
Las relaciones reales y de poder

Legal real Relations and facto possession relationships

Lucía H. Ferrari*

RESUMEN

En el presente estudio, la autora reflexiona sobre las relaciones reales y en especial sobre las fácticas relaciones de poder previstas en el Título II del Libro IV del Código Civil y Comercial: la posesión y la tenencia. El concepto de “relaciones reales” de Alberto Molinario, aplicable al CCC vigente, nos permite una mejor comprensión de las relaciones de poder y de las relaciones entre personas y cosas en general, incluyendo entonces también el análisis del servidor de la posesión y la yuxtaposición local, teniendo presente que existen múltiples relaciones entre personas y cosas fuera del ámbito del derecho civil.

PALABRAS CLAVE

Relaciones reales y de poder - Código Civil y Comercial argentino

ABSTRACT

In the present study, the author reflects on Legal real Relations, and especially on the facto possession relationships provided in the Civil and Commercial Code, Title II, Book IV: possession and tenancy. The concept of “Legal real Relations” of Alberto Molinario applicable to the current CCC gives us a better understanding of the facto possession relationships and those between people and things in general, also including the analysis of the contingent possessor and the unintentional possessor, keeping in mind that there are multiple relations between people and things outside the scope of the civil law.

*Abogada, UBA. Profesora en Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias de la Educación y de la Comunicación Social, Universidad del Salvador. Profesora con Categoría Ordinario Adjunto de Derecho Civil IV en la Cátedra del Dr. Mario Arraga Penido, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador.

KEYWORDS

Legal real Relations and facto possession relationships - Argentine Civil and Commercial Code

I.- Introducción: la importancia de las relaciones de poder

El objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre las relaciones reales y en especial sobre las fácticas relaciones de poder previstas en el Título II del Libro IV del Código Civil y Comercial¹: la posesión y la tenencia. Adelantamos que a nuestro criterio no existe incompatibilidad en hablar de unas y otras. Lo analizaremos seguidamente.

Las relaciones reales, y en especial por supuesto las relaciones de poder que trata el CCC, no son creaciones meramente doctrinarias, como suele suponerse cuando nos acercamos por primera vez a la lectura de la materia. Basta con pensar en la importancia que tiene la posesión de inmuebles en nuestro país en territorios urbanos, semiurbanos y rurales cuando la discordancia entre la realidad jurídica registral y extrarregistral se muestra evidente. Los controvertidos registros de poseedores² en algunas provincias; la ley 26737, que estableció el Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales³; o la ley 24374, de regularización y consolidación dominial⁴, son solo algunos de los supuestos en los que se muestra toda la

1. En adelante CCC. Aprobado por la ley 26.994 sancionada el 1 de octubre de 2014 y publicada el 8 de octubre de 2014 que entró en vigencia según la ley 27.007 el 1 de agosto de 2015.

2. Gabriel Ventura, para referirse críticamente al Registro de Poseedores de la Provincia de Córdoba, dice: "Al registrarse el hecho de la posesión como hecho, pasará a tener una vida independiente de la realidad que le dio origen y ello, obviamente, en nada ayudará a la seguridad que todo buen orden jurídico reclama. Merced al asiento registral la posesión se volverá "quasi" un derecho al desprenderse por completo del mundo de los fenómenos y subsistir pregonada por el natural efecto registral, con total abstracción de la realidad. VENTURA, Gabriel "El saneamiento de títulos y el registro de poseedores en Córdoba ley 9100". La Ley Córdoba 2003, p. 391.

3. La ley 26737 creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con integración del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, el Registro Nacional de Tierras Rurales, como autoridad de aplicación y establece límites de dominio extranjero sobre la propiedad o la posesión de las tierras rurales.

4. Establece un régimen de regularización dominial en favor de ocupantes que acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante 3 años, y su causa lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente.

actualidad las relaciones de poder⁵. Sin adentrarnos en su estudio, dado que cuestiones sociales y de dominio público tienen una relevancia que no trataremos, nos preguntamos si los elementos de las relaciones de poder se encuentran en la raíz de cuestiones tales como asentamientos urbanos, villas o núcleos habitacionales transitorios⁶.

El CCC les ha dado una relevancia expresa y trascendente a las relaciones de poder. Tal es el caso de la tradición posesoria. Si bien Vélez Sarsfield ya le había dado preeminencia (arts. 577, 2601, 2602, 2603, 2505 CC⁷ y coincidentes) al considerar que antes de la tradición de la cosa no se adquiere el derecho real (art. 577 CC) –remarcando que para que sea efectiva debe ser hecha por título suficiente (art. 2602 CC) emanado del propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir (2601 CC)–, el CCC lo ha dicho expresamente en las disposiciones generales de los derechos reales.

En el CCC, la tradición posesoria también es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 1892) pero consagra especialmente a la publicidad posesoria en el art. 1893 CCC dentro de los principios generales⁸.

5. Domingo Cura Grassi en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil expresa las diversas funciones de la posesión: como “publicidad”, como “causa”, como “nacimiento”, como “contenido”, como “ejercicio” y como “fundamento” de un derecho. Es evidente, pues, que la importancia de la posesión, dentro del derecho, es vital y viene directamente de la mano de la realidad, del contacto del hombre con las cosas (hecho) independientemente de la legalidad.

6. En la Ciudad de Buenos Aires la ley 148 declara de atención prioritaria a la problemática social y habitacional en las villas y núcleos habitacionales transitorios (N.H.T) prevé llevar adelante un relevamiento integral que describa las condiciones poblacionales de los barrios afectados; la regularización dominial de las tierras e inmuebles afectados; la urbanización integral y la integración de estos barrios al tejido social, urbano y cultural de la ciudad, mediante la apertura de calles, el desarrollo de infraestructura de servicios, la regularización parcelaria, la creación de planes de vivienda social, el fortalecimiento de la infraestructura de servicios y la recuperación de las áreas urbanas adyacentes; el desarrollo de políticas sociales activas e integrales y el equipamiento social, sanitario, educacional y deportivo; la planificación participativa presupuestaria de los recursos que se determinen como necesarios para la ejecución del programa; y la incorporación, a través de metodologías autogestionarias, de los pobladores afectados al proceso de diagramación, administración y ejecución del programa.

7. En adelante CC. Código Civil de la Nación ley 340, 25 de septiembre de 1869.

8. ARRAGA PENIDO MARIO, *Derechos reales – Parte General. Estudios de Derecho Civil*, USAL en preparación.

Otras normas marcan su importancia, como la previsión del art. 1891, cuando menciona que todos los derechos reales regulados en el Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca o la adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente en las condiciones del art. 1895.

Analizaremos en este trabajo el concepto de relaciones reales y seguidamente el de relaciones de poder.

Las relaciones reales⁹ son una construcción doctrinaria de Alberto Molinario, aplicable a la vigencia del CCC para una mejor comprensión de las relaciones de poder, y de las relaciones entre personas y cosas en general.

Somos conscientes de que, expresamente, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se explica que se ha dejado de lado el concepto de relaciones reales que utilizaba 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” por oposición a “relación personal” en vez de “derecho personal.

No obstante ello, la conceptualización pluralista de las relaciones reales que nos da Molinario permite la comprensión de los variados campos en los que pueden aplicarse, sea dentro del derecho civil como fuera de él, y logra acercarnos al concepto de las relaciones de poder del art. 1908 CCC ya que “existen múltiples relaciones reales, cada una de las cuales tiene su concepto, características, naturaleza jurídica, campo de aplicación y efectos absolutamente peculiares”¹⁰. Tengamos presente que los casos de tenencia que veremos seguidamente tienen como marco

9. GURFINKEL DE WENDY Lilian N. entiende que, si bien es necesario comprender la existencia de múltiples relaciones del hombre con las cosas en el mundo real, a los efectos jurídicos hay que reducirlas a aquellas categorías que trascienden el orden común y merecen ser captadas y reguladas por la ley en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* Tomo V Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Coord: Mariano Esper. Editorial La Ley Buenos Aires 2014

10. MOLINARIO, Alberto. *De las relaciones reales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 49

contratos de locación, depósito o comodato. Otras relaciones reales integrarán la teoría de los hechos y actos jurídicos y otras tantas actuarán dentro del Derecho Administrativo como la relación que existe entre un concesionario y la cosa objeto de la concesión por parte del Estado¹¹.

II.- Las relaciones reales

Molinario definió las relaciones reales como:

Toda relación instantánea o estable, existente entre una persona y un bien, instituida de acuerdo –o en contra– de lo dispuesto por la ley, o que resulta ser absolutamente indiferente a ésta; así como también las que la ley establece en forma abstracta y que se traducen en un conjunto de requisitos exigidos por aquélla, sea para conceder a las relaciones reales concretas ciertos efectos, o para identificarlas y clasificarlas¹².

Analizaremos el concepto de Molinario siguiendo sus enseñanzas y aplicándolas al CCC.

En primer lugar, se refiere a las relaciones reales concretas y que se dan en la vida práctica entre las personas humanas o jurídicas y las cosas. Estas relaciones pueden ser instantáneas o estables, esto es “su vida jurídica se extingue en el momento mismo de ser establecidas, dando lugar después a otra relación real de carácter estable”.

Las relaciones reales concretas pueden ser de acuerdo a la ley (una persona celebra un contrato de compraventa dando lugar a una posesión legítima), en contra de la ley (el ladrón que roba un objeto) o indiferente a ella (los supuestos de yuxtaposición local que veremos seguidamente y que no contempla nuestro CCC).

Junto a las relaciones reales concretas Molinario analiza las relaciones reales abstractas, “creadas por la ley mediante la extracción de cier-

11. ADROGUÉ Manuel Ignacio. *Régimen Jurídico de los sepulcros, convenios sobre utilización de los mismos en Temas de Derechos Reales*. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires. 1986, p. 93. Así la relación entre un particular y un sepulcro en un cementerio del dominio público es un derecho real administrativo de superficie regido por las normas de la concesión.

12. MOLINARIO, Alberto D. *De las relaciones reales*, op.cit. p. 37

tas características de las relaciones reales concretas y que resultan ser comunes a determinados grupos de esas relaciones concretas sometidas al mismo régimen [...]”.

Tal es el caso del art. 1909 CCC, que define la posesión: “Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.

Tal el del supuesto del art. 1910 CCC, que define a la tenencia: “Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor”.

Así, el legislador¹³ ha fijado determinadas condiciones para configurar un concepto abstracto de relación de poder, y si coinciden con las que presenta alguna relación concreta entonces esta relación concreta gozará de determinados beneficios o producirá ciertos efectos jurídicos.

III.- Las relaciones de poder

El art. 1908 CCC dice: “Enumeración. Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”.

Como vemos, no hay definición de las relaciones de poder aunque sí se las menciona: ellas son la posesión y la tenencia que tendrán efectos jurídicos en el marco del CCC.

Podemos conceptualizarlas como el poder de hecho que un sujeto, por sí o por medio de otro, ejerce sobre una cosa, ya sea comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no, o reconociendo la existencia de un poseedor del cual deriva su poder. Dos posturas principales buscarán darle fundamento teórico¹⁴:

13. MOLINARIO, Alberto. *Ibidem*, p. 59.

14. Seguimos en líneas generales a LAQUIS, Manuel Antonio, *Derechos Reales*, 1975

Friedrich Carl Von Savigny en su obra el *Tratado de la posesión – según los principios de derecho romano*¹⁵ nos guía en nuestro tema. Para Savigny la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas. “Ella es un hecho y un derecho por sí misma, es un hecho por sus consecuencias se asemeja a un derecho”.

El *corpus* es, para el autor, la facultad de disponer, la facultad material de hacer con la cosa lo que se quiere más allá del contacto físico sin injerencias extrañas. *El animus possidendi no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad*¹⁶. El *animus* deja de existir cuando el poseedor reconoce la propiedad de la cosa que posee otro. El ladrón es también poseedor de la cosa robada como el propietario mismo.

Para Savigny, el fundamento de la protección posesoria es proteger a la persona como tal, al abrigo de toda violencia, porque la violencia es contraria a todo derecho. El fundamento de la protección posesoria está en la relación existente entre el hecho mismo de la posesión y la persona que posee, y se centra principalmente en la persona. Dice Savigny:

Muy concretamente dicho fundamento se encuentra en la relación existente entre el hecho mismo de la posesión y la persona que lo posee; la inviolabilidad de esta última protege la posesión contra toda turbación que tenga por consecuencia de afectar al mismo tiempo a la persona misma. Es la persona como tal la que debe estar al abrigo de toda violencia, porque a su respecto la violencia es siempre contraria a todo derecho.

La segunda postura es la de Rudolf Von Ihering (1818-1892). Es necesario comprenderla a partir de su concepto de derecho como “intereses jurídicamente protegidos”. Todo derecho establece la expresión de un interés reconocido por el legislador que requiere y merece protección. Para Ihering la naturaleza jurídica de la posesión es un derecho, es un interés jurídicamente protegido. Es la propiedad en la defensiva¹⁷.

15. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Tratado de la posesión – según los principios de derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica Calle de la Manzana N° 14 1845 Madrid.

16. SAVIGNY. *Tratado de la posesión – según los principios de derecho romano*, op.cit. p. 133

17. VENTURA, Gabriel en su trabajo “*Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles*” dice refiriéndose al CC y aplicable al CCC *En nuestra opinión coincidimos con quienes advierten que*

Si la definición que nosotros hemos dado del derecho es exacta, la posesión, indudablemente, es un derecho; es un interés jurídicamente protegido. Ahora bien, como este interés tiene un objeto inmediato (y no indirecto como el que se presenta en las obligaciones) la cosa misma, es preciso figurar la posesión entre las relaciones jurídicas sobre la cosa [...].

Ihering, al referirse a la teoría de Savigny, señala:

Teoría que designaré como teoría subjetiva o teoría de la voluntad. La tengo totalmente por falsa, oponiéndole, bajo el nombre de teoría objetiva, mi propia opinión, que resumiré brevemente. Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus concurren, se tiene siempre posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia. Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla¹⁸.

IV.- Concepto de posesión

El art. 1909 de nuestro CCC define la posesión: “cuando una persona por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real lo sea o no”. Analicemos detenidamente su contenido¹⁹:

Persona. Sujeto de la relación de poder, comprendiendo a la persona humana y a la jurídica. La capacidad para adquirir una relación de poder sobre una cosa se obtiene a los diez años de acuerdo a lo prescripto por el art. 1922 CCC: “Para adquirir una relación de poder sobre una cosa,

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 cosa.

18. VON IHERING, Rodolfo. *La voluntad en la posesión* con la crítica del método jurídico reinante “versión española de Adolfo Posada” Madrid, 1896

19. El Código Civil de Vélez Sarsfield definía a la posesión en su Art. 2.351 como: “Habrà posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad” por lo que era necesario complementarla con el Art. 2.355 que en su primera parte decía: “La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código [...]”.

ésta debe establecerse voluntariamente: a) por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años”.

Recordemos que nuestro derecho ha receptado el principio de autonomía progresiva de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰: se parte del principio de la capacidad, pero de una capacidad progresiva. El niño va a ejercer sus derechos progresivamente por sí mismo; de acuerdo a la “evolución de sus facultades” en un proceso continuo en la adquisición de autonomía. La obligación de los padres será dirigirlo y orientarlo de manera apropiada para que el niño ejerza sus derechos (art. 5 CDN), para prepararlo para una vida independiente en sociedad (preámbulo) y asumir una vida responsable en una sociedad libre (art. 29 CDN). El CCC, en el mismo sentido de la Convención el art. 23 CCC, establece el principio de capacidad de ejercicio y en el art. 24 fija la edad y grado de madurez suficientes como requisitos para la capacidad de ejercicio. Los dos requisitos son, entonces, edad por un lado y grado de madurez suficiente por el otro: la edad para adquirir la posesión es de diez años de acuerdo al art. 1922 CCC, si el niño de esa edad tiene grado de madurez para ejercer actos posesorios podrá adquirir la posesión.

Si de persona jurídica se trata, ese poder de hecho sobre la cosa tendrá efectos para la persona jurídica si se llevó adelante para el cumplimiento de su objeto y a los fines de su creación (art. 141 CCC) y siempre se dará a través de sus representantes. En el caso de la posesión del uso y la habitación solo las personas humanas pueden ser titulares.

Por sí o por otra. La posesión se puede adquirir por sí mismo o a través de un representante.

En el caso de la representación voluntaria se aplican los arts. 362 CCC, por lo que la capacidad que se tomará en cuenta es la del representado. Para el representante es suficiente el discernimiento. El representante debe actuar dentro del marco de su poder (art. 366 CCC).

20. Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849 con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22.

El representante actúa como gestor de negocios, y adquiere la posesión de la cosa sin autorización ni estar obligado legal o convencionalmente (art. 1781 CCC), solamente si el dueño del negocio ratifica su gestión.

Para la representación legal, es decir la que tienen padres, tutores y curadores se aplica el art. 101 CCC. Para la representación orgánica rigen los arts. 150, 157 y 158 del CCC.

Poder. No se trata de una facultad aislada, como la esencia de los derechos relativos, sino de un conjunto de facultades que por constituir una unidad se corresponden con la idea de poder ²¹ referida a una cosa.

De hecho. No es un poder jurídico, es un poder de hecho con consecuencias jurídicas. Es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento; no se tienen en cuenta los actos jurídicos, no es necesario estar en permanente contacto con la cosa sino tener la posibilidad física de estarlo o que esté en el ámbito de custodia del titular de la relación.

Savigny, al hablar de este poder de hecho al que llama *corpus*, y en concordancia con las pautas del derecho romano, afirma: “El corpus no es solamente la tenencia material de una cosa, sino también la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre ella y de excluir toda influencia extraña”. Es decir,

la tenencia de una moneda en la mano, hace del sujeto que mantenga esta relación, poseedor innegable de aquella. De esto, ha sido deducido el carácter esencial que tiene el contacto físico para adquirir la posesión. Sin embargo, existe otro elemento que concurre con el contacto físico: es la posibilidad material de disponer de la cosa de cualquier manera, sin interferencia extraña alguna [...]. El corpus tiene que estar al momento de adquirir la posesión²².

21. GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge. *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 133

22. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. Quinta edición. Vol. III. Madrid- España 1995. pp.103

Sobre una cosa. El objeto inmediato de la posesión es una cosa determinada (art. 1912 CCC), ergo bienes materiales susceptibles de tener un valor (art. 16 CCC).

Comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no. No reconoce un señorío superior del mismo nivel. Es el *animus possidendi* de Savigny.

El poder que ejerce el poseedor es autónomo. El poseedor actúa como “señor” de la cosa²³. La posesión es un hecho para el CCC, lo dice expresamente en los arts. 1909 y 1911, una situación fáctica que puede ser o no conforme a derecho. De tal manera, es poseedor tanto el propietario de un campo que construye alambrados, como quien edifica en un terreno que adquirió por violencia. Ambos ejercen un poder autónomo sobre el inmueble, tienen un señorío de hecho sobre él, al comportarse como titulares de un derecho real, lo sean o no. Lo importante es el “apoderamiento” de la cosa de acuerdo al término usado por el art. 1928 del CCC, cuando habla de los actos posesorios sobre cosas muebles e inmuebles²⁴.

Hernández Gil manifiesta que

la posesión es la más fáctica y tangible de las situaciones consideradas por el derecho. Se accede a su conocimiento empírico por la vía de la percepción. No “veo” al propietario o bien; de aquello que percibo no cabe inferir que lo sea efectivamente. En cambio “veo al poseedor”²⁵, el mismo se manifiesta por actos exteriores (art. 1915 CCC).

Para determinar si la relación entre una persona y una cosa es un señorío de hecho debe recurrirse, según Wolff²⁶, a la opinión general y a la conciencia común. El autor menciona distintas pautas que han de tenerse en cuenta para conceptualizar el “señorío de hecho”:

23. SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, 5 ed. Act. Por Raymundo M. Algañaraz, p. 93.

24. El CC incluía sólo a los inmuebles.

25. HERNANDEZ GIL, Antonio. *La posesión*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 27.

26. ENNECEERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, Tercer tomo, *Derecho de cosas*, volumen 1º 3ª edición al cuidado de José Puig Brutau, traducción española Pérez González, Blas y Alguer, José, Editorial Bosch, Barcelona, 1971, p. 42.

1) La relación entre el sujeto y la cosa debe ser estable; un contacto pasajero no es suficiente para constituir la relación de poder.

2) Es difícil determinar a primera vista si una persona posee o no, en la mayoría de los casos solo es visible la existencia de un señorío sobre una cosa, pero no a quien corresponde.

3) Debemos ser más rigurosos si se trata de la adquisición de la posesión, que si se trata de la conservación de una posesión ya constituida. Nuestro CCC exige, siguiendo los preceptos del Derecho romano y las ideas de Savigny, tres posibilidades: contacto con la cosa, posibilidad física de establecerlo o el ingreso de la cosa en el ámbito de custodia del adquirente (art. 1922), de tal manera que puede disponer físicamente de la cosa cuando quiera (*corpus*) y el comportamiento como “señor” de la misma, no reconociendo en otro un señorío superior (*animus*).

Adrogue por su parte, conceptúa a la posesión “como algo fáctico, ordinariamente perceptible por los sentidos, y que los actos posesorios inexorablemente deben manifestarse [...]”.

[...] Con respecto al factor subjetivo –posiblemente el aspecto más controvertido– claro está que solo cuenta en la medida que trascienda (arts. 913 Código Civil²⁷) y no se trata de una investigación psicológica del sujeto sino que será evaluado en función de dos pautas básicas: la causa de la relación real y el comportamiento de su titular frente a la cosa²⁸.

No hay que confundir posesión con propiedad aunque ambas estén reunidas en el mismo titular; así, la posesión es la imagen exterior de la propiedad o bien su contenido. Pero la propiedad y la posesión pueden estar separadas, como vemos. El Derecho Romano separó propiedad de posesión, calificó a la primera como *res iuris* y a la segunda como *res facti: nihil commune habet proprietatis cum possessione* (nada en común tiene la propiedad con la posesión)²⁹.

27. Su correlato es el art. 260 CCC

28. ADROGUE, Manuel I. *Temas de Derechos reales*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1986, p. 18.

29. GORRONDONA, José Luis Aguilar. *Cosas bienes y derechos reales*. Derecho civil 2 volumen 2,

V.- Posesión, derecho de posesión y derecho a la posesión

Hay de distinguir entre posesión³⁰, derecho de posesión y derecho a la posesión.

Posesión (*possessio*) es “la afirmación de un señorío o poder de hecho de una persona respecto de una cosa, en cuya virtud exterioriza el comportamiento propio del titular de un derecho real”. Está definida en el art. 1909 CCC.

Possessio proviene de *possidere*, palabra compuesta del verbo *sedere* y del prefijo *pos*. *Pos*: prefijo: proviene de *pot*, raíz de *posse* (poder). *Sedere*: sufijo: sentarse. Significa “poder sentarse o fijarse”.

Derecho de posesión (*ius possessionis*): “es el conjunto de prerrogativas jurídicas emergentes del hecho de la posesión que se traduce en singulares efectos jurídicos”. Así, de la *possessio* surgen consecuencias que se dan en el ámbito jurídico. En el nuevo CCC encontramos las siguientes:

Protección posesoria³¹ (art. 2238 y ss); aprovechamiento de frutos (art. 1934 y ss.) y adquisición del derecho real que de hecho ejercite merced a la prescripción adquisitiva (arts. 1897, 1898 y 1899).

¿Puede estar separada la *possessio* del *ius possessionis*? Podría darse el supuesto de una persona desposeída de su posesión (*possessio*) que conserva la posibilidad de iniciar una acción posesoria (art. 2238) por el término de un año (art. 2564 inc. b CCC), por lo que mantiene el *ius possessionis*, es decir, el derecho que emerge del hecho de la posesión.

Derecho a la posesión³² (*ius possidendi*) es la facultad de obtener la posesión, en razón de contar con título suficiente³³ para exigir la entrega

8 edición. Universidad Católica Andrés Bello Caracas 1999, 8 ° edición 2007

30. Seguimos en este tema a Adrogué actualizándolo con las normas del CCC en ADROGUE, Manuel I. *Temas de Derecho Reales* op. cit. p. 23.

31. También el CCC incluye al tenedor.

32. El CCC incluye también el “derecho a la tenencia” como veremos seguidamente.

33. Recordemos el concepto de título que nos da el CCC en el art. 1892 “título suficiente el acto

(art. 2239 CCC). La persona no tiene la posesión, tal es el caso de quien tiene el contrato de compraventa en escritura pública pero el vendedor se niega a hacerle la tradición³⁴, por lo que no es poseedor³⁵. En realidad, el *ius possidendi* no es un supuesto de posesión propiamente dicha ya que precisamente el comprador no tiene la posesión. El derecho a la posesión no es una cuestión que se dé, en realidad, en las relaciones de poder ya que quien tiene el título desea obtener la tradición posesoria. El interdicto de adquirir y la acción reivindicatoria son dos acciones que podrá interponer el comprador.

Dice Savigny:

En esta obra en que establecernos una teoría jurídica de la posesión, no se tratará más que de los derechos de la posesión (*ius possessionis*), y de ningún modo del derecho de poseer (llamado por los juriscultos modernos *ius possidendi*), que pertenece a la teoría de la propiedad³⁶.

VI.- Tenencia

El tenedor tiene, al igual que el poseedor, un poder de hecho sobre la cosa pero no se comporta como “señor”. Por el contrario, reconoce la existencia de un poseedor del cual deriva su poder, actúa como “representante del poseedor” en palabras del CCC.

Dice el CCC: Artículo 1910.- Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.

El poder que tiene sobre la cosa, a diferencia del que tiene el poseedor, es delegado y no autónomo, y deriva de la causa o título que

jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”.

34. Sigue el art. 1892: La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. La tradición es el modo que hace efectivo lo resuelto en el título. La posesión le dará publicidad suficiente según lo prescripto en el art. 1893

35. Tampoco es titular del derecho real de dominio

36. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Tratado de la posesión – según los principios de derecho romano*, op.cit p. 6

lo ha colocado en la posibilidad de vincularse con ella. Debemos tener presente que, dentro de los términos del título o causa de la tenencia, el tenedor goza de cierta autonomía con respecto a la cosa. Por ejemplo, el locatario puede moblar o decorar el inmueble objeto de la locación, permitir o no el ingreso de personas a él, es decir usarlo y gozarlo en los términos del contrato. El concepto de tenencia estará vinculado necesariamente con la causa o el acto jurídico que dio nacimiento a la locación (arts. 1187 y ss CCC), mandato (art. 1319), donación (art. 1542 CCC), comodato (art. 1533 CCC). Así, tendrá los derechos y obligaciones del contrato que dio origen a la tenencia ³⁷ y el marco del poder de hecho estará dado por aquel.

El CCC contempla el “Derecho a la tenencia”³⁸. El tenedor podrá interponer una acción, que es personal y derivada del incumplimiento de contrato, para adquirir la tenencia y así exigir el cumplimiento de la tradición que le es debida. No será tenedor hasta que no tenga el poder de hecho sobre la cosa.

El art. 1940 CCC ha previsto efectos propios de la tenencia, los cuales tendrán vinculación, no obstante el contenido del CCC, con la causa que le dio nacimiento a la tenencia. El tenedor cuenta con acciones posesorias reguladas en el art. 2238 y ss.

Podría darse el caso del subtenedor, definido por Molinario³⁹ como:

El que tiene efectivamente una cosa reconociendo en otro la tenencia de la misma, es subtenedor de la cosa y representante de la posesión del poseedor, aunque ignore la existencia de éste y tenga como poseedor al tenedor y sea cual fuere la causa que origine la subtenencia.

Molinario partía de la vigencia del art. 2448 del CC, que afirmaba:

37. AREAN, Beatriz. *Derechos Reales* Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 194

38. Apliquemos el artículo 2239: Acción para adquirir...la tenencia. Un título válido no da la...tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la...tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.

39. MOLINARIO, Alberto. *De las Relaciones Reales*, op. cit. p. 195.

La posesión de una cosa se conserva por medio de los que la tienen a nombre del poseedor, no sólo cuando la tienen por sí mismos, sino también cuando la tienen por otros que los creían verdaderos poseedores, y tenían la intención de tener la posesión para ellos.

De tal manera vemos que los subtenedores serán aquellos que tengan una relación de poder con la cosa, reconociendo en otro la tenencia (el art. 1910 acepta tales supuestos cuando contempla que la tenencia pueda ser ejercida por medio de otro). Esta subtenencia podrá ser legítima o ilegítima y en este caso de buena (si hay en el subtenedor un error de hecho excusable) o de mala fe.

VII.- Servidor de la posesión

Se denominan servidores de la posesión⁴⁰ a las personas que a causa de un vínculo de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad se encuentran en relación con una cosa de la que otro es poseedor, y del cual reciben instrucciones referentes a ella.

Son ejemplos de servidores de la posesión: el empleado y su relación con la computadora que su empleador pone a disposición para el cumplimiento de su trabajo (relación de dependencia); el médico que utiliza el instrumental de la clínica (servicio); el huésped y su relación con el mobiliario de la habitación del hotel que ocupa (relación de hospedaje); el visitante y su relación con la copa en la que su anfitrión le sirve vino (relación de hospitalidad).

La expresión “servidor de la posesión” fue acuñada por Bekker en Alemania⁴¹. El Código Civil Alemán (BGB⁴²) regula esta figura en el párrafo 855 y la llama *Besitzdiener*⁴³ :

40. Para este tema hemos actualizado un trabajo escrito en el año 1987 para la “Revista del Notariado” Separata del N° 807, Buenos Aires llamado “*El servidor de la posesión*”

41. Conf. WOLFF, Martín, op. cit. p 46, quien aclara que otros autores se refieren a “ayudante de la posesión”, “portador” o “tenedor de la posesión”, Laquis, Manuel Antonio, Derechos Reales, 1975, Depalma, T. I p. 562, quien se refiere a la figura del llamado “*Besitzdiener*” o “servidor de la posesión”. Para Molinario, la expresión “servidor de la posesión la creó Ihering

42. Bürgerliches Gesetzbuch o BGB

43. § 855 *Besitzdiener. Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in*

Si alguien ejercita por otro un señorío de hecho sobre una cosa en la casa o negocio de éste o en una relación semejante, en cuya virtud ha de obedecer las instrucciones del otro, referentes a la cosa, sólo el otro es poseedor.

El Código Civil italiano también la regula en su art. 1168, segundo apartado, cuando menciona en referencia a la “detentación por razón de servicio u hospitalidad”⁴⁴:

Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión, puede dentro de un año a contar el autor de dicho despojo la reintegración de la posesión. La acción se concede también a quien tiene la detentación de la cosa, salvo el caso de que la tenga por razones de servicio o de hospitalidad.

No es poseedor: no tiene el señorío sobre la cosa que entraña la posesión. Físicamente el servidor tiene la cosa, pero no la posee para sí, no domina el objeto poseído. Así, afirma Puig Brutau⁴⁵:

El propietario posee a través de un simple instrumento humano puesto a su servicio. Así el taxista que conduce el vehículo, propiedad de una compañía de transporte no posee el coche, sino que actúa como representante o servidor de la única posesión que sobre el coche tiene la compañía propietaria.

No es tenedor: no tiene poder de hecho delegado por el poseedor, en virtud del cual gozaría de cierta autonomía con respecto a la cosa. Como dijimos anteriormente, el poder permanece en el poseedor. Así, el tene-

dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer. En su traducción al inglés dice: Section 855, Agent in possession. A person exercises actual control over a thing for another in the other's household or in the other's trade or business or in a similar relationship, by virtue of which he has to follow instructions from the other that relate to the thing, only the other shall be the possessor. Translation provided by the Langenscheidt Translation Service. Translation regularly updated by Neil Mussett and most recently by Samson Übersetzungen GmbH, Dr. Carmen v. Schöning.

44. L'azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa (1140), tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o di ospitalità.

45. PUIG BRUTAU. Fundamento de Derecho Civil T. III, *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 49

dor puede usar y gozar de la cosa dentro de los términos del contrato; el servidor carece de ese derecho.

No constituye un supuesto de yuxtaposición local: la yuxtaposición local supone un contacto físico con la cosa hecho sin voluntad. Debemos tener presente que Molinario⁴⁶ considera la figura del “servidor de la posesión” como una hipótesis de yuxtaposición. Dicho autor distingue, dentro del género “yuxtaposición”, dos especies: la yuxtaposición consciente y la inconsciente. Dentro de la primera especie encuadra al “servidor de la posesión” en la cual, afirma, “existe no solamente conciencia sino también cierta especie de voluntad”.

Dice Molinario:

La actividad humana que despliega el servidor de la posesión es tratada como cosa que se adjunta a los objetos a los cuales el sujeto se halla yuxtapuesto por razón de los servicios que presta [...]⁴⁷.

El servidor de la posesión puede presentarse entre quienes se hallan en relación con una cosa a causa de un vínculo de dependencia. Bajo este supuesto, existe un vínculo jurídico entre el poseedor y el servidor, que es una relación de dependencia. En virtud de ese vínculo el dependiente está subordinado al poseedor. Para Wolff⁴⁸ no son “dos personas de iguales derechos individuales, sino como unidos por una relación social de autoridad y subordinación”. La relación de dependencia laboral puede ser continua o transitoria. Puede ocurrir que el dependiente sea ayudado por un auxiliar, que a su vez se encuentra en relación de dependencia con el empleador. Si ambos están en relación con la cosa, ambos serán servidores de la posesión.

46. Véase, MOLINARIO, Alberto D., op. cit. p. 213, quien engloba dentro del término yuxtaposición a “todas las relaciones conscientes o inconscientes que se establecen entre una persona y una cosa ajena sin que se tenga por el titular, en las de carácter consciente, el propósito de constituirse en poseedor o tenedor de la misma y su intención se limite a usar de ella en determinada medida consentida por la ley o el contrato que la rija y que no actúa como representante de la posesión”.

47. MOLINARIO Alberto. *De las Relaciones Reales* p. 214

48. ENNECEERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin en *Tratado de Derecho Civil Tercer tomo Derecho de cosas*, op. cit. p. 47

La relación de dependencia entre el poseedor y el servidor de la posesión puede no ser fácilmente visible, como el caso de los empleados que aparecen a los ojos de terceros como dueños del negocio: recurriremos entonces a las pautas que dimos anteriormente, para determinar si la relación entre una persona y una cosa es posesión.

Si el sujeto se comporta como “señor” de la cosa, nos encontraremos frente a un poseedor; y si recibe instrucciones de otro con referencia a ella, se tratará de un servidor de la posesión.

El hecho de prestar servicios para los que se requiere un título universitario no es obstáculo para que se trate de un servidor de la posesión. Mientras el profesional esté en contacto con una cosa, en razón de un vínculo de dependencia, será servidor de la posesión.

Para Wolff⁴⁹, el niño que juega con los elementos que el padre le entrega para dicho fin es servidor de la posesión con respecto a ellos. Hay en la relación entre los hijos y los padres una dependencia jurídico-social.

Otro supuesto es el de quienes se hallan en relación con la cosa a causa de un vínculo de hospedaje. El hotelero se obliga por un precio a dar al viajero alojamiento y una serie de servicios accesorios, tales como limpieza, moblaje. El viajero puede gozar de la habitación que ocupa y usar los muebles que se encuentran en ella, pero no tiene un poder autónomo sobre ellos, no es poseedor ni tenedor. El vínculo que lo une con ese inmueble y los muebles existentes en él depende de la existencia del contrato de hospedaje. Por ello, extinguido el contrato, si el viajero se niega a abandonar la habitación que ocupa configura el delito de usurpación (art. 181, inc. 1º Código Penal).

También una persona (servidor de la posesión) se halla en contacto con una cosa, de la que otro es poseedor (anfitrión) a causa de un vínculo de hospitalidad.

49. ENNECEERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin en *Tratado de Derecho Civil Tercer tomo Derecho de cosas*, op. cit. p 48

El anfitrión que tiene invitados a cenar, por ejemplo, mantiene la posesión del inmueble donde se realiza la reunión, como así también de la vajilla y del mobiliario que se encuentran en él. Por el contrario, los visitantes no ejercen ningún poder sobre el inmueble, la vajilla o el mobiliario; son servidores de la posesión. No podrán cambiar, por sí mismos, el lugar de los muebles, ni ocupar la habitación. No debemos confundir a quien es servidor de la posesión en virtud de un vínculo de hospitalidad, con quien tiene la cosa en calidad de comodatario, el cual es tenedor de la cosa.

Por su parte Wieland, en *Des droits réels dans le Code Civil suisse*, citado por Russomanno⁵⁰, demuestra su desconcierto: “Es imposible, se ve, formular una noción uniforme del poseedor y del instrumento de la posesión, poner una definición que agote todas las hipótesis que se pueda soñar”.

El art. 2490 CC, luego de la reforma introducida por la ley 17711⁵¹, se refiere a los servidores de la posesión para exceptuarlos del ejercicio de la acción de despojo:

Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúese de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad.

El servidor de la posesión solo gozaba de la defensa extrajudicial o privada de la posesión, aplicación de la legítima defensa de la persona y de sus derechos consagrado en el art. 2470 CC. El art. 2470 protegía al “hecho de la posesión” (es decir el *corpus possessionis*), el que tenía y tiene actualmente (con la vigencia del CCC), tanto en los casos del poseedor como del tenedor y del servidor de la posesión.

50. RUSSOMANNO, Mario C. *La posesión en los principales códigos civiles contemporáneos*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1967 p. 89

51. La reforma tiene su origen en el art. 1168 del Código Civil italiano que ya hemos visto. Véase BORDA, Guillermo A, *La reforma de 1968 al Código Civil*, N° 278, p. 389 y ss, Ed. Perrot, Bs. As., 1971.

Así, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, los servidores de la posesión están expresamente configurados en el derecho argentino.

El CCC emplea la denominación “servidor de la posesión” en los arts. 1911 y ss. para definirlo en su segunda parte como “[...] quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.” Y para otorgarle la defensa extrajudicial de la posesión en el art. 2240 último párrafo, “[...] esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.”

Aclaremos que el servidor de la posesión no es una relación de poder como la posesión o la tenencia.

VIII.- Yuxtaposición local

Por último, están los supuestos de yuxtaposición local, en los que la persona tiene un mero contacto físico con la cosa. No existe poder sobre la cosa, el sujeto carece de manera absoluta de voluntad. Por citar un ejemplo: una persona dormida, a quien alguien le pone una cosa en la mano⁵². Son supuestos no previstos en el CCC, pero nos permiten comprender más acabadamente las relaciones entre personas y cosas.

IX.- Conclusiones

Las relaciones de poder son solo dos: la posesión y la tenencia, de acuerdo al concepto abstracto que nos dan los arts. 1908, 1909 y 1910 del CCC. Su rasgo característico es el “apoderamiento” que menciona el art. 1928 del mismo cuerpo normativo. Múltiples serán las vinculaciones que se pueden dar entre ellas con su correspondiente ámbito de aplicación. Así, tendremos poseedores o tenedores, coposeedores o cotenedores (si la relación de poder la tienen por una parte indivisa); poseedores o tenedores legítimos e ilegítimos (de acuerdo a si se corresponden, o no, con el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley, art. 1916 CCC); poseedores o tenedores

52. SALVAT, Raymundo, op. cit. p. 25, punto 22.

ilegítimos de buena fe (si por un error de hecho esencial se encuentra en poder de la cosa) poseedores o tenedores ilegítimos de mala fe (todos los casos en los cuales no hay buena fe, teniendo en cuenta las presunciones de mala fe del art. 1919 CCC); poseedores o tenedores ilegítimos de mala fe viciosa⁵³ (los supuestos en los cuales entra en contacto con la cosa por un vicio enumerados en el art. 1921 CCC⁵⁴).

Más aún, encontraremos en la realidad poseedores, tenedores y servidores de la posesión entrelazados. Como manifiesta Mario Russomanno⁵⁵: “La única posibilidad de distinguir entre poseedor, tenedor y servidor de la posesión debe hallarse en otro elemento aparte del mero poder de hecho o ‘corpus’”. Debe verse el origen de la relación en cada caso, o lo que es igual examinando el título, es decir ni más ni menos que la *causa possessionis*.

Podrán presentarse supuestos de interversión⁵⁶ de título, ya sea unilateral, esto es por actos exteriores (art. 1915CCC), o bilateral (art. 1923 CCC). Cada situación de hecho deberá analizarse en su particularidad.

El concepto de “relaciones reales” de Alberto Molinario, aplicable al CCC vigente, nos permite una mejor comprensión de las relaciones de poder y de las relaciones entre personas y cosas en general, incluyendo

53. El art. 1921 habla de “posesión viciosa” no obstante que los arts. 1916 y ss. hacen referencia a las dos relaciones de poder. Por lo que podría dar lugar a pensar dos posturas: que su previsión se extiende a la tenencia también o que se refiere exclusivamente a la posesión. Moisset de Espanés dice con referencia a estos supuestos “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.” MOISSET DE ESPANES, Luis, “Reflexiones sobre la mala fe y vicios en la posesión y la tenencia” Zeus Córdoba Año 1 N° 27

54. Posesión viciosa. La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes.

55. RUSSOMANNO, Mario C. *La posesión en los principales códigos civiles contemporáneos*. op.cit. p. 89.

56. Cambio de la causa en virtud se tiene la cosa.

entonces también el análisis del servidor de la posesión y la yuxtaposición local, y teniendo presente que existen múltiples relaciones entre personas y cosas fuera del ámbito del derecho civil.

