

Título: Una nueva visión de las relaciones reales (mal llamadas "relaciones de poder")

Autores: Alterini, Jorge Horacio - Alterini, Ignacio Ezequiel - Alterini, Francisco José

Publicado en: LA LEY 11/12/2017, 11/12/2017, 1 - LA LEY 2017-F, 920

Cita Online: AR/DOC/3184/2017

Sumario: I. Nociones preliminares. 1. Relaciones entre personas y cosas. 2. Precisiones terminológicas. 3. Metodología. — II. Elementos de las relaciones reales. 1. Antecedentes. 2. Doctrina subjetiva: Savigny. 3. Doctrina objetiva: Ihering. 4. Aproximación de sus conclusiones. 5. La relación de lugar (o mera yuxtaposición) en Ihering. 6. Nuestra opinión sobre los elementos de las relaciones reales. — III. Diversas relaciones reales. 1. Cuadro esquemático que proponemos. 2. Relaciones voluntarias e involuntaria. 3. Poderes de hecho. 4. Relaciones reales voluntarias principal y subordinadas. 5. Relaciones reales subordinadas delegada o instrumental. — IV. Posesión. — V. Tenencia. — VI. Los llamados "servidores de la posesión". — VII. Mera yuxtaposición. — VIII. Clasificación de los poderes de hecho. 1. Nuestra clasificación de las relaciones reales voluntarias (poderes de hecho). 2. Legítimos e ilegítimos. 3. El caso del poseedor mediando boleto. 4. De buena o mala fe. 5. De mala fe viciosa. — IX. Naturalezas jurídicas. 1. Enfoque tradicional. Su limitación de mira. 2. Nueva polémica de Savigny con Ihering. 3. Otra aproximación de sus conclusiones. 4. Nuestra opinión.

La tempestuosa irrupción de la locución "relación de poder" nada dice. No se sabe sobre qué recae la relación y, de imaginárselo, igualmente no se sabría si es un poder jurídico o un poder de hecho. Máxime que la generalidad de esa altamente imprecisa designación podría llevar a pensar que las relaciones de poder abrazan también al poder jurídico que es el derecho real, pues aunque parezca obvio el derecho real es también un poder que se exterioriza regularmente mediante una relación de hecho.

I. Nociones preliminares

I.1. Relaciones entre personas y cosas

Tanto la persona humana como la jurídica entablan regularmente relaciones con las cosas, es decir, con los objetos materiales susceptibles de tener valor económico. Pueden relacionarse con las cosas voluntaria o involuntariamente, con sujeción o violación de la ley, conociendo o sin poder conocer tal discordancia pese a su razonable diligencia. La relación puede ser jurídicamente intrascendente, producir ciertos efectos jurídicos, merecer o no su protección mediante las defensas pertinentes, o incluso ser una manifestación del contenido de un derecho.

Las distintas relaciones materiales que en la dinámica jurídica acaecen entre una persona y una cosa, han sido uno de los temas que más han motivado a la ciencia del derecho clásico. Savigny reflexionó: "Cuando varios autores tratan sucesivamente la misma materia, se forma muy pronto una tradición de observaciones generales (...). Así los autores que se ocupan de la posesión comienzan ordinariamente por quejarse de dificultades extremas que presenta esta materia. Algunos fueron de tan buena fe en estas quejas, que de alguna manera han perdido por completo el coraje" (1).

Si bien su abordaje clásico se detuvo especialmente en una de ellas: la posesión, debe insistirse en que las relaciones reales pueden ser de diversa índole, en función de los distintos comportamientos que despliegue su titular. Por ello, desde antaño se ha pretendido sujetar las diversas relaciones posibles a una denominación genérica que sea abarcativa de todas.

I.2. Precisiones terminológicas

I.2.a. En la doctrina clásica

Ihering había propuesto utilizar la expresión "relaciones posesorias". Sin embargo, esa denominación era acotada, pues solo comprendía a la posesión y a la tenencia, y no a otras relaciones de hecho con la cosa. Decía el jurista: "Para designar la relación común del tenedor y del poseedor con la cosa, conservaré la expresión tradicional de relación posesoria (...), que no puede resultar equívoca desde el momento en que se designa la posesión y la tenencia con expresiones especiales" (2).

Según Molinario esa expresión era errada: "No consideramos feliz la denominación que procuramos desalojar ya que la misma se utiliza en castellano para la denominación de una de esas relaciones (...). De allí que hemos preferido encontrar una expresión sustitutiva del término 'relación posesoria', pues entendemos que si con él debemos referirnos simultáneamente —desde el punto de vista técnico a las relaciones que son posesiones y a las que no lo son, es imprescindible utilizar una palabra diferente ya que la claridad en el lenguaje influye directamente sobre los conceptos y la exposición" (3).

No coincidimos en que la acepción lingüística identifique "relación posesoria" con "posesión", pues a tenor del primer significado que le atribuye el Diccionario de la Lengua Española "posesión" implica: "Acto de poseer

o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro"; aunque para el mismo Diccionario en el lenguaje del derecho, la "posesión" exige el "ánimo de dueño o de titular legítimo", o mejor, comportamiento en ese carácter, lo que descarta a la tenencia.

De todos modos, no propiciamos esa terminología, ya que en una primera aproximación, que seguramente será la del no especializado, "relación posesoria" equivaldría exclusivamente a posesión y ni siquiera se prolongaría a la tenencia como en Ihering.

Para superar los reparos que presentaba la denominación "relaciones posesorias" una corriente doctrinaria acuñó la expresión "relaciones reales" (4). Seguramente fue Molinario quien mejor la defendió como indicativa de las distintas relaciones materiales entre un sujeto y una cosa.

1.2.b. En el Proyecto de 1998

El Proyecto de 1998 se decidió por la última tesitura descripta y la fundamentó del modo que sigue: "La denominación de relaciones reales aplicada a las relaciones de hecho entre una persona y una cosa, con respaldo doctrinario y jurisprudencial, responde a la necesidad de acuñar una designación que comprenda tanto a la posesión como a la tenencia, pues es una realidad incontrastable, a la que no debe permanecer ajeno el legislador, que su régimen es casi siempre coincidente. La designación patentiza también que las relaciones de hecho no se agotan con la posesión y la tenencia, sino que también existe la mera yuxtaposición, aunque para simplificar el sistema se puntualiza que salvo que medie una referencia especial a la yuxtaposición, la mención de las relaciones reales apunta por regla en el Proyecto solo a la posesión y a la tenencia".

Excepcionalmente el Proyecto le confería efectos jurídicos a la mera yuxtaposición al ocuparse de la legitimación activa en la defensa extrajudicial de la relación real (5).

1.2.c. En el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial optó por utilizar la designación "relaciones de poder". Entendemos que ello resulta inconveniente por diversas razones, y por ende, pasible de otras tantas críticas.

Los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial explican cuáles fueron las razones que llevaron a sus redactores a adoptar tal postura: "Se la ha preferido antes que el término relaciones reales que utiliza el Proyecto de 1998, por ser este demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas. Aparte, es equívoca porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos relación real para significar derecho real, por oposición a relación personal en vez de derecho personal".

Si bien es cierto que no son pocas las "relaciones reales", es igualmente cierto que tampoco están acotadas a las que el Código llama "relaciones de poder".

La terminología "relaciones reales" había sido la acogida con generalizado beneplácito, tanto por la mayor parte de la doctrina como por la jurisprudencia. Tal experiencia cristalizada en nuestro país lucía con mucha mayor importancia que la incorrecta y circunstancial asimilación europea de los términos "relación real" y "derecho real".

La idea de relación "real" es explícita para denotar que el objeto es una cosa, campo de referencia absolutamente indefinido con la designación "relaciones de poder". Es la contrapartida desde lo fáctico del señorío jurídico que importa un derecho real.

Ni siquiera se precisa en la enumeración de las "relaciones de poder" (art. 1908, Código Civil y Comercial) (6) que deben ser de "hecho", pues si se definió al derecho real como "poder jurídico" (art. 1882, Código Civil y Comercial), de no hacerse tal salvedad, entre las relaciones de poder también se deberían enunciar todos los derechos reales.

Si se arguyera la insuficiencia de la denominación "relación real", por suponer que pueden existir señoríos fácticos sobre objetos distintos de las cosas, tal objeción sería descartable de plano, pues apuntaría a un supuesto de imposible configuración (art. 1912, Código Civil y Comercial). Por otra parte, si el aserto fuera sostenible también se derrumbaría la designación "derecho real" porque este puede recaer excepcionalmente sobre derechos (art. 1883, Código Civil y Comercial). Y del mismo modo, que en nuestro escenario jurídico sería altamente distorsionador renegar de la nominación "derecho real", sería reprochable cuestionar la de "relación real" por las mismas supuestas falencias.

Al decir "relación real" estamos apuntando a que existe una relación física distinta de la dimensión jurídica que recae únicamente sobre cosas y que se trata de una relación fáctica.

La tempestuosa irrupción de la locución "relación de poder" nada dice. No se sabe sobre qué recae la relación y, de imaginárselo, igualmente no se sabría si es un poder jurídico o un poder de hecho. Máxime que la

generalidad de esa altamente imprecisa designación podría llevar a pensar que las relaciones de poder abrazan también al poder jurídico que es el derecho real, pues aunque parezca obvio el derecho real es también un poder que se exterioriza regularmente mediante una relación de hecho.

Es tan nebulosa la fraseología "relación de poder" que podría generar nuevas desviaciones, pues son múltiples las relaciones de poder que pueden presentarse en el seno de una comunidad y que nada tienen que ver con la temática que nos ocupa, que hace centro en las cosas, transitando por senderos tan distintos como el de la sociología, de la política, o de las relaciones paterno-filiales como reflejos de responsabilidad parental, normalmente muy alejados del asiento real.

La puntillosa preocupación de que el derecho argentino pudiera confundir al "derecho real" con la "relación real" repitiendo la distorsión conceptual de que adolecen ciertas expresiones del derecho comparado, impensable en nuestro sistema jurídico, o el pretendido desvelo por adoptar una nueva terminología por la supuesta infinitud del significado de la "relación real", condujo al Código Civil y Comercial a acoger otra ostensiblemente más imprecisa y antitética con la técnica jurídica del derecho privado.

La excedencia de los medios para superar supuestos hipotéticos espontáneamente asumidos en nuestro ambiente jurídico, muy lejos de arrimar certezas, causará múltiples y fuertes confusiones que no podrá eludir el intérprete pese a los indeseables y engorrosos resultados que provocará.

Las razones expuestas, en nuestro criterio, son decisivas para que nos pronunciemos por la terminología "relaciones reales" y nos esforcemos por prescindir de la equívoca "relaciones de poder".

I.3. Metodología

Se denomina al título II del libro cuarto del Código Civil y Comercial: "Posesión y tenencia", no obstante que el género es "relaciones de poder", individualización como dijimos muy reprochable, pero que al haber sido la adoptada por el Código inexorablemente debió encabezar el mencionado título.

Incluso, en ocasiones aparece la cuestionada expresión "relaciones posesorias" (arts. 1902, 1934, incs. a) y e); en ellas esa calificación hace las veces del género, pese a que se quiso que tal generalidad fuera expresada con los términos "relaciones de poder". Repárese en que como vimos a nadie escapa que para el hombre común "relación posesoria" es equivalente a "posesión", salvo que se indique lo contrario [\(7\)](#).

Es advertible otra disonancia. Al enumerar el art. 1908 las "relaciones de poder" con una cosa, expresa que lo son solamente "la posesión y la tenencia", y, sin embargo, en el art. 1911 se mienta otra "relación de poder": la propia del "servidor de la posesión". La omisión no querida o deliberada de enumerar entre las "relaciones de poder" la del "servidor de la posesión", plantea la duda de si se le aplican también a este, y en caso afirmativo en qué grado, las disposiciones contenidas en los capítulos 1: "Disposiciones generales", 2: "Adquisición, ejercicio, conservación y extinción", y 3: "Efectos de las relaciones de poder".

Los propios Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial le habían reconocido el carácter de "relación de poder": "A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia; con la adición del servidor de la posesión al solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión, que no puede aceptarse como violencia que implica a la persona, y por tal razón se admite que quienquiera que esté en o con la cosa se defienda".

Por cierto que expresiones circunstanciales extraídas de los Fundamentos no tienen valor normativo, pero ello no desmiente que allí se subsuma al servidor de la posesión dentro de las relaciones de poder, o mejor de las relaciones reales.

Asimismo, no debe olvidarse que el Código ha decidido silenciar la mera yuxtaposición. Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto: "Se pondera que la mera yuxtaposición local para modificar o ampliar la noción a relaciones reales no merece la pena, pues como simple relación de lugar constituye un contacto físico que carece de toda voluntariedad y, en consecuencia, tampoco produce efectos jurídicos. El que está dormido o encadenado no tiene la posibilidad de actuar en derecho en los ámbitos de la posesión. Es necesaria la voluntad".

Las arritmias de las que adolece este título plantean el interrogante de si la defensa extrajudicial puede ser ejercitada solo por los únicos a los que alude el art. 2240: el poseedor, el tenedor y los servidores de la posesión, o también por víctimas titulares de otras relaciones reales, a las que siempre se quiso proteger, en sus personas y en sus derechos, incluso extrajudicialmente, frente a conductas ilegítimas de terceros [\(8\)](#).

II. Elementos de las relaciones reales

II.1. Antecedentes

Generalmente al tratar la temática de la posesión y de la tenencia se muestra el problema como terreno fértil

a la existencia de profundas discrepancias entre las tesis subjetivas y las objetivas.

Analizaremos aspectos de las presuntas discrepancias entre las teorías subjetivas, a través de su máximo corifeo —Savigny— y las objetivas, con su más difundido mentor —Ihering—, para luego buscar la muy lamentablemente omitida y poca veces asumida necesaria aproximación de las conclusiones de ambas posturas, tanto desde el punto de vista dogmático como en el didáctico. Téngase en cuenta que ambas teorías se desarrollaron tomando como eje fundamental a la posesión.

II.2. Doctrina subjetiva: Savigny

Según el mayor artífice de la concepción subjetiva, o sea Savigny, en la posesión se advierten dos elementos: el corpus y el animus domini, mientras que en la tenencia solamente el corpus.

Ante todo para Savigny la posesión supone un elemento corporal, pues: "Toda adquisición de posesión reposa sobre un acto físico, corpus o hecho (...) el acto físico, condición primaria de toda posesión" (9).

Como bien lo señala Allende, es obvio suponer que Savigny no podía estimar como corpus cualquier relación física, sino que era menester que tal relación se entablara acompañada de un mínimo de voluntad (10), o sea, que se tratara de una relación física intencional (11).

A continuación Savigny incluye precisiones acerca de lo que él entiende como animus possidendi y animus domini o animus sibi habendi: "Para ser considerada como posesión, toda detentación debe ser intencional, es decir que, para ser poseedor, no es suficiente la detentación de la cosa, es necesario también querer detentarla. Tenemos ahora que precisar más que es esta voluntad, este animus possidendi, correspondiente al hecho de la detentación (...). El animus possidendi no es otra cosa que la intención de ejercer el derecho de propiedad. Esta definición sin embargo no es suficiente porque el que detenta una cosa puede tener esta intención de dos maneras diferentes: él puede querer ejercer el derecho de propiedad de otro o el suyo propio" (12).

Luego aborda el caso de quien "detenta" la cosa como si fuera el ejercicio de un derecho real propio: "La segunda hipótesis, aquella donde el detentador tiene la intención de ejercer su propio derecho de propiedad, de suerte que el animus possidendi no es aquí otra cosa que el animus domini o el animus sibi habendi" (13).

Puntualiza: "Las palabras animus domini no tienen otro objetivo que el de determinar la naturaleza de la intención requerida para poseer, en la relación en que el propietario tiene el derecho de hacer; ello no quiere en absoluto decir que la intención del poseedor debe tener por objeto el derecho de propiedad en sí mismo, lo que sería absurdo, por ejemplo, por parte de un ladrón" (14).

Para cerrar su idea, Savigny descarta la existencia de una tercera hipótesis que se le sume a las dos alternativas que apuntara, ya la del mero animus possidendi (o sea, la intención sin ánimo de afirmar la propiedad para sí, es decir, reconociendo la propiedad en otro) o del animus domini o animus sibi habendi (esto es, la intención de ejercitar la relación física a la manera del propietario, o sea, sin reconocer la propiedad en ningún otro). Dice: "Se podría, a primera vista, encontrar esta distinción incompleta; se podría imaginar una tercera hipótesis en la que quien detenta la cosa no se atribuya el derecho de propiedad ni a sí mismo, ni a cualquier otra persona, sino que se limitaría a querer conservarla para un objetivo especial, por ejemplo, a causa de los frutos que ella produce. Pero ese caso no difiere del nuestro más que en apariencia; pues el que quiere detentar una cosa sin reconocer el derecho de propiedad en otro, tiene siempre el animus domini, y, desde el punto de vista jurídico, poco importa saber en qué fin especial pretende esa propiedad" (15).

Una manifestación primaria del corpus es la aprehensión propiamente dicha de la cosa generada con el contacto físico: "en toda la teoría de la posesión, nada parece más simple y más fácil de precisar que la naturaleza del acto físico (aprehensión) requerido para la adquisición de la posesión (...). Todos los autores han considerado este acto físico con el sentido de un contacto inmediato, y no han admitido más que dos especies: tomar de la mano una cosa mueble, y poner el pie sobre un inmueble" (16).

II.3. Doctrina objetiva: Ihering

La concepción de Ihering es en apariencia esencialmente distinta a la doctrina subjetiva savigniana. Asevera: "La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el corpus y el animus, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos prácticos, el derecho, en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última" (17).

Para Ihering el único elemento de la posesión es el corpus, o sea el comportamiento como lo haría el propietario: "La cuestión de saber si se debe admitir una posesión se resuelve simplemente según la manera como el propietario tiene costumbre de tratar las cosas de la especie á que aquella se refiere. Dada esa teoría,

todo ciudadano ó campesino puede resolver esta cuestión; con la de Savigny ni el mismo jurisconsulto puede resolverla" (18).

Pretende desacreditar la importancia del poder físico para comprobar la posesión, aunque sorprende luego cuando acepta que la posesión en la mayoría de los supuestos "se confunde con la detención corporal": "el punto de vista del poder físico, en cuanto á la adquisición de la posesión, no resiste al examen, ni en el caso en que la posesión se adquiriera en ausencia del poseedor sin que el poder exista, ni en el caso en que la existencia de su poder debiera tener como consecuencia la adquisición de la posesión. En lugar de ese punto de vista, hemos presentado otro que es decisivo, y que designaremos con las palabras: comprobación del hecho de la intención de ser propietario. Llega á ser poseedor, conforme á esto, aquel que ya ha puesto ó hace poner la cosa en una posición que corresponda á la propiedad y que de este modo le señala como pretendiente á la propiedad (...). Para la mayoría, de las cosas, este estado se confunde con la detención corporal" (19).

Al retomar la idea de que el corpus se manifiesta a través de hechos exteriores reveladores de un comportamiento a la manera del propietario, reflexiona: "Mis vecinos ven que yo siembro, trabajo y recojo, y me reconocen por eso que yo soy el propietario he ahí la verdadera exterioridad de la propiedad que, como la experiencia prueba, se confunde en la mayoría de los casos con la propiedad real" (20).

Sentado este concepto del corpus común a la posesión y a la tenencia para dilucidar si se trataba de una u otra relación real, acudió en una primera etapa de su elaboración doctrinaria a la idea de una presunción procesal en favor de la posesión: teoría de la causa possessionis. En una segunda etapa, conocida como la de la causa detentionis, llegó por otra vía a la misma idea de la presunción de la posesión. Efectivamente, ante el comportamiento como propietario revelador del corpus, se inclinaba por la posesión, salvo que una disposición legal decidiese que se trataba de un caso de tenencia (21).

II.4. Aproximación de sus conclusiones

La distancia entre las concepciones subjetivas y objetivas no es finalmente pronunciada. Por de pronto, tanto Savigny como Ihering acuden a la idea del comportamiento como lo haría el propietario, lo que es evidente a poco que se comparen las nociones del primero sobre el animus y del segundo sobre el corpus (22).

Es que como bien dice Molinari Romero: "en esencia la idea es la misma de Savigny, aunque difieren en que para este en eso consiste el animus domini, elemento diferencial de posesión y tenencia, mientras que para Ihering ese elemento es el corpus de toda relación posesoria" (23).

Las dificultades probatorias que achaca Ihering a la concepción de Savigny, no son tales. Expresa Allende: "actúo en la cosa, sin tener en cuenta para nada al propietario; luego soy poseedor. Cómo demuestro ello; muy fácilmente: pruebo que alambré, edificué, cultivé por mi cuenta, sin tener en cuenta para nada al propietario. Prueba en la mayor parte de las veces fácil de producir (...). ¿Cómo probaría la contraria que no soy poseedor?; pues: a) probando que soy locatario; b) probando que cuando mandé alambrar el campo solicité autorización al propietario o que este pagó tal alambrado, etcétera" (24).

El esquema de la prueba es básicamente similar en Ihering: ante actos reveladores del comportamiento como propietario, o sea del corpus en su esquema objetivo, se estará en principio en presencia de la posesión y va de suyo que normalmente esos actos son los mismos que en la tesis de Savigny expresan la posesión (ocupar el inmueble, cercarlo, cultivarlo, reparar las construcciones, etc.; véase el art. 1928, Código Civil y Comercial).

¿Y cuándo una disposición legal descartará la posesión y optará por la tenencia? Precisamente, cuando entienda que detrás de ese aparente comportamiento como propietario, hay en verdad una locación, un comodato, un depósito, etc. Así, dirá que no hay posesión porque se trata de una simple tenencia ejercitada por un locatario, cuando alguien usa y goza de una cosa con derecho personal contra el pago de un precio —alquiler; o que no hay posesión, pues se configura un comodato si alguien usa un inmueble gratuitamente.

Por otra parte, las cuestiones probatorias ya eran facilitadas por normas del Código Civil derogado (25). Tal situación se reproduce en el Código Civil y Comercial a través del art. 1911: "Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa", y del art. 1915: "Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto".

Así, quien inició su relación con la cosa como poseedor continúa en ese carácter hasta que se pruebe que se convirtió en tenedor, e inversamente por la permanencia del carácter de tenedor de quien comenzó en ese emplazamiento hasta la prueba que acredite el cambio del título de su relación real.

La última orientación recibió la influencia de Ihering, en su versión de la causa possessionis; por ejemplo, se presume, salvo prueba en contrario, que el poseedor mediando boleto persiste como poseedor, e igualmente que

sigue como tenedor el que ingresó en la relación real como locatario.

II.5. La relación de lugar (o mera yuxtaposición) en Ihering

Como vimos, ya Ihering distinguió las "relaciones posesorias", para él abarcativas de la posesión y de la tenencia, de las simples yuxtaposiciones locales que por regla carecen de trascendencia para el derecho: "La simple relación de proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica. La significación jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, reconocible, con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión (...). Ni el lenguaje, ni el derecho ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona con la cosa" (26).

En la óptica de Ihering el contacto material para alcanzar proyecciones jurídicas tiene que entablarse con un mínimo de subjetividad, pues no puede faltar ni el discernimiento en su adquisición, ni la intención de que se establezca, ni la libertad en la decisión al respecto (27).

II.6. Nuestra opinión sobre los elementos de las relaciones reales

II.6.a. Elemento mínimo común a todas las relaciones reales (relación física abstraída de toda subjetividad)

El requisito de la relación física de la persona con la cosa se presenta ineludiblemente en todas las relaciones reales, pero para ingresar en el escenario de las relaciones reales voluntarias es menester que exista el mínimo de subjetividad necesario para que la relación física no quede confinada como mera relación de lugar o yuxtaposición local, si nos atuviéramos a la terminología de Ihering (28).

II.6.b. Elemento objetivo de las relaciones reales voluntarias: posesión, tenencia y servidores de la posesión (corpus)

La relación física entre la persona y la cosa cuando es voluntaria es configurativa del elemento que la doctrina savigniana denominó como corpus.

El corpus, o cuerpo de la relación real, es el poder físico, la potestad de hecho sobre la cosa, que se advierte cuando una persona tiene una cosa "bajo su poder" (29). Es el ejercicio de un "poder de hecho sobre una cosa", tal como mientan los arts. 1909 y 1910 del Código Civil y Comercial para la posesión y la tenencia, extensible a los servidores de la posesión del art. 1911.

Como lo apuntamos, fue fundamentalmente Allende quien ha dejado bien en claro que no se trata de una mera relación material, sino que supone "una mínima voluntad, exigida por la ley, para que el hecho tenga consecuencia jurídica" (30). Tal relación, "desde el punto de vista del sujeto, ha de ser querida, es decir que el sujeto debe no solo tener conocimiento de la misma, sino también querer que exista" (31).

Insistimos en que el solo contacto físico entre una persona y una cosa no denota el corpus, pues es menester que esa relación física sea querida por quien tenga capacidad de quererla, o sea, según el inc. a) del art. 1922 del Código Civil y Comercial: "por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años". Así, no involucra corpus la relación física que mantiene un niño de meses con su "chupete", o un demente con la cosa, pues carecen del mínimo de voluntad reconocida por el derecho que los dote de la aptitud jurídica para adquirir la relación real.

Aun los "capaces" de querer entablan relaciones con las cosas distintas del corpus, cuando la relación no es querida por ellos; así no puede hablarse de corpus en favor de la persona dormida a la que se le coloca un objeto entre sus manos, o del prisionero que mantiene una relación física con la celda presumiblemente no querida. Estas situaciones, como ya lo apuntamos, fueron denominadas por Ihering como supuestos de simple yuxtaposición local.

En definitiva, entendemos que el corpus se conforma con un contacto físico voluntario, actual o potencial, entre una persona y una cosa determinada (art. 1912, Código Civil y Comercial).

En la concepción de Savigny existen tres alternativas conceptuales para configurar el corpus, que recoge el inc. b) del art. 1922 del Código Civil y Comercial: "por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente".

II.6.b.1. Contacto físico con la cosa

La relación de contacto físico refiere al corpus en su expresión más tangible, pues de él resulta una relación física con la cosa "actual" y no tan solo "potencial".

Aunque Savigny razonaba poniendo el acento especialmente en la posesión en estricto sentido, la comprensión del texto que transcribiremos debe expandirse a las distintas relaciones reales voluntarias: "El que tiene en su mano una pieza de moneda es sin duda poseedor. De este caso y de otros semejantes se ha deducido la idea de un contacto físico que deba ser lo esencial en toda adquisición de posesión. Pero en el ejemplo citado,

hay todavía otro hecho que no concurre más que accidentalmente con este contacto físico: es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiere y de excluir toda acción extraña" (32).

II.6.b.2. Posibilidad de establecer el contacto físico

En el marco de la noción de la posibilidad física, o sea de la potencialidad de establecer la relación material con la cosa y con especial atención a la función que cumple al respecto la entrega de las llaves, razona Savigny: "Ahora bien, cuando el inmueble se vende el comprador y el vendedor pueden ir reiteradas veces sin tener la intención, el uno de adquirir, el otro de transferir la posesión. Para los muebles, es exactamente lo mismo (...) no se considera aquí la posesión como transferida hasta la entrega de las llaves" (33).

Acorde con su mirada, puntualiza: "Aquel que se encuentra separado de la cosa por una puerta cerrada no la posee más que si él está muy distante; pero si él tiene la llave, él puede a cada instante hacerse cargo de la cosa, y no importa que él lo haga efectivamente" (34).

Agrega Savigny que "las llaves no son designadas aquí más que para servir de ejemplo" (35). Parangonándolo con un supuesto ajustado a la idiosincrasia agrícola ganadera de nuestro país, puede pensarse en la facilitación del ingreso a una finca mediante la libre utilización de la tranquera.

Recreando los tiempos actuales puede advertirse la posibilidad física concreta que surge de la recepción de una tarjeta magnética que habilita para el acceso a una unidad de un complejo vacacional o a otros desarrollos inmobiliarios de variados destinos, o en el empleo de la contraseña necesaria para distintos accesos que se activen a través de una cerradura electrónica.

Se advierte que para que la "posibilidad" de establecer el contacto físico con la cosa determine la adquisición del corpus, esa aptitud debe ser "razonable" para alcanzar ese objetivo (arg. art. 1931, inc. d], Código Civil y Comercial).

II.6.b.3. Ingreso de la cosa en el ámbito de custodia

No desmiente los lineamientos savignianos, recogidos por el art. 1922, la idea de adquisición de la relación real a través del ingreso de una cosa en el ámbito de custodia de su adquirente, bien que si se quisiera profundizar la perspectiva se podría considerar a la teoría de la custodia como una matización de la pauta de la posibilidad física.

Por ello, Savigny postuló: "Se puede adquirir la posesión de una cosa mueble sin que sea menester tomarla en mano porque se encuentra en presencia de esa cosa, pero lo puede hacer todavía de otra manera (...). Es fácil darse cuenta del motivo de esta regla. No hay nada que sea superior que el amo de su casa, y por lo mismo tiene la custodia de todo lo que allí se encuentra (...). La adquisición de la posesión de esos objetos mobiliarios no depende de la propiedad ni de la posesión jurídica del edificio. Así el que había alquilado una casa o una tienda puede adquirir la posesión de esta manera, aunque no sea ni propietario ni poseedor jurídico del edificio; pues es evidente que él no deja de tener la custodia de todos los objetos que allí se encuentran" (36).

El corpus se conforma en este supuesto a través de una suerte de imperio que el sujeto tiene sobre todo lo que se encuentra en la esfera de su "custodia", y en esa línea de ideas basta que una correspondencia o un periódico, o hasta objetos de otra naturaleza como materiales de construcción, se dejen en un inmueble a disposición de una persona, para que esta tenga el corpus sobre ella, con independencia del contacto físico sobre la cosa. El ámbito de custodia no es más que una especificación del contacto potencial que denota "la posibilidad física de establecerlo".

II.6.c. Elemento subjetivo de las relaciones reales voluntarias: posesión, tenencia y servidores de la posesión (determinado animus)

La existencia de un mínimo de voluntad no resulta suficiente para la configuración del elemento subjetivo propio de ciertas relaciones reales, por lo que deviene necesario que a ese mínimo deba sumársele una voluntad direccionada a la respectiva relación real.

Asimismo, recordemos que si la relación real fuese establecida involuntariamente, ni siquiera habría corpus, por lo que lógicamente tampoco podría hablarse de una voluntad direccionada. Es este el elemento que estrictamente denominamos como animus, en principio, sin ninguna connotación.

El Código Civil y Comercial, en seguimiento del Proyecto de 1998, en los ámbitos de la posesión y la tenencia ha optado por definirlos en virtud de los diferentes comportamientos que despliega el sujeto en relación a la cosa. En efecto, la alusión a "comportamiento" implica poner la mirada en el ámbito externo de la volición, pero con ello no se descarta, sino más bien se presupone, que deba existir la correspondiente actividad interna en el sujeto que denote un actuar voluntario.

El elemento subjetivo se manifiesta de diferentes maneras:

II.6.c.1. En la posesión

La primera manifestación del animus se presenta cuando el sujeto de la relación real ha direccionado su voluntad y no lo hará de no existir un hecho exterior (art. 260, Código Civil y Comercial) para el sometimiento de la cosa al ejercicio de un derecho real como propio, o sea, comportándose como titular del derecho, lo sea o no.

Esos hechos exteriores que reflejan este animus pueden ser realizados aun sin relación física con la cosa (falta el corpus), como, por ejemplo, el pago de impuestos, tasas, contribuciones, por quien no ocupa el inmueble.

II.6.c.2. En la tenencia

El animus en la tenencia se traduce en el comportamiento del tenedor de ejercitar un derecho personal, lo ostente o no, reconociendo en otro la titularidad de un derecho real. El tenedor actúa como un delegado de quien ejercita la posesión.

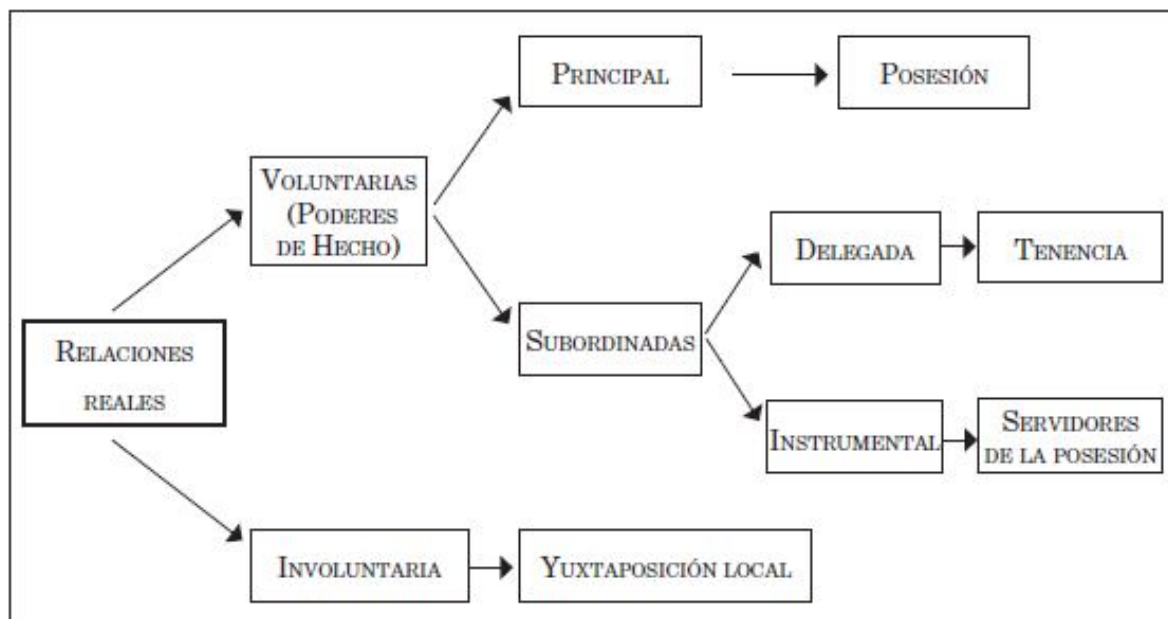
Este animus, que generalmente se silencia, es indudablemente distinto del propio del poseedor, pero de la omisión en destacar su existencia podría inferirse que solo existe animus cuando media posesión.

II.6.c.3. En los servidores de la posesión

También existe animus en los servidores de la posesión quienes, al igual que los tenedores, despliegan su actividad como ejercitando derechos personales, como sujetos activos o pasivos de ellos, lo sean o no, pero obrando como prolongaciones instrumentales del poder de hecho de otro.

III. Diversas relaciones reales

III.1. Cuadro esquemático que proponemos



III.2. Relaciones reales voluntarias e involuntarias

Ya sabemos que las relaciones reales son tales por conectar físicamente a las personas con las cosas.

La conexión física puede establecerse de manera voluntaria o involuntaria. Es voluntaria cuando es querida por quien tiene capacidad de querer, o sea, que quiso porque tenía discernimiento, intención y libertad, y estaba dotado de la aptitud jurídica de querer (art. 260, Código Civil y Comercial), ya bien por ser capaz, o tratándose de menores de edad que hubieran alcanzado los diez años (art. 1922, inc. a), Código Civil y Comercial). Por contraposición, es involuntaria cuando falta discernimiento, intención o libertad.

Cuando la conexión física es involuntaria se configura una relación real de grado mínimo que a la manera de Ihering se puede calificar como de yuxtaposición local.

III.3. Poderes de hecho

Las relaciones reales voluntarias implican poderes de hecho, esto es, relaciones físicas directas actuales o potenciales sobre cosas, que por ese rasgo descartan sujetos pasivos determinados y expresan un conjunto de

facultades sobre las cosas o en razón de ellas (arg. arts. 1932 y concordantes, Código Civil y Comercial).

En sentido técnico el poder de hecho se configura a través del corpus [\(37\)](#), elemento objetivo común a todas las relaciones reales voluntarias.

Si el concepto que antecede lo suponemos adecuado, ¿cuál sería la diferencia entre un "poder de hecho" y un "poder jurídico" en la órbita de los derechos subjetivos patrimoniales?

Ante todo, los planos de los poderes de hecho no se corresponden necesariamente con los correspondientes a los poderes jurídicos, pues pueden presentarse poderes jurídicos que no se ejerciten a través de poderes de hecho, así en la hipoteca, en la servidumbre negativa y en la preferencia o tanteo (con retracto) (arts. 1165 y 1166, Código Civil y Comercial).

Los poderes de hecho pueden o no acompañar a los poderes jurídicos. Están insertos en los poderes jurídicos cuando actúan el contenido de un derecho real que se ejerce por la posesión, o sea, lo ejercitan fácticamente. Contrariamente, quedan diseccionados de los poderes jurídicos cuando carecen de sustento en algún derecho real y con mayor razón si no lo tienen en algún derecho subjetivo patrimonial.

En la orientación en la que nos ubicamos el poder de hecho nacido de una tenencia que ejerce un derecho personal, por ejemplo la de un locatario, comodatario o depositario, se corresponderá con uno u otro de esos derechos personales, pero como solo los derechos reales alumbran poderes jurídicos, tampoco dichas tenencias reflejarán poderes de derecho.

En definitiva, el único poder de hecho que tiene como cobertura un poder jurídico es la posesión que exterioriza el contenido de un derecho real que se ejerce a través de ella.

La contraposición entre poder de hecho y poder jurídico alcanza riqueza únicamente cuando se trata de un derecho real (poder jurídico) que se ejerce por la posesión (poder de hecho).

III.4. Relaciones reales voluntarias principal y subordinadas

A las relaciones voluntarias que significan poderes de hecho las subdividimos en "principal" y "subordinadas".

Con la fraseología del art. 856 del Código Civil y Comercial, el poder de hecho es "principal" cuando es independiente de cualquier otra relación real. La posesión es el único ejemplo de este encuadramiento.

Las relaciones voluntarias, y como tales expresiones de poderes de hecho, son "subordinadas" cuando existe algún poder de hecho de grado superior que las condiciona y a cuya suerte están unidas. Los poderes de hecho subordinados son los nacidos de la tenencia y de los servidores de la posesión.

No podría negarse que se presentaría dicha subordinación en hipótesis como las del usufructuario-poseedor que alquila la cosa, donde el tenedor estará expuesto a las vicisitudes del usufructo, pues de extinguirse este arrastrará la conclusión de la locación (arts. 2142 in fine, y 2153, primer párrafo, Código Civil y Comercial). Tampoco sería cuestionable el estigma de la subordinación cuando un poseedor que fue vencido en el juicio de reivindicación había constituido un comodato o depósito con relación a la cosa, pues este derecho personal también será alcanzado por la extinción de la posesión del constituyente (art. 1933, Código Civil y Comercial).

III.5. Relaciones reales subordinadas delegada o instrumental

La relación real subordinada puede ser "delegada" (tenencia) o "instrumental" (servidores de la posesión). Hablamos de relación delegada, pues la idea de representación que contiene el Código Civil y Comercial en el art. 1910 no es la apropiada, porque no armoniza con lo que el mismo Código pauta en los arts. 358 y ss. [\(38\)](#).

La relación real es instrumental si el poder de hecho es ejercitado por un servidor de la posesión, quien hace las veces de "instrumento inteligente" [\(39\)](#) dirigido por quien ostenta un poder de hecho de grado superior [\(40\)](#).

IV. Posesión

El art. 1909 del Código Civil y Comercial preceptúa: "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".

La definición incluida en la norma es una transcripción del art. 1847 del Proyecto de 1998 y resulta superadora de la que realizaba el art. 2351 del Código Civil derogado: "Habrá 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".

La mención con respecto a la cosa de la "intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" generó una intensa polémica acerca de si ella apuntaba exclusivamente al derecho de dominio, o si la palabra "propiedad" resultaba abarcativa en este supuesto de otros derechos reales [\(41\)](#).

La posesión es el vehículo a través del cual se actúa fácticamente el contenido de la mayoría de los derechos reales regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ser titular de la relación real "posesión" es menester que el sujeto se comporte como lo haría el titular de alguno de los derechos reales que se ejercen por la posesión, aunque no lo sea. Ejercita la posesión tanto un dueño como un usurpador.

En consonancia con la terminología savigniana, seguida por el Derecho vigente, debe apreciarse que la posesión ha menester de la confluencia del corpus ("poder de hecho") y del animus ("comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no").

No necesariamente la posesión debe estar fundada en un derecho real, pues bien se puede ser poseedor sin un derecho real que lo sustente. Tal situación tendrá influencia en la categorización de su posesión como legítima o ilegítima, pero para nada influirá en la existencia de la posesión misma.

El ejercicio del poder de hecho que importa la posesión puede canalizarse por sí o por medio de otro. Cuando tal ejercicio se dé por medio de otro, se alumbrará, además de la posesión, otra relación real de diferente especie en cabeza de quien se encuentre ejerciendo el poder por el poseedor.

Cuando el art. 1909 refiere que el poder de hecho puede ejercerse "o por medio de otra" persona distinta a la del poseedor, no tiene en mira la idea de la representación, pues el objeto de la representación no puede recaer sobre hechos jurídicos que no encuadren como actos jurídicos (art. 358, Código Civil y Comercial). Aquí está en juego una delegación del poseedor del corpus respectivo, precisión que abordaremos en el punto siguiente.

V. Tenencia

El art. 1910 del Código Civil y Comercial norma: "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".

Creemos que es más adecuado aludir al tenedor como "delegado" y no como "representante" del poseedor, pues la representación supone que el representante pueda emitir manifestaciones de voluntad respecto de terceros que serán directamente atribuibles al representado (art. 359, Código Civil y Comercial), facultad que es absolutamente extraña al tenedor.

En la tenencia existe una delegación para el ejercicio del corpus.

El comportamiento que despliega el tenedor es como "delegado" de quien hace lo propio a la manera de un titular de un derecho real. Insistimos en que preferimos la designación "delegado", extraída de la fuente inmediata del artículo transcrito, el art. 1848 del Proyecto de 1998, porque resulta más técnica frente a las inconsistencias de la alusión a la "representación" en un ámbito donde no se efectúan manifestaciones de voluntad en nombre e interés ajeno.

No desconocemos que la noción de representación en esta materia aleteaba en el Código Civil derogado, esencialmente en el art. 2352: "El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho".

El reproche por la confusión que señalamos en el Código Civil y Comercial sería injusto extenderlo al Código Civil derogado, pues de hacerlo así habríamos olvidado que de su sanción transcurrió cerca de siglo y medio, y por entonces no estaba suficientemente plasmada la teoría de la representación, puesto que ya regía el Código de Vélez desde 1871 cuando en 1875 nació el reconocido sistematizador de dicha teoría: Josef Hupka [\(42\)](#).

Del mismo modo que con la posesión, la tenencia puede ejercerse "por sí o por medio de otra" persona, es decir que el art. 1910 prevé que la ejercite directamente el "tenedor" u "otro" por él, el que encuadrará como subtenedor y, aunque este último creyera que el tenedor era el verdadero poseedor. En la tenencia quien la ejercita se comporta como delegado del poseedor y, por ende, reconoce en otro la relación real de jerarquía superior: la posesión.

Bien puede haber tenencia sin ningún derecho personal que la sustente, así, quien usa y goza de un inmueble, pero reconociendo la titularidad del derecho real respectivo en otro, a la manera de locatario, pero sin que encuadre propiamente en esa calidad, porque no se constituyó ningún vínculo de esas características, es un tenedor que no se apoya en un derecho. Incluso el Código Civil derogado brindaba un ejemplo contundente de tal situación en el inc. 6º del art. 2462 acerca de que era tenedor "el que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro".

Acierta Molinario, sin poner en tela de juicio que la tenencia es una relación real esencialmente subordinada, cuando apunta que en ocasiones el tenedor exhibe "una cierta autonomía con relación a las cosas que tiene bajo

su tenencia (...) así el locatario respetando siempre la finalidad de la locación puede darle a una habitación destinada a dormitorio un uso de comedor diario o de biblioteca, etc.; el depositario puede cumplir en el depósito depositando las mercaderías donde él crea más conveniente..." (43).

Veremos a continuación que ni siquiera una mínima autonomía se le reconoce al "servidor de la posesión".

VI. Los llamados "servidores de la posesión"

El calificado como "servidor de la posesión" es según el art. 1911 del Código Civil y Comercial "quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad" (44).

La norma despierta observaciones.

En primer lugar, la denominación "servidores" parecería apuntar tan solo al titular de la relación real involucrada y no a la relación real en sí misma. Asimismo, la nominación a la que se acude desde el punto de vista semántico induciría a pensar que se trata de quienes sirven a la "posesión" de otro, cuando no es descartable que el sujeto se encuentre al "servicio" de otros poderes fácticos.

En cuanto al vínculo existente entre el "servidor" y el receptor de la actividad, apunta Martín Wolff que no media entre ellos igualdad jurídica sino que se encuentran "unidos por una relación social de autoridad y subordinación. No es la relación que media entre 'la prestación y la deuda', sino la que existe entre 'orden y obediencia'" (45).

Con la misma orientación, señala Legón: "no interesa (...) la apariencia, ni la autonomía (v.gr., director de una sucursal), ni la distancia (viajante del comercio), ni que la cosa pertenezca al mismo servidor de la posesión. Nada de todo esto, conjunta o separadamente, puede transformar la calificación jurídica que corresponde al servidor de la posesión" (46).

Por las consideraciones antedicha es compatible la terminología de "instrumentos de posesión" adoptada por Hedemann. Aprecian sus anotadores, Díez Pastor y González Enríquez: "Aunque la expresión 'servidor de la posesión' supone una versión más literal de la alemana 'Besitzdiener', y es además la más consagrada en nuestro idioma, parece preferible traducir 'instrumento de posesión', puesto que esta última expresión responde más exactamente que la primera al concepto vertido, en cuanto que este supone que una persona se vale de otra para ejercer su propia posesión, sin actividad posesoria alguna de la segunda, que, desde un punto de vista jurídico, tiene una posición meramente pasiva, de 'instrumento' en manos de otro" (47).

Con palabras de Molinario: "Podría decirse que, en estos supuestos, y sin que ello importe pretender atribuir al trabajo humano el carácter de mercancía, en el sector jurídico que nos ocupa 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. Así, la actividad del cuidador de una cosa (siempre que no medie contrato de depósito), constituye algo así como una parte de la cosa en virtud de la cual esta se autovigila o autodefende. El quehacer del cocinero se incorpora a los alimentos que prepara; como el del pinche que cocina queda adherido al estado que presentan los objetos una vez que se han limpiado..." (48).

Entendemos que la inflexión "quien utiliza una cosa" (art. 1911, Código Civil y Comercial) es análoga a la de "ejercicio de un poder de hecho", que impregna a los arts. 1909 y 1910 para la posesión y la tenencia, respectivamente.

Coincidimos con Molinario en que el servidor "carece de toda autonomía, pues no puede cambiar de lugar los muebles de la casa quinta cuya custodia ejerce; ni el empleado puede cambiar de lugar la mesa que le ha asignado su principal para que allí desarrolle su trabajo como mecanógrafo. El huésped de un hotel no puede cambiar la distribución de los muebles que están dentro de su habitación, etc. El chofer de la empresa no puede utilizar el camión que se le entrega para salir de picnic los días de fiesta, y cuando se trata de llevar los objetos de reparto, aun en defecto de orden expresa del recorrido que debe hacer, no lo puede hacer este en forma que resulte más dispendiosa para su principal, sino que debe ir adoptando el camino más corto" (49).

Media "relación de dependencia", noción que en el terreno de la materia civil exorbita la construida en el derecho laboral, pues la que nos ocupa tiene un alcance más amplio. Se presenta cuando una persona (dependiente) ejerce una actividad en función del interés de otro (principal), con el alcance instrumental de que hemos hecho mérito. Se encuentran en condición de dependientes desde los empleados calificados como tales en consecuencia de una relación laboral, los mandatarios y hasta las posiciones contractuales de quienes están en contacto con cosas pero la utilización de ellas está incidida por la injerencia de los que pueden impartir instrucciones al efecto, como el transportista con respecto al cargador (arts. 1296 y ss.), o el agente en su nexo con el empresario proponente (arts. 1479 y ss.), el franquiciado respecto del franquiciante (arts. 1512 y ss.), etc.

La "relación de servicio" surge cuando el que está subordinado en virtud de ella debe realizar determinada

actividad en favor de otro y en cuyo curso está sujeto a instrucciones de este último. Igualmente, ocurrirá en contratos como el de obra si el comitente se reservó la facultad de impartir instrucciones al contratista (arg. art. 1253, Código Civil y Comercial).

La "relación de hospedaje" nace cuando se entabla la relación física en razón del alojamiento concedido a título oneroso, si bien en principio se aplica al contrato de hospedaje u hotelería en lo que atañe al poder de hecho del viajero sobre el inmueble y su ajuar que le confiriera el hotelero, por extensión alcanza una órbita mucho mayor. El art. 1375, con la rúbrica "Establecimientos y locales asimilables", reza: "Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso".

La "relación de hospitalidad" es la que se genera cuando el poder físico sobre la cosa obedece a razones de amistad, asistencia, cortesía o altruismo, verbigracia, cuando la relación real que nos ocupa responde a un transporte benévolo, o a contactos nacidos con un inmueble y con las cosas colocadas en él en ocasión de invitaciones, reuniones, o agasajos, familiares o sociales, convocados por quien ostente un poder de hecho de rango superior (poseedor o tenedor) [\(50\)](#).

VII. Mera yuxtaposición

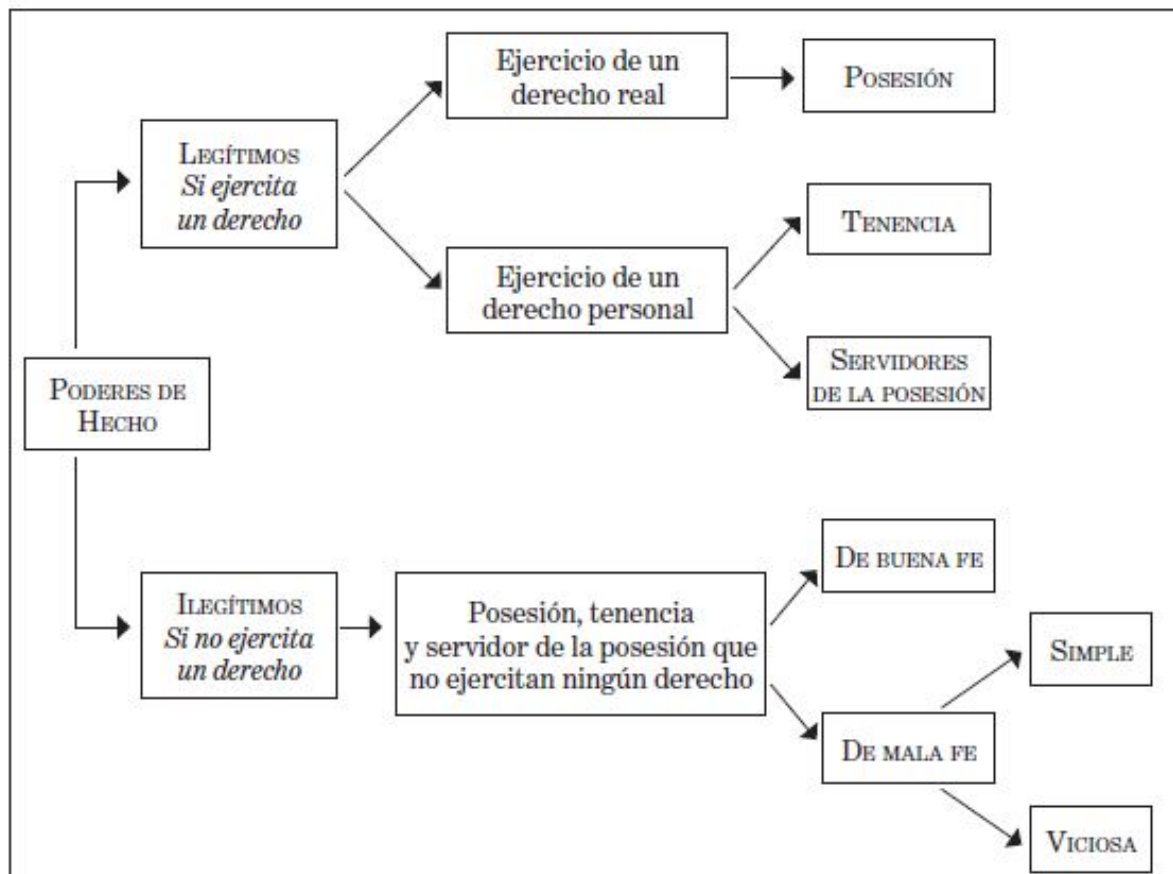
Existe una mera yuxtaposición cuando en virtud de las circunstancias no resultare posible el establecimiento de una relación real de carácter voluntario. Son aquellos supuestos en los que el titular de la relación real no tiene aptitud de querer o, directamente, no quiere.

Recordemos que el art. 1922 exige los requisitos de voluntariedad y capacidad: "Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, esta debe establecerse voluntariamente: a) por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años".

Las simples yuxtaposiciones muestran una relación física que no alcanza la jerarquía de corpus que, como expresión de un poder de hecho, califica tanto a la relación real voluntaria principal (posesión), como a las relaciones reales voluntarias subordinadas, ya la delegada (tenencia), ya la instrumental (servidores).

VIII. Clasificación de los poderes de hecho

VIII.1. Nuestra clasificación de las relaciones reales voluntarias (poderes de hecho)



VIII.2. Legítimos e ilegítimos

Los poderes de hecho son legítimos cuando importan el ejercicio de un derecho real, o personal, según los casos, "constituido de conformidad con las previsiones de la ley" (art. 1916, Código Civil y Comercial). Adviértase que tal legitimidad es presumida por la ley, admitiéndose prueba en contrario.

La posesión es extraña a los derechos personales, por tanto las relaciones reales que no importen posesión solo serán legítimas cuando se correspondan con el ejercicio de un derecho personal.

En definitiva, el poder de hecho legítimo es el que se entabla cuando el sujeto es también efectivamente titular, ya de un derecho real (poseedor), ya de un derecho personal (tenedor o servidor de la posesión).

El hecho puede escindirse del derecho.

Un poder de hecho será ilegítimo cuando se lo ejercita sin que sea la contrapartida de un derecho, ya real, ya personal.

La posesión, que siempre expresa el comportamiento a la manera de un titular de un derecho real, será ilegítima si quien así obra no es titular de un derecho real, verbigracia, si en el ámbito de las adquisiciones derivadas por actos entre vivos el poseedor carece de cualquiera de los elementos integrativos del título suficiente o del modo suficiente (acto jurídico con finalidad traslativa, forma legal, capacidad, legitimación).

La tenencia será ilegítima cuando quien ostenta el poder de hecho se comporta como si fuera titular de un derecho personal, pero sin serlo. Molinari Romero escenifica con esta descripción: "con frecuencia el intruso actúa como si fuese un locatario, las más de las veces como pretendiéndose cesionario de un locatario anterior: exige privada o judicialmente se reciban arriendos, se abstiene de todo acto privativo del poseedor (demoler edificios, alterar los límites del bien, modificar las construcciones, etc.) y a su vez tolera los actos posesorios de poseedor (reparaciones, visitas de inspección, colocación de anuncios de ventas, etc.), reconociendo a los sucesivos poseedores. Este es el caso de la tenencia ilegítima" (51).

Si el servidor de la posesión es quien, por ejemplo, ejerce su relación de hecho en virtud de un hospedaje, es fácil encontrar casos de supuestos servidores de la posesión que no son legítimos, pues no sostienen su poder de hecho en un derecho personal que los habilite al efecto; basta pensar en quien ingresa en una playa de acceso privado y procede como si se hospedara en el complejo hotelero para utilizar las instalaciones a las que no podría concurrir por tratarse de un intruso.

Un poder de hecho legítimo no admite subclasificaciones, desde que carecería de sentido toda referencia a la buena o mala fe cuando está en juego la titularidad de un derecho constituido con arreglo a las previsiones legales; en cambio, el poder de hecho ilegítimo permite distinguir, a su vez, las calidades de buena o mala fe, y a su vez, en este último caso, si la mala fe es simple o viciosa.

VIII.3. El caso del poseedor mediando boleto

Reflexión aparte merece la cuestión del poseedor mediando boleto. Interpretamos que si a tenor del art. 1916 la posesión es legítima cuando importa el ejercicio de un derecho real, y no existe ese derecho en el ámbito de las adquisiciones derivadas por actos entre vivos en materia inmobiliaria ante la ausencia de escritura pública (arts. 1892 y 1017, inc. a)], en el caso del poseedor por boleto la posesión no puede ser legítima.

Bastaría pensar que los derechos personales mediando boleto de compraventa no se ejercitan a través de la posesión a la que habitualmente se llega anticipadamente con el boleto, pues no existe correspondencia entre el derecho personal y un supuesto contenido de él consistente en la posesión al que iría unido. La posesión no es en ningún caso el ejercicio de un derecho personal porque no atañe a su contenido.

Si la posesión es legítima en la medida en que constituye el ejercicio de un derecho real, la "transmisión" de esa posesión que no sea acompañada por el traslado paralelo de la titularidad del derecho real, no puede ser más que una posesión ilegítima. Dada la ecuación: posesión legítima igual a posesión más ejercicio de derecho real, la "transmisión" de uno de los términos de un miembro de la ecuación (posesión) no reproduce el otro miembro de la igualdad (posesión legítima).

Interesa señalar que el criterio expuesto no envuelve motivaciones finalistas distintas con respecto a quienes no lo comparten, sino que están en juego precisiones de tipo técnico jurídico (52).

Calificar a una posesión como ilegítima no significa ni más ni menos que no constituye el ejercicio de un derecho real, sin ningún sentido peyorativo (53), máxime que esa posesión por regla va a ser de buena fe.

Efectivamente, el poseedor mediando boleto será regularmente de buena fe cuando "haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones", como lo declararon las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2011, celebradas en Tucumán. Esa idea parece haber inspirado al inc. a) del art.

1170 del Código Civil y Comercial.

Si la posesión legítima es la que importa el ejercicio de un derecho real, no puede ser legítima la que se reconoce que no envuelve el contenido de ningún derecho real [\(54\)](#).

VIII.4. De buena o mala fe

VIII.4.a. Conceptos generales

El art. 1918 del Código Civil y Comercial dispone: "El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad". El art. 1902 del Código Civil y Comercial en la misma dirección dice: "La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella".

La creencia en la legitimidad apunta, según ya lo expresara el art. 3716 del Esbozo de Freitas [\(55\)](#), a la existencia, calidad y validez del título, al modo de adquirir y al derecho del transmitente. La buena fe impone un convencimiento o creencia certera sobre su legitimidad.

La mala fe del sujeto del poder de hecho ilegítimo aparece ante la ausencia de alguno de los requisitos impuestos para que el poder de hecho ilegítimo sea de buena fe. Así, el titular de un poder de hecho ilegítimo será de mala fe cuando mediere error de derecho [\(56\)](#), o de hecho no excusable, o la persuasión en la legitimidad de su relación real fuera dubitativa.

No debe olvidarse que por imperio del art. 1919 del Código Civil y Comercial la buena fe se presume, salvo en los casos enumerados expresamente en él y que hacen presumir la mala fe [\(57\)](#).

El Código Civil y Comercial en el art. 1918 dispone que el error de hecho que provoca la creencia en la legitimidad debe ser esencial y excusable, o sea que tiene que ser inculpable, por haber existido razón para errar, descartando al error de derecho (art. 8º, Código Civil y Comercial). El sujeto de la relación real aun desplegando todas las diligencias necesarias, debe estar persuadido de su legitimidad.

Hemos dicho que el art. 1918 del Código Civil y Comercial, como también lo hizo el art. 427, mantiene la noción tradicional de excusabilidad del error del emisor de la manifestación de voluntad y que esa concepción contrasta con la idea recibida por los arts. 265 y 266 de la reconocibilidad del error por el destinatario o receptor de la manifestación de voluntad [\(58\)](#).

Con el muestrario apuntado, se genera el interrogante acerca de si en los casos especiales de los arts. 427 y 1918 la excusabilidad del errante es un requisito que se le suma a la reconocibilidad; si la excusabilidad es una excepción a la regla general que tiene en miras al errante; o si debe entenderse que allí basta tanto la reconocibilidad del destinatario como la excusabilidad del errante.

Nos inclinamos a pensar que los dos sistemas tienen ámbitos de vigencia distintos de donde correspondería concluir que el art. 1918 tiene en mira la excusabilidad del errante.

VIII.4.b. Momento de la calificación de la buena fe o mala fe

El art. 1920 del Código Civil y Comercial preceptúa: "La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder". Ello debe conglobarse con el texto del art. 1935: "La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos".

Lo que el segundo artículo transcrito predica literalmente solo para el poseedor, debe extenderse también al tenedor y al servidor de la posesión, pues de otra manera se incurriría en una incoherencia con el art. 1918 que alude genéricamente a la buena fe del "sujeto de la relación de poder", sin limitarse al poseedor.

A tenor de las normas en estudio, parecería que salvo en los supuestos de percepción de los frutos en los que se exige que la buena fe se renueve "en cada hecho de percepción", para los demás casos la relación real quedaría calificada como de buena fe en tanto ella existiera "al comienzo de la relación" [\(59\)](#).

Si se agudiza la atención ambas normas pueden armonizarse sin mayores esfuerzos.

Hay que tener en cuenta que cada adquisición de frutos implica una nueva adquisición. Si la adquisición fue de buena fe, la calidad del poder de hecho permanecerá invariable con ese carácter mientras no se produzca una nueva adquisición de frutos, o sea, que con ese alcance los arts. 1920 y 1935 son congruentes.

Clarifica la cuestión observar que cuando los frutos son separados de la cosa que los generó, desde ese momento ellos mismos son cosas principales (arg. arts. 229, 230 y 233, Código Civil y Comercial). Por ello, la percepción de un fruto importa el establecimiento de un nuevo poder de hecho y sobre otro objeto (art. 1934, inc. a), Código Civil y Comercial).

VIII.4.c. La calidad de la relación real sobre los frutos no responde a las reglas de la sucesión hereditaria

El art. 1935, refiriéndose a los frutos, establece hacia el final de su primer párrafo que "la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga solo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular".

El heredero continúa la relación real de su causante (arg. arts. 1901 y 2280, Código Civil y Comercial), pero como la adquisición de los frutos involucra una nueva relación real para ella no es aplicable dicha regla.

VIII.4.d. Independencia de las calidades de los distintos cotitulares en la relación real de sujeto plural

Ante la pluralidad de sujetos que se presenta en la comunión de una relación real, debe dilucidarse individualmente la calidad de cada uno de los cotitulares, sin que la calidad de uno incida sobre la de los otros titulares. Esta afirmación se corresponde con la independencia de cada uno de los poderes de hecho de los varios titulares en cuanto a la determinación de su buena o mala fe [\(60\)](#).

VIII.4.e. Invariabilidad de la calidad de la relación real

El art. 1920, in fine, del Código Civil y Comercial dispone que la calidad de buena o mala fe "permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición. No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio".

Lógicamente debe correlacionarse la determinación de la buena fe en la oportunidad de la adquisición de la relación real (arts. 1920 y 1935), con la presunción de que ella efectivamente es de buena fe (art. 1919).

La relación real presumida de buena fe persistirá con esa calidad mientras que no se pruebe lo contrario. Si la relación real nació con mala fe, ya simple o viciosa, así subsistirá hasta que exista un nuevo título de adquisición que sustente una calidad distinta. La fuente de adquisición podrá variar la calidad y de tal suerte si el nuevo título le otorgara el ejercicio de un derecho real o personal se convertirá en una relación real legítima, y si la relación real permaneciera como ilegítima, de todos modos la nueva fuente podrá encasillarla, ya como de buena fe, o perdurando como de mala fe, simple o viciosa.

El art. 1920, in fine, refiere que no siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe "se debe estar al día de la citación al juicio".

Reiteramos la idea de que en el sistema del Código Civil y Comercial es menester distinguir entre la adquisición de la relación real de la cosa principal y la adquisición de la relación real sobre los frutos, en su carácter de nuevas cosas.

De allí que la relación real sobre la cosa principal será de buena fe si se inició con esa calidad presumida y no medió una nueva fuente de adquisición expresiva de mala fe; en cambio, de mediar adquisiciones de frutos éstos podrán revelar episodios de mala fe, pues al momento de la percepción de ellos es cuando debe valorarse la calidad de la relación real, bien que para esas nuevas adquisiciones se aplique igualmente la presunción de la buena fe.

Si se parte de las bases expuestas, y de probarse la mala fe pero quedando indeterminada la fecha de su inicio, la pauta legal impone que deba estarse "al día de la citación al juicio".

Aunque a diferencia del Código Civil derogado (art. 2433) [\(61\)](#) y del Proyecto de 1998 (art. 1861), el Código Civil y Comercial guarda silencio acerca de una circunstancia significativa que debe presuponerse: la pauta indicada opera si el citado al juicio es finalmente el vencido y no cuando resulta victorioso.

Por esa razón era preferible la redacción que utilizaba el Proyecto de 1998 en su art. 1861: "La buena fe del titular vencido se extingue con su citación a juicio".

Si está de por medio un juicio no puede tratarse de cualquier articulación procesal, sino de una demanda de quien con uno u otro fundamento legal tenga derecho a reclamar la entrega total o parcial de la cosa sobre la que se aplica la relación real [\(62\)](#).

VIII.5. De mala fe viciosa

VIII.5.a. Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la "posesión viciosa"

El art. 1921 del Código Civil y Comercial, bajo el epígrafe "posesión viciosa" expresa: "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".

Para justificar el mantenimiento de la categoría de la posesión viciosa, se dice en los Fundamentos del

Anteproyecto del Código Civil y Comercial: "Con pequeñas modificaciones se han tomado las definiciones de posesión y tenencia del Proyecto de 1998, como también la calificación de las figuras, salvo que se restablece la subdivisión de la posesión en viciosa y no viciosa por sus importantes efectos jurídicos y para honrar adecuadamente el valor justicia. Es que el poseedor calificado como de mala fe por no haber realizado diligencias que le hubieran permitido conocer alguna carencia de su derecho, no puede ser equiparado a quien quebrantó intencionalmente la ley con violencia o cometiendo hurto".

Reiteradamente hemos procurado demostrar que la inesperada subsistencia de esta categoría carece de suficiente consistencia y con implicancias prácticamente estériles. Incluso afirmamos que puede y debe prescindirse de ella con ventaja para la clarificación y simplificación de la teoría de las relaciones reales, para contribuir a robustecer la seguridad jurídica.

No creemos que en el régimen existan importantes efectos jurídicos propios de la "posesión viciosa"; por el contrario, la diferencia de tratamiento con la posesión de simple mala fe se reduce a un supuesto especial, muy sofisticado, y cuyo tratamiento por el Código Civil derogado, que en ese aspecto se reproduce en el Código Civil y Comercial, mereció contundentes reproches: nos referimos al inusitado exceso de causalidad atribuible generado por consagrar la responsabilidad del vicioso incluso frente a la "destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución" (art. 1936, in fine, Código Civil y Comercial). Se trata de una ruptura de la regla de la causalidad adecuada en la que pone énfasis el Código Civil y Comercial, en su art. 1726 (63).

VIII.5.b. Extensión de la categoría a todos los poderes de hecho

Para aportarle racionalidad a la crítica metodología adoptada por el Código Civil y Comercial, debemos remontarnos a Vélez Sarsfield y al Proyecto de 1998.

El Codificador histórico introdujo la temática de la legitimidad o ilegitimidad exclusivamente para la posesión, y subdividió a esta última en atención a la buena o mala fe (simple o viciosa), en sus arts. 2355, 2356, 2364 y ss.

El Proyecto de 1998 modeló directrices en cuanto a la legitimidad o ilegitimidad, y en este último caso de la buena o mala fe, aplicables a todas relaciones reales que regulaba y excluyó de toda consideración a la eventual incidencia de los vicios, pues se los suprimía (arts. 1858 a 1862).

El Código Civil y Comercial reproduce en su art. 1916 el art. 1858 del Proyecto de 1998 y sienta en su primer párrafo la presunción de legitimidad de las relaciones reales y en el segundo asevera: "Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley".

El nuevo Código reitera la generalización para las distintas relaciones reales, por cierto que con la singular designación de "relación de poder", cuando en el art. 1917 proclama la innecesariedad de título; en el art. 1918 caracteriza a la buena fe; en el art. 1919 enuncia las presunciones de buena y mala fe; y en el art. 1920 preceptúa acerca de su determinación. Hasta aquí el Código Civil y Comercial fue armónico con el tratamiento global de las relaciones reales, tanto que las incluyó en el capítulo 1 del título II, denominado "Disposiciones generales".

Insistimos en que el Código Civil y Comercial mantuvo la idea de la generalización de las relaciones reales a la manera del Proyecto de 1998, pero intempestivamente en el art. 1921 pareció olvidar el sistema que coherentemente había propiciado hasta entonces, pues al retomar la rémora de los vicios los circunscribió al marco de la posesión, tanto es así que aquel artículo arranca con la rúbrica "posesión viciosa".

Importaría un injustificable pensamiento desviado pretender ceñir la problemática objetable de la mala fe viciosa únicamente a la posesión omitiendo la extensión natural a las otras relaciones reales voluntarias, sin discriminaciones.

Si no corresponde formular distinguos entre los diversos poderes de hecho para la categorización como legítimos o ilegítimos, o para la determinación de la buena o mala fe, sería una muestra de incongruencia interpretativa descartar la alternativa de los vicios en la tenencia y en los servidores de la posesión.

Luciría como antitética con una metodología asentada en una coherente ordenación la súbita aparición de una norma particular a determinada relación real, en el caso la posesión viciosa, cuando se las desarrolla a todas sin distinguos. Flaco favor se le hace a la posesión, que es la relación real que merece la mayor protección, cuando la contaminación metodológica la tiene solo a ella como víctima propiciatoria.

Si como mienta el art. 2° del Código Civil y Comercial "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras", la lectura de los arts. 2241 y 2242 con asiento en lo literal muestra que el legislador no vaciló al puntualizar en ambos que la acción de despojo o la acción de mantener legitiman activamente "a todo tenedor o

poseedor (...), aunque sea vicioso". Sin embargo, el Código en vigor aquí no es disonante, pues omite la mención de los servidores de la posesión porque a ellos no les otorga las llamadas "acciones posesorias", sino tan solo la "defensa extrajudicial" del art. 2240.

IX. Naturalezas jurídicas

IX.1. Enfoque tradicional. Su limitación de mira

La cuestión atinente a la naturaleza jurídica de las relaciones reales ha sido clásicamente tratada exclusivamente en torno a la posesión.

La doctrina clásica, tan influyente en los tiempos del Código Civil derogado, no ha sido pacífica acerca de si la posesión es un hecho o un derecho, y en su caso qué se entiende por hecho o de qué derecho se trataría.

Acaso desde el punto de vista metodológico, aunque los términos de las polémicas fueron presentados de la manera que antecede y allí las posturas dispares tenían argumentos sustentables para una u otra conclusión, nuestra mayor objeción estriba en que las disputas se ciñeron en general a la temática de la posesión sin poner el acento acerca de la naturaleza de las otras relaciones reales.

IX.2. Nueva polémica de Savigny con Ihering

En el sentir de Savigny: "es evidente que considerada en sí misma la posesión no es más que un simple hecho (...) ella es a la vez un hecho y un derecho: por sí misma, es un hecho; por sus consecuencias, ella se parece a un derecho" (64).

Ante las críticas que recibiera su opinión y aclarando que así lo hacía "con el propósito de reproducir con un poco más de detalle mi propia manera de ver...", enfatizó: "La posesión se nos presenta como la facultad puramente material de disponer de una cosa, facultad extraña, pero no contraria al derecho, un simple hecho sin carácter legal. Sin embargo, este hecho se encuentra protegido contra ciertas violaciones, y es en vista de esta protección que se han formulado reglas sobre la adquisición y pérdida de la posesión, todo como si tratara de un derecho" (65).

Acaso las dudas sobre la verdadera opinión de Savigny las haya desencadenado el propio autor cuando en el título §5 de su Tratado lo denominó: "La posesión es a la vez un derecho y un hecho" (66), porque en su criterio la posesión era un hecho, aunque generador de consecuencias jurídicas, o sea, un hecho jurídico.

Ihering puntualizó que la posesión es un derecho (67). Argumentó: "Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de derecho a la posesión (...) donde quiera que los hechos engendran consecuencias que la ley garantiza al interesado por medio de una acción especial, destinada exclusivamente a este fin, tales hechos los clasificamos (como generadores del derecho) bajo el nombre de derechos" (68).

Perfiló con elocuencia su pensamiento cuando aseveró: "En todos los demás derechos, y pueden citarse por vía de ejemplo como principales la propiedad y la obligación, el derecho se separa desde el momento en que ha nacido del hecho que lo ha engendrado (...). En la posesión, por el contrario, el mantenimiento de la relación de hecho es la condición del mantenimiento del derecho a la protección: el poseedor no tiene un derecho sino en cuanto, o mientras posee. En otros términos; en todos los demás derechos el hecho es la condición transitoria del derecho; en la posesión es la condición permanente (...). Así como la posesión se encuentra unida a la existencia del estado de hecho destinado a protegerla, así el derecho de personalidad está ligado a la existencia de la persona; nace y muere con ella: en este caso el hecho y el derecho concuerdan también concretamente" (69).

IX.3. Otra aproximación de sus conclusiones

Si se observan las construcciones de Savigny y de Ihering sobre la naturaleza de la posesión, la inferencia final tiene mucho de imprevista.

Para Savigny la posesión se trata de un hecho, pero sus consecuencias jurídicas la asemejan a un derecho, mientras que para Ihering dichas consecuencias deben leerse directamente como el alumbramiento de un derecho.

En definitiva, aunque parezca paradójico ambos coincidían en que la posesión era un hecho con consecuencias jurídicas, lisa y llanamente, un hecho jurídico; discrepaban sobre la entidad de las consecuencias, para Savigny la generación de consecuencias jurídicas no convertía a la posesión en derecho, bien que se asemejara a él, y para Ihering dichas consecuencias expresaban la existencia de un derecho, pues demostraban que había un interés digno de protección: un interés jurídicamente protegido, o sea, para él un derecho.

IX.4. Nuestra opinión

IX.4.a. Las relaciones reales voluntarias como hechos jurídicos

Todas las relaciones reales voluntarias son hechos jurídicos, pues generan, modifican o extinguen situaciones jurídicas (art. 257, Código Civil y Comercial).

Las relaciones reales, consistentes en la posesión, la tenencia y los servidores de la posesión, provocan dichos efectos jurídicos según sus peculiaridades y así tanto la posesión como la tenencia tienen protección a través de las acciones posesorias; la posesión da lugar a la usucapión; los servidores de la posesión cuentan con defensa extrajudicial. La unidad de fondo de todas estas relaciones reales se muestra en el capítulo 3: "Efectos de las relaciones de poder" del título II "Posesión y tenencia" del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial, pues todas ellas tienen un régimen común, verbigracia, en materia de derechos y deberes inherentes a las relaciones reales, de frutos, productos y mejoras, de responsabilidad por destrucción.

Si la relación real fuera legítima asumiría la naturaleza jurídica de un hecho jurídico humano voluntario lícito, en tanto importa, según los casos, el ejercicio de un derecho real o personal "constituido de conformidad con las previsiones de la ley" (art. 1919).

Distinto sería el escenario si nos encontráramos frente a una relación real ilegítima, ya que se trataría de un hecho jurídico humano voluntario ilícito. La "disconformidad" con el ordenamiento justifica su inclusión en la categoría mencionada. Correspondería aplicar aquí el concepto de ilicitud objetiva, que destaca la realización de actos contrarios a derecho independientemente de su subjetividad.

Si hasta en los supuestos de mala fe, aun con el agravante de ser viciosa, la posesión y la tenencia están armadas con las defensas judiciales llamadas acciones posesorias, no es porque sean hechos lícitos, ni conformen derechos, sino porque "protegiéndolas" se logra la finalidad superior que desalienta las vías de hecho. Incluso piénsese en el caso de la posesión de mala fe que impide la prescripción adquisitiva breve, pero que canaliza regularmente la prescripción adquisitiva larga. En definitiva, todo ello ocurre porque se procura satisfacer fines que trascienden a las relaciones reales consideradas en sí mismas.

IX.4.b. La relación real involuntaria como mero hecho

El caso de la mera yuxtaposición importa la existencia de un mero hecho al que el Código no le ha asignado ningún efecto jurídico concatenado con él.

No es dudoso que la relación material entre un demente y una cosa es algo perteneciente a la realidad fáctica, pero al no producir consecuencias jurídicas para el Código, es para este un mero hecho sin transcendencia jurídica. En efecto, si a esta situación que se genera entre un sujeto y una cosa, de modo no voluntario, la ley le asignara efectos, nos encontraríamos lisa y llanamente con un hecho jurídico. Pero el Código ha adoptado una actitud silenciosa en torno a esta figura, no solo acerca de sus efectos, sino sobre su misma existencia [\(70\)](#).

(1) SAVIGNY, Frédéric C., "Traité de la possession" en Droit romain, traduit de l'allemand par STAEDTLER, Henri, sur la septième édition originale publiée d'après les notes laissées par l'auteur et augmentée d'un appendice sur l'état actuel de la doctrine par RUDORFF, M. Ad. Fr., "Quatrième édition, revue et corrigée", DURAND, A., et Pedone-Lauriel, éditeurs, G. Pedone-Lauriel, successeur, Paris, 1893, p. 1.

(2) IHERING, Rodolfo, "La voluntad en la posesión", versión española de POSADA, Adolfo, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, p. 19.

(3) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, § 1, p. 4.

(4) Conf.: MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", cit., §1, p. 4; Dassen, Julio - Vera Villalobos, Enrique, "Manual de derechos reales", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1962, §19, p. 33; ALSINA ATIENZA, Dalmiro. A., "La acción policial, innominada, de manutención en la tenencia", LA LEY 119-1104 y Aequitas, nro. 6 vol. I, ps. 16 y ss., en nota 26; ALTERINI, Jorge H., "La locación y los derechos reales con función equivalente", Ed. Platense, La Plata, 1970.

(5) El art. 2189 del Proyecto de 1998 dispuso: "Defensa por propia autoridad. Nadie puede mantener o recuperar una relación real por su propia autoridad. Sin embargo, el titular de una relación real, incluso de una mera yuxtaposición, si es agredido en el uso, goce o disposición material de la cosa, o privado de ellos, puede por su propia autoridad repeler la agresión o restablecer la relación real, si actúa inmediatamente de producida la agresión y lo hace de manera razonable".

(6) Art. 1908 del Código Civil y Comercial: "Enumeración. Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia".

(7) Véase el punto I. 2. a).

(8) Véase la nota 70.

(9) SAVIGNY, Frédéric C. de, "Traité de la Possession" en Droit Romain, cit., ps. 187-188.

(10) ALLENDE, Guillermo L., "La posesión", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 12.

(11) Véase el punto II. 6. b).

(12) SAVIGNY, Frédéric C., "Traité de la Possession" en Droit Romain, cit., p. 88.

(13) Ibídem, ps. 88-89.

(14) Ibídem, p. 89, en nota 3.

(15) Ibídem, p. 89, en nota 1.

(16) Ibídem, p. 189. Véase el punto II. 6. b).

(17) IHERING, Rodolfo, "La voluntad en la posesión", cit., p. 60.

(18) Ibídem, ps. 192-193.

(19) Ibídem, p. 202.

(20) Ibídem, p. 206.

(21) Ibídem, p. 26: "El primer impulso hacía la formación de mi teoría, fue obra de la consideración de ciertos textos, que no podía conciliar con la doctrina dominante sobre la voluntad en la posesión, y a los cuales, al fin, hubieron de juntarse poco a poco, según iba distinguiéndose en mí la confianza en la exactitud de la indicada doctrina, todas las razones de que voy a servirme en este escrito para combatirla. Fueme, en verdad, difícil formular mi teoría de una manera positiva, aunque durante varios años le he dado una forma que, si bien se acercaba bastante a la verdad, sin embargo, tuve que abandonarla como totalmente inadecuada. Creía yo que lo que debía inclinar la balanza era la causa de la relación posesoria, por lo que en mis lecciones la denominaba como teoría de la causa (Causal-Theorie). A consecuencia de una lógica aplicación de este punto de vista, me veía obligado, para librar al demandante, en el posesorio, de la prueba de su causa possessionis, a acudir a una presunción procesal en favor de la posesión. La modificación que he introducido en mi teoría, y que puedo resumir en la sustitución de la función positiva atribuida a la causa possessionis, con la función negativa exclusión de la posesión mediante una causa detentionis me ha dispensado de acudir a este expediente".

(22) Hablamos de aproximación de sus conclusiones y no de la identificación de ellas, pues si bien el animus de Ihering se corresponde con el corpus de Savigny, cuando el sujeto de la relación real se comporta como titular de un derecho real y entabla una relación física con la cosa, que es el supuesto más generalizado, también podría configurarse el animus de aquel sin la relación física en hipótesis como la del pago de impuestos por quien no ocupa el inmueble.

(23) MOLINARI ROMERO, Pedro E., "Ideas para una revisión de la teoría posesoria", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 275.

(24) ALLENDE, Guillermo L., "La posesión", cit., ps. 24-25.

(25) Por un lado, el art. 2384 del Código Civil derogado, que según una autorizada doctrina importaba una presunción de posesión, y por el otro, por el principio de la inmutabilidad de la causa de la relación real, consagrado por el art. 2353 del Código Civil derogado.

(26) IHERING, Rodolfo, "La voluntad en la posesión", cit., p. 35.

(27) IHERING, Rodolfo, "La voluntad en la posesión", cit., p. 36: "No cabe distinguir de una manera más clara la relación posesoria y la mera relación de lugar; el contacto corporal, aunque sea inmediato, cuando tal contacto se verifica sin conocimiento y sin voluntad, por parte de la persona no produce la posesión. El mero conocer no basta aún para este efecto. Por eso mismo es por lo que el derecho romano no concede la posesión a las personas sin voluntad, (incapaces), sin examinar si puede admitirse en ellas el conocimiento; conocer no es querer, por lo que se exige también la voluntad. El prisionero cubierto con cadenas, toca y ve sus cadenas; sabe que está sujeto por ellas; pero antes que decir que las posee, más bien cabe afirmar que las cadenas lo poseen a él. La relación exterior con la cosa debe ser querida; la relación posesoria, es la obra, el hecho de la voluntad".

(28) Véase el punto II. 5.

(29) Tal expresión era utilizada por el art. 2351 del Código Civil derogado: "Habrá 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".

(30) ALLENDE, Guillermo L., "La posesión", cit., p. 11.

(31) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981, 2ª ed., p. 118.

(32) SAVIGNY, Frédéric C., "Traité de la Possession" en Droit Romain, cit., p. 193.

(33) Ibídem, p. 206.

(34) Ibídem, p. 208.

(35) Ibídem, p. 206.

(36) Ibídem, ps. 209-210.

(37) Véase el punto II. 6. b).

(38) Véase el punto V.

(39) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil. Derecho de bienes", Librería Bosch, Barcelona, 1977, volumen primero, p. 41.

(40) Véase el punto VI.

(41) No había duda alguna de que el derecho real de dominio se ejercitaba a través de la posesión y la gran mayoría de la doctrina también admitía que ese instituto se aplicaba al ejercicio de los poderes de hecho por los condóminos, donde aparecía la coposesión. En cambio, las posturas no eran concordantes en torno a los demás derechos reales. La cuestión se remonta al debate en torno a la existencia en nuestro derecho de la llamada "cuasiposesión", o "posesión de derechos" y no de cosas. Si bien el art. 2351 definía a la posesión aludiendo "al ejercicio de un derecho de propiedad", para Allende el vocablo "propiedad" era utilizado en un sentido amplio y no como sinónimo de dominio, y por tanto alcanzaba a otros derechos reales. De cualquier modo, el precepto que con mayor elocuencia colocaba al Código derogado, al igual que Freitas, entre los modernos que desecharon la cuasiposesión, era el art. 2355, que al caracterizar a la posesión legítima la configuraba como "el ejercicio de un derecho real...", de donde extraíamos que la posesión legítima no era necesariamente el correlato de hecho del dominio, o la coposesión legítima del condominio, sino también el contenido de otros derechos reales (usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis). Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor — ALTERINI, Jorge H., "Tratado de los derechos reales", con la colaboración especial de ALTERINI, Ignacio E., Eds. La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. I, §193 bis y §193 ter, ps. 304 y ss.

(42) Véase su obra "Die Vollmacht", Leipzig, 1900. Véase, también, la traducción de SANCHO SERAL, Luis, "La representación voluntaria en los negocios jurídicos", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

(43) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", 2ª ed., cit., ps. 214-215.

(44) Enunciaremos algunos de los Códigos principales que en el derecho comparado adoptan sin hesitación al instituto de los "servidores de la posesión". El art. 855 del Cód. Civil alemán preceptúa: "Si alguien ejerce el poder de hecho sobre una cosa por otro, en casa de este, en su industria, o con motivo de una relación análoga, en virtud de la cual reciba instrucciones relativas a la cosa de ese otro, este último solo es poseedor". El art. 793 del Código Civil del Distrito Federal de México de 1928 regla: "Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de este en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor". El Código Civil de Paraguay de 1987, en su art. 1910, determina que: "No será considerado poseedor el que ejerciere en una casa o establecimiento industrial de otra persona y para ella, el poder físico sobre aquella, o estuviere sometido en virtud de relaciones de dependencia a cumplir instrucciones de la misma respecto de la cosa". El art. 897 del Código Civil peruano de 1984, bajo el epígrafe "servidor de la posesión", prevé: "No es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto de otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas". El Código Civil de Brasil de 2002, en su art. 1198, establece: "Considérase detentador aquel que, encontrándose en relación de dependencia para con otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes o instrucciones suyas".

(45) "Es indiferente: 1. Si el servidor de la posesión ejerce el poder por sí solo (director de una sucursal, operario que trabaja en su propia casa, viajante con un muestrario de su jefe, aunque sea muy grande la distancia local), o si lo ejerce al lado del dueño (criado, dependiente de la tienda, jardinero). 2. Si la relación del servidor de la posesión es una relación de cortesía o favor o si se apoya en un derecho (derecho público, de familia o de contratación). 3. Si la relación de dependencia es fácilmente visible (criado) o si no se manifiesta exteriormente, como sucede en las posiciones de algunos directores de sucursales o del marido que presta su ayuda en el negocio propiedad de su mujer, y los muchos que pueden ser tomados por el dueño del negocio. 4. Si la cosa pertenece al poseedor o a otro; puede incluso pertenecer al mismo servidor de la posesión (...). 5. Indiferente es también la duración temporal de la relación de dependencia" (véase WOLFF, Martín, "Derecho de las cosas", en ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor — WOLFF, Martín, Tratado de derecho civil, traducido de la 32ª edición alemana y anotado por PÉREZ GONZÁLEZ, Blas — ALGUER, José, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, t.

III-1, ps. 33-34). Conformes con las enseñanzas de la escuela alemana: LAFAILLE, Héctor, en LAFAILLE, Héctor — ALTERINI, Jorge H., "Tratado de los derechos reales", cit., §209, p. 326; PEÑA GUZMÁN, Luis A., "Derecho civil. Derechos reales.", Tipográfica Ed. Argentina, Buenos Aires, 1973, t. I, §158, ps. 232-233.

(46) LEGÓN, Fernando, "Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma", Editorial Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1940, t. I, p. 184.

(47) HEDEMANN, J. W., "Derechos reales", versión española y notas de DIEZ PASTOR, José L. — GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 56.

(48) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", 2ª ed., cit., p. 214.

(49) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", 2ª ed., cit., p. 215.

(50) El Código Civil y Comercial alude a uno de los múltiples de ejemplos de "invitados" en los arts. 2081 y 2083, en orden a los conjuntos inmobiliarios en sentido estricto. Art. 2081: "Gastos y contribuciones. Los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares". Art. 2083: "Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios".

(51) MOLINARI ROMERO, Pedro E., "Ideas para una revisión de la teoría posesoria", cit., p. 264.

(52) Hemos propiciado una máxima protección del poseedor mediando boleto, no obstante no dudar de que era un poseedor ilegítimo en: GATTI, Edmundo — ALTERINI, Jorge H., "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1973.

(53) Véase ALTERINI, Jorge H., en LLAMBÍAS, Jorge J. — ALTERINI, Jorge H., "Código Civil anotado", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV-A, ps. 87-88.

(54) Conf. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., "Derechos reales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, 2ª ed., t. I, p. 194. En contra: KIPER, Claudio, "Tratado de los derechos reales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, p. 126; MARIANI DE VIDAL, Marina — ABELLA, Adriana, "Derechos reales en el Código Civil y Comercial", Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 74. Comp. COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. IX (dir. del tomo: COSSARI, Nelson G. A.), p. 273, en nota 138.

(55) Fuente del art. 2356 del Código Civil derogado y antecedente mediato del art. 1918 del Código Civil y Comercial.

(56) El Código de Perú de 1984 (art. 906) y el de Paraguay de 1987 (art. 1917), admiten expresamente la buena fe del poseedor aunque medie error de derecho.

(57) Art. 1919 del Código Civil y Comercial: "Presunción de buena fe. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario. La mala fe se presume en los siguientes casos: a) cuando el título es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona".

(58) ALTERINI, Jorge H. — ALTERINI, Ignacio E. en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. II (director del tomo: TOBÍAS, José W.), ps. 244-245.

(59) Esta aparente diferencia de régimen era explicada por Vélez, en su nota al art. 2358 del Código Civil derogado, en estos términos: "En la prescripción basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición. La razón es, que la prescripción para adquirir, reposa sobre la posesión, es decir, sobre un estado de cosas permanente, cuyo carácter se determina en general de una manera invariable. Al contrario, cuando se trata de la posesión para la adquisición de frutos, porque tal adquisición reposa sobre una percepción hecha de buena fe, cada acto de percepción constituye un hecho aislado, cuyo carácter es independiente de las percepciones anteriores". De la nota de Vélez parecería inferirse que su preocupación fundamental fue "contraponer" el distinto tratamiento de la buena fe en el caso de la prescripción adquisitiva corta (posesión durante 10 años con

justo título y buena fe) y en la percepción de frutos.

(60) El Código Civil derogado recibió el razonable criterio mencionado a través de una norma expresa, el art. 2359: "Cuando dos o más personas poseyeran en común una cosa, cada una de ellas responderá de la buena o mala fe de su posesión".

(61) Art. 2433 del Código Civil derogado: "El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. El no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito".

(62) Si bien el deber de entregar la cosa a quien la reclama implicará satisfacer un deber de restitución, excepcionalmente podría presentarse el débito de la entrega que no coincida con el débito de la restitución, así cuando la entrega debe ser cumplimentada en favor de un cesionario de una acción restitutoria.

(63) Las cuestiones atinentes a la posesión viciosa fueron desarrolladas con detenimiento en los siguientes aportes, a los que enviamos al lector, para no prolongar el presente: ALTERINI, Jorge H., "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa", Academia Nacional de Derecho, 2004 (marzo); ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", Academia Nacional de Derecho, 2012 (septiembre), 1; LA LEY 2012-E, 898; ALTERINI, Jorge H. — ALTERINI, Ignacio E., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. IX (dir. del tomo: COSSARI, Nelson G. A.), p. 281.

(64) SAVIGNY, Frédéric C., "Traité de la Possession" en Droit Romain, cit., p. 21

(65) *Ibidem*, p. 33

(66) *Ibidem*, p. 20.

(67) El Anteproyecto de 1954 enumeró a "la posesión" como el primero de los derechos reales incluidos en la nómina del art. 1437.

(68) IHERING, Rodolfo, "Estudios jurídicos. La posesión", traducción directa del alemán por GONZÁLEZ POSADA, Adolfo, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1974, ps. 190 y 192.

(69) *Ibidem*, ps. 193-194.

(70) Se plantea el interrogante de si la defensa extrajudicial puede ser ejercitada solo por los únicos a los que alude el art. 2240: el poseedor, el tenedor y los servidores de la posesión, o también por víctimas titulares de otras relaciones reales, a las que siempre se quiso proteger, en sus personas y en sus derechos, incluso extrajudicialmente, frente a conductas ilegítimas de terceros. El Proyecto de 1998 eliminaba toda incertidumbre al pronunciarse expresamente con respecto a que tenía defensa extrajudicial "el titular de una relación real, incluso de una mera yuxtaposición" (art. 2189) y tenía peculiar importancia esa solución dado que era el único efecto que el Proyecto adjudicaba a aquella relación real involuntaria, con la convicción de era ineludible hacerlo. La omisión en la que incurre el Código Civil y Comercial es incoherente con la fundamentación que formula para justificar la defensa extrajudicial de las relaciones reales voluntarias (posesión, tenencia y servidores): "Debe mantenerse incólume el bien superior de la defensa humana frente a la ilicitud de la actitud del agresor, siempre que la razonabilidad y proporción de la respuesta sea la adecuada a la provocación por vía de hecho". Para salvar la apuntada incoherencia normativa del Código Civil y Comercial, creemos conveniente acudir —para sustentar la legitimación amplia por la que nos decidimos— al régimen de la legítima defensa incluido entre las causales que eliminan la antijuridicidad por justificar la comisión del daño. El art. 1718 predica: "Está justificado el hecho que causa un daño: (...) b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada". Con esa norma el titular de la mera yuxtaposición podrá defenderse con la finalidad de que se mantenga y hasta, en su caso, que se reintegre la cosa inmediatamente luego de haber sido privado de ella. No es técnicamente una defensa de la relación real mera yuxtaposición, sino de la persona que es sujeto de ella.