓN DE COMPORTARSE COMO LO HARÍA EL PROPIETARIO

¹⁰ VENTURA, Gabriel B. “La cesión de derechos posesorios”, en Abeledo Perrot, Córdoba, 2008, pág. 841.

¹¹ Recomendamos para profundizar este punto y en contra de la idea de considerar obligación “propter rem” la fundada en la norma del artículo 2416 y ss. del Código, LAFAILLE, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, EDIAR, Bs.As. 1943, Tomo I, N° 24, pág. 28 y 29. GATTI, Edmundo; “Derechos Reales Teoría General”, Ed. Lajouane, Bs.As. 2006, pág. 115, quien explica que no deben confundirse las obligaciones reales con las obligaciones inherentes a la posesión aunque existe entre unas y otras una relación de especie a género “(...) Toda obligación *propter rem* es, en nuestra opinión, inherente a la posesión”. También MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Curso de Obligaciones”, 2° Ed. Advocatus, Córdoba, 1994, pág. 32 a 35. CÁNFORA, Roxana; “Obligaciones Reales”, Ed. Juris, Rosario, 1996, pág. 25 y ss.

Quizás la forma más práctica de regular el tema de las obligaciones y derechos del poseedor de inmuebles, tan sólo por ser poseedor, hubiese sido exigirle el comportamiento que debe tener todo propietario y extraer de esa relación real todas las prerrogativas que corresponden al “dominus”. Ello como expresión sincera del “animus domini”. Estimamos que de haberse procedido así, el capítulo no habría quedado incompleto ni se hubieran plasmado deberes que sólo tienen los poseedores legítimos, como en el ejemplo que habíamos dado en relación al artículo 2419 y la obligación de respetar las servidumbres e hipotecas.

Así, diremos que al poseedor le caben todas las obligaciones referidas a las restricciones al dominio. Pero tres normas, las de los artículos 2612, 2613 y 2614, no corresponderían aplicarse al simple poseedor no propietario; ya que tanto la prohibición de pactar la no enajenabilidad, o la de no imponerles censos y rentas, sólo puede ser concebida respecto del poseedor que, además, ostente título de derecho real. Sólo en dicho título pudo haberse intentado imponer estos pactos que las normas prohíben.

Sin dudas lo previsto genéricamente en el 2611 C.C., las restricciones del derecho administrativo, como la altura de los edificios, las líneas de edificación, el emplazamiento de ciertos emprendimientos sólo en zonas determinadas, etc. que manejan los municipios con su poder de policía, serán de plena aplicación para el simple poseedor. Sería absurdo que un poseedor, por no ser también “dominus” pretendiera abstraerse de las mismas. Dicha actitud contradiría abiertamente su supuesto “animus domini”.

A partir del artículo 2615, están previstas una serie de obligaciones emergentes de la posesión que, sin dudas, gravan también al simple poseedor aun ilegítimo.

Por imperio del artículo 2615 pues, el poseedor deberá abstenerse de hacer excavaciones y fosos que puedan comprometer la seguridad de los

edificios vecinos. Obviamente la falta de un título dominial no enerva la exigencia de la norma; ella sólo requiere posesión.

Igualmente el simple poseedor, aun sin título, deberá mantener los edificios evitando que la caída de los materiales que de ellos pudieran desprenderse no pueda causar daño a los vecinos y transeúntes. Quien temiera dichos daños podría iniciar en contra del simple poseedor la acción prevista por el artículo 2499 “in fine”, acción de obra vieja o ruinosas, con independencia de ser o no propietario de la cosa; pues la legitimación de dicha acción, tanto activa como pasiva, no está reservada al dueño (como reza el artículo 1132 C.C., que regulaba antes el supuesto) sino al simple poseedor. Al dueño sólo le incumbe en tanto también ostente posesión.

En cuanto al artículo 2618 C.C. que resulta ser el de mayor aplicación en la vida práctica entre los vecinos, no podemos dudar que el simple poseedor no podrá molestar con humo, calores, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones, etc. que excedan la normal tolerancia. La legitimación tanto activa, como pasiva, apunta también al poseedor aunque no tenga el dominio del bien.

Podríamos seguir poniendo más y más ejemplos; pero creemos que bastará con reafirmar, tal como lo habíamos adelantado, que el simple poseedor, aun ilegítimo, haciendo gala de su “animus domini”, deberá comportarse como lo haría el propietario.

B) LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LAS SERVIDUMBRES PASIVAS Y LAS HIPOTECAS

Ya nos hemos referido brevemente al artículo 2419 del Código; y hemos destacado también su errado concepto. En efecto, amén de que los enumerados no son obligaciones, sino derechos reales, debe destacarse

que la obligación de respetar las servidumbres pasivas, sólo persigue al poseedor legítimo que ha adquirido la posesión por tradición, según lo preceptuado en el artículo 2377 y 2601 a 2603 del Código Civil. Mientras que si se trata de un poseedor que no ostenta también título al dominio, resulta absurdo y contradictorio que respete las servidumbres y las hipotecas, a la par que desconozca el dominio de quien las constituyó. Por otra parte, si de respetar el efecto típico de la servidumbre se trataba, bastaba ya con el principio de inherencia previsto en el artículo 3006 del Código que determina que “Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos a cualquier poder que pasen...”. Es la consecuencia natural de la reipersecución característica de todo derecho real.

¿Para qué el legislador reiteró aquí que el poseedor debe respetar una servidumbre pasiva, si eso es lo natural por su inherencia y característico “ius persecuendi”? Creemos que esta norma más bien debería estar entre las obligaciones del dominio, pues resulta desatinada frente al poseedor ilegítimo.

Lo expresado no significa que, en los hechos, el poseedor no pueda comportarse respetando una servidumbre aparente y continua (arts. 2975 y 2976 C.C.). Bien podría ocurrir que el ocupante ejerza su posesión, aun ilegítima, sin desconocer al titular activo del gravamen, tolerando pacíficamente su ejercicio y cumpliendo con las normas que regulan las obligaciones del titular pasivo de una servidumbre (arts. 3036 y ss. del Código Civil). En tales casos, operada la usucapión y por aplicación del proloquio, “tantum possessum quantum prescribuntur” (prescribo tanto como poseo), obviamente la servidumbre no se habría extinguido porque el usucapiente la dejó viva al permitir el uso por parte del titular pasivo.

Otro tanto ocurrirá con las hipotecas constituidas por el titular dominial. Como poseedor deberá respetar lo estatuido como derechos del acreedor hipotecario, y tolerar también la acción pertinente en caso de

ejecución. Igualmente si se transfiere el inmueble con la hipoteca ya constituida. En tal caso, tanto transmitente como adquirente debieron respetar lo estatuido en el Código para operar la transferencia de inmuebles hipotecados¹². Tal como dijimos respecto de las servidumbres, la norma aquí estaría demás.

C) OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS TRIBUTOS

La importancia que adjudicamos a la norma del artículo 2419 del Código, es vital. Previamente corresponde destacar que la enumeración no sería taxativa, pues, tal como hemos dicho reiteradas veces en esta exposición, aun el simple poseedor no propietario debe comportarse como si fuera el “dominus”. Por ello creemos que una interpretación correcta de este dispositivo, obliga a considerar incluidos entre las “cargas” aludidas, el pago de los tributos de cualquier índole que recaigan sobre la cosa¹³. Hasta lo hemos sugerido como supuesto fundamental a tener en cuenta para una estrategia saneatoria de títulos¹⁴.

En efecto, junto a destacada doctrina, diremos que al poseedor se le puede exigir directamente el pago del impuesto en aplicación de las llamadas “obligaciones inherentes a la posesión” y a lo prescripto por el art. 2419 del Código Civil que estamos analizando¹⁵. Es más, si el simple poseedor no paga, puede recurrirse al apremio y exigirse por vía judicial el pago en juicio hasta llegar a venderse el derecho generado por la posesión (los llamados “derechos posesorios”) en pública subasta¹⁶.

¹² VENTURA, Gabriel B. “Transferencia de Inmuebles Hipotecados”, J. A. Número Especial, “Estudios de Derechos Reales”, 2008-IV - pág. 54.

¹³ En realidad con lo de “cargas” la norma se estaría refiriendo a los cargos o modalidades con los que suelen ser acompañados los actos jurídicos de adquisición, ver PEÑA GUZMÁN, Luis A.; “Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1973, pág. Tº I, pág. 392.

¹⁴ VENTURA, Gabriel B. “El saneamiento de títulos y registro de poseedores en Córdoba. (Ley 9150”, en La Ley, Córdoba, pág. 391.

VIII- DERECHOS DEL POSEEDOR

De igual manera que para las obligaciones inherentes a la posesión, el Código determina de forma genérica lo que debe entenderse por derecho inherente a la posesión. Dice: “Son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada”. Por el solo hecho de ser poseedor tendrá los derechos supuestamente enumerados en este capítulo 3. Sin embargo veremos una gran ausencia que quizás constituya lo más reprochable al legislador en esta regulación.

A) DERECHOS QUE TENDRÍA EL “DOMINUS”

¹⁵ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de D.Civil Argentino – Derechos Reales”, TEA, Bs.As. 1961, (Anotado por Manuel J. Argañarás) Tomo I, pág. 243, manifiesta que deben considerarse incluidos en el supuesto las contribuciones territoriales y otras semejantes. LAFAILLE, Héctor; “Tratado de los Derechos Reales”, Ob.cit., Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 28 y 29, sostiene que “En el orden fiscal, suelen crearse contribuciones que pesan sobre los dueños o poseedores y que son típicamente *cargas reales*, derivadas de ciertas circunstancias que exteriorizan la riqueza y que el Estado toma en cuenta para hacer incidir el impuesto. Otras veces son *retribuciones de mejoras*, fundadas en la regla del enriquecimiento sin causa (afirmados, caminos, obras públicas, etc.) cuando no *tasas*, para satisfacer servicios útiles a los inmuebles (limpieza, barrido y alumbrado; obras sanitarias, etc.). A esta altura de nuestra exposición será fácil advertir que no es necesario valerse de una nueva figura jurídica para explicar tal responsabilidad”. PEÑA GUZMAN, Luis A.; “Derechos Reales”, Ob.cit., Tomo I, pág. 392 y 393, dice: “[...] se entiende que la enumeración del artículo no es taxativa sino meramente enunciativa ya que a los casos mencionados en el texto pueden agregarse [...] el deber de pagar los impuestos que gravaren directamente la cosa. En estas circunstancias, las distintas obligaciones enumeradas por la ley recaen sobre el poseedor exclusivamente en su carácter de tal, sin consideración a su persona y así lo ha resuelto la jurisprudencia”.

¹⁶ En nuestras clases hemos sentado la siguiente regla para determinar la posibilidad de subastar: Todo lo que integra el patrimonio puede transferirse; todo lo que puede transferirse puede embargarse; todo lo que puede embargarse puede subastarse. Obviamente, como toda regla tiene sus importantes excepciones; pero la posesión no está entre ellas. La posesión, o mejor dicho los derechos que de ella han surgido (posibilidad de explotación y hacer suyos los frutos; posibilidad de adquisición del dominio por el transcurso del tiempo; posibilidad de ser defendido frente al ataque de otro, etc.) integran el patrimonio, pueden transferirse (a través de las llamadas cesiones de derechos posesorios), pueden embargarse y, en consecuencia, pueden también subastarse. Ver sobre este punto nuestro VENTURA, Gabriel B. “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, pág. 279. VENTURA, Gabriel B. “La Cesión de Derechos Posesorios”, Abeledo Perrot, Córdoba, 2008, pág. 843. VENTURA, Gabriel B. “El saneamiento de títulos...” Ob.cit., pág. 398.

Reiterando el principio al cual ya nos habíamos referido, al poseedor le corresponderán todos los derechos que le corresponden al dominus, pues aunque no los tuviere jurídicamente hablando, los debe ejercer como complemento efectivo del “animus domini”. Recordemos que el poseedor, aun sin título, el poseedor ilegítimo, debe actuar como si fuera el “dominus”, para no contradecir el aspecto anímico que prevé el artículo 2351 como elemento de la posesión. Sin embargo, aquellas prerrogativas que surjan del título, como veremos en el punto siguiente, no serán atribución del simple poseedor no propietario.

B) DERECHO A LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS

Sobre la base de lo que acabamos de expresar es que dudamos de la efectiva realización de la norma del 2421 que establece como derecho inherente las servidumbres activas. En efecto, tanto las servidumbres pasivas, como las activas, dependerán del título constitutivo y sólo el poseedor legítimo podrá considerarla de su patrimonio o le serán a él oponibles, según los casos. Si el simple poseedor pretende usar una servidumbre activa constituida a favor del lote cuya posesión ostenta, ese ejercicio constituirá una extensión de su posesión ilegítima y, como tal, seguirá su misma suerte. Sólo podrá adquirirla por usucapión mediante el uso continuo. Para más recordemos que sólo las servidumbres aparentes y continuas son susceptibles de ser adquiridas por usucapión; en razón de lo cual le estarían vedadas a los fines de la adquisición por el uso, las que no lo fueren, según lo preceptuado en el artículo 3017 del Código Civil.

Concluimos que no deberían figurar como derecho inherente las servidumbres activas, tal como resulta del artículo 2421. En cambio, sí debería estar aquí, y no aparece de manera expresa dentro del capítulo, ni en ninguna otra parte del Código, el derecho a usar y gozar de la cosa poseída.

C) USAR Y GOZAR DE LA COSA POSEIDA

En efecto, si bien estas facultades de uso y goce resultan casi obvias del elemento anímico de la posesión, el “animus domini”, haberlo remarcado de manera expresa en este capítulo hubiera dado coherencia al sistema. Al mismo tiempo se hubiera aclarado el ejercicio concreto de la posesión y resuelto el objeto del contrato de cesión de derechos posesorios que tanto confunde a doctrina y jurisprudencia¹⁷. El derecho al uso y goce que confiere la posesión pues, no proviene de la cesión, sino sólo de la tradición, ya que es ésta y no aquella la que coloca al poseedor en contacto con la cosa.

Remarcamos que al producirse un contrato de cesión de derechos posesorios, lo que en ella el cedente transfiere no es la posesión que, como todo hecho, se adquiere y se pierde en el mundo de los fenómenos; es decir mediante la sola entrega efectiva de la cosa (artículo 2377 C.C.). La cesión sólo aporta al cesionario, la prueba del tiempo y la posibilidad de unir su posesión a la de su antecedente, según lo establecido en los arts. 2474 y 4005 del Código Civil, a los fines de ejercer las facultades defensivas (artículo 2469 y ss C.C.) y de la usucapión (artículo 4005 C.C.). La posesión en sí, sólo queda transferida mediante la tradición. Aludimos a la norma del artículo 2377 del Código Civil que nos conceptúa la tradición como modo de adquirir la posesión que, como sabemos, sólo si está acompañada de título suficiente transmitirá también el dominio (arg. de los arts. 2601 a 2603 C.C.).

¹⁷ VENTURA, Gabriel B.; “La Cesión de Derechos Posesorios”, Ob.cit. Allí analizamos algunos fallos, por lo que remitimos a ese trabajo para profundizar el tema.