"POSESION DE COSAS Y POSESION HEREDITARIA"

Luis Aníbal Maggio
Universidad de Morón - Rep. Argentina

1: En el artículo 2351 del Código Civil dice que «habrá posesión de la cosa cuando alguna persona, por si o por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad».

En la respectiva nota se cita «posesión es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo y del entendimiento»[1], agregando que «esta definición esté enteramente conforme con la nuestra».-

En la misma nota Vélez cita el art. 2228 del C. Civil Francés (que dice: «La possesion est la détention ou la jouissance d' une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exercons par nous-méme, ou par autre qui la tient ou qui la exerce en notre nom») y comenta que «la definición del Cód. Civil Francés supone la posesión puede no de ser de cosas corporales sino de meros derechos», lo que en jurisprudencia se llama «cuasi posesión», término que, señala «los romanos habían restringido, a las servidumbres».-

2.1: La posesión normada por el Codificador es pués posesión de cosas, «de las cosas».- Como para no dejar resquicio a ninguna duda, el art. 2400 ratifica: «Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no susceptibles de posesión» y en la nota aclara: «hemos dicho ya que sólo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorporales, aquellas *quae in iure consistunt* no son susceptibles de verdadera posesión, más lo son de una causi-posesión. Esta causi -posesión de un derecho consistente en el goce que tiene aquel a quien pertenece y es susceptible de las mismas cualidades y los mismos vicios que la verdadera posesión».-

2.2: En el sistema romano, como es sabido, posesión es la efectiva tenencia, el poder de hecho sobre las cosas corporales. La nota al citado artículo se detiene en referir antecedentes romanos: *Quia nec possideri intelligitur jus incorporale*[2] y *Possidere autem possum quoe sunt corporalia*[3].- Estos antecedentes son una pequeña muestra de muchísimos más que podrían recensarce: *Separata debet esse possesio a propietate*[4]; *nihil commune habet propietas cum possesione*[5]; *Nec possesio et propietas misceri debent*[6]; *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est*[7]; etc.-

1. L. 1, Tit. 30 de la Partida 30
2. L 4 & 27, Tit. 3, Lib. 41 DIG.
3. L. 3, Tit. 2, Lib 41 DIG.
4. Dig.43. 17.1.2
5. Ibid 41.2.12.1
6. Ibid. 41.2.52
7. Ibid. 41, 43, 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0387

Así como está fuera de discusión que para el sistema romano el concepto de posesión excluye todo objeto incorporal, tampoco queda duda que el codificador ha seguido en este tema el mismo criterio circunscribiendo la posesión a las cosas corporales. La posesión de bienes inmateriales, los meros derechos, a los que el Código Civil Francés hace susceptibles de posesión, no constituyen posesión verdadera y propiamente dicha sino apenás una «cuasi-posesión», tal como lo aclara expresamente en la nota del art.2351.-

3.1: El art. 3279 C. Civil define la sucesión como «la trasmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llaman a recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código», aclarando en la respectiva nota que «herencia y sucesión son sinónimos en el derecho».-

Estando pués compuesta la herencia por un plexo de derechos activos y pasivos, constituye un objeto o bien incorporal, un «todo ideal sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos», como se aclara en el art. 3281 .-

3.2 Al legislarse sobre la forma y momento en que se opera la trasmisión hereditaria, el art. 3282 establece que «la sucesión o el derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias desde la muerte del autor de la sucesión o por la presunción de la muerte en los casos previstos por la ley» y en la nota respectiva el Codificador recalca, con cita del Cód. Civil Francés entre otras, «que la apertura y trasmisión de la herencia se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles», señalando que el Derecho Romano dice lo contrario a tenor del precepto *nondum adita personam_vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti*[8] .-

Ahora bien, al legislarse sobre los derechos del heredero, aparece aquí la palabra «posesión» y se preven dos situaciones:

a) 3410: «Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes (y cónyuge - ley 17.711) el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia».-

b) «Los otros parientes llamados por la ley a la sucesión, los cónyuges, los hijos y los padres naturales, no pueden tomar la posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión», pero, «Dada la posesión judicial de la herencia, tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de los descendientes o ascendientes y se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo y con efecto retroactivo al día de la muerte del autor de la sucesión» (art. 3415).- Es decir, los ascendientes, descendientes y cónyuge, entran en «posesión» de la herencia automáticamente, sin formalidad o intervención de los jueces; todos los demás herederos, testamentarios o ab intestato, deben pedirla judicialmente. No obstante, también en este último supuesto, dada la posesión, la sucesión se inmediatamente a la muerte del cujus.-

Vélez explica en la nota al art. 3410 que el sistema por él propuesto es distinto al de la ley romana y trae a colación el pasaje del Digesto: «*Cum heredes instituti sumus,adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet*»[9] .- Se refiere luego al Cód. Civil francés que «espiritualizando (sic) el principio de la trasmisión hereditaria, lo ponía en armonía con el principio general que iba a inaugurar sobre la trasmisión de los bienes, diciendo que la propiedad será trasmitida por el sólo efecto de la obligación independiente de toda tradición », criticando tal sistema porque, puede dar lugar a mil fraudes. Finalmente apunta

8. Inst. Lib.2, tit. 14 & 2.
9. XLI, II, 23

https://doi.org/10.55104/FRDC_0387

que el sistema de trasmisión sin formalidad alguna para ascendientes y descendientes propuesto en su proyecto se ajusta a las leyes especiales para América que modificaron el sistema de las leyes españolas, en general eran favorables a la trasmisión no no automática.-

En la nota al citado art. 3415 que la ley romana dice « *ac si continuo sub tempore mortis herdes extitissent*»[10] (es decir *«omnia fere iura herendum perinde habetur ac»*[11] y remite a «*De adquirir. vel. omitt.hered*»[12] (es decir *Heres quandoque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse defunto inteligitur* [13]) .-

En síntesis, Vélez se aparta de la tradición romana al no imponer la previa aceptación de la herencia para que se opere la trasmisión, sucediendo los herederos inmediatamente al difunto y continuando su persona (3410- 3415) y del Sistema Francés al limitar la trasmisión inmediata a ascendientes y descendientes (3410) .-

Ahora bien, el sistema francés desde el momento en que, como vimos, recuerda Vélez en la nota al art.3410, había inaugurado el principio de la trasmisión por el sólo efecto de la obligación independientemente de toda tradición y, como también vimos en la nota al art. 2228, ampliaba el alcance de la posesión a los bienes inmateriales aparece gozando de coherencia. En cambio, parecería no poder predicarse lo mismo de nuestra legislación.- En materia de posesión se dice seguir el sistema romano, pero como documenta el Digesto al normar sobre la forma de adquirir o perder la posesión (*De acquirenda vel amittenda possessione*[14]), aún instituído heredero y aceptada la herencia, la posesión no le pertenece al sucesor, salvo que efectiva y naturalmente las «res corporalia», obviamente no podría haber trasmisión sin la concurrencia del «corpus».- Velez, en cambio, trasmite la posesión por el sólo hecho de la muerte (3410) sin ninguna formalidad ni interevención de jueces (y de nadie).-

Tal entrada automática en posesión prohijada por nuestro Código civil plantea al análisis inconvenientes varios:

Si los bienes que no son «cosas» no son susceptibles de posesión (art. 2400) y si la herencia está compuesta por un plexo de derechos activos y pasivos y constituye un objeto o bien incorporal, la insusceptibilidad de posesión lógicamente alcanzaría; en otras palabras, no se explica cómo podría ser objeto de posesión algo que por definición no puede serlo.-

Los bienes no poseídos (XLI, II, 13, 3) por el causante forman parte de la herencia. Como podría el heredero entrar en posesión de esos bienes. Se le trasmitirá un derecho mejor?

Quizá advertido de esta incongruencia, el art. 2373 parecería pretender salvarla estableciendo una excepción: «La posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya: «salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión».

Como tratando de positivizar el fundamento de esta excepción, el art. siguiente (2374) precisa el concepto de aprehensión haciéndola consistir en «un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla».

En la nota respectiva, Vélez expresa que, según Savigny, la posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, puede existir sin el contacto y recuerda la regla del Digesto: « *Non este enim corpore et tactu necesse aprehender possessionem, sed etiam oculis et affectu*»[15].-

---

10. L. 193 Dig. De Regul. Jur.
11.DIG. L, XVII, 193.
12. Ibid. L 54 .
13. XXX, II, 54
14. Dig. L. 23.
15."XLI, II, I & 21.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0387

Los Antecedentes referenciados son indiscutibles en su ambito propio, es decir, la aprehensión de las cosas, pero trasladados las sucesiones «mortis causa», así sea a título de excepción, la pregunta es inevitable; se puede estar «en presencia» de un bien inmaterial como es la herencia y tener la «posibilidad física» de tomarla? . Si es así, estamos ante una ontología bastante particular.- Sin perjuicio de ello, cabe también la interrogar cómo podría operarse la entrada en posesión cuando el heredero no está en presencia de las cosas, por ejemplo, bienes lejanos o ignorados o no tiene la posibilidad física de aprehenderla, por ejemplo, cuando la tenencia es mantenida por terceros.-

A nuestro modesto entender, estas falencias provienen de una poco afortunada mixtura de antecedentes romanos y franceses . Partiendo de una base romanística en materia de posesión, Vélez se interna en la perspectiva francesa al regular la trasmisión de la herencia y confunde la «trasmisión de la herencia» con tradición posesoria, que no es equivalente en el sistema romano, pero sí lógicamente congruente en el francés.-

El art. 724 del Código Civil Francés citado por Vélez, al referirse a los herederos legítimos dice que «sont saisis de plein droit des biens», en tanto los hijos naturales «doivent se faire envoyer en possession »,repitiendo la primera disposición con respecto a la legítima en la sucesión testamentaria en el art. 1004, también citado por el Codificador argentino.-

Tenemos pués los conceptos de «saisine» y de «possession». La doctrina francesa ha clarificado el sentido de la «saisine» diferenciando la posesión de hecho de la posesión garantizada por el derecho o, si se quiere, el derecho de poseer, a tener «ius possidendi»[16].-

Al momento de redactar esta ponencia, he podido tomar conocimiento de una extensa tesis doctoral del Dr. MARCOS CORDOBA sobre la posesión hereditaria, que ha merecido el Premio Facultad de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y próximamente será publicada, en la que por feliz coincidencia aparece la misma cita, así como conclusiones concordantes, por ejemplo: «Las normas del Código sobre posesión hereditaria, están inspiradas en fuentes que responden a diverso origen, faltando congruencia entre los modelos. Gran parte de los textos proceden de la fuente francesa» (conclusión 7).- La excelencia de dicha investigación hará que probablemente algunos aspectos de la presente comunicación puedan ser ampliados, mejorados o modificados.-

La reforma de la ley 17.711 tuvo la oportunidad de corregir la inhabilidad semántica de origen en la disposición del art. 3410 y s.s. pero se limitó a incluir al cónyuge manteniendo el término «posesión» como lo inmediatamente trasmitido.-

16. PLANIOL, Marcel « Traité elementaire de Droit Civil....», pag. 410.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0387