Estudio de las relaciones de poder (concepto, naturaleza jurídica y clasificación). IJ Editores

Primera parte

Pablo María Corna [1]

I. Introducción [arriba]

El análisis a realizar constituye uno de los temas más importante de los Derechos Reales. Puede decir sin temor a exagerar que el estudioso que lo comprenda no tendrá ninguna dificultad en la comprensión de las diversas especies de los derechos reales y en el sistema de tutela de las acciones reales y el abogado gozara de una gran ventaja en la práctica forense tribunalicia. No en balde advertía Savigny de las quejas que profesaban los autores ante la complejidad de los interrogantes presentados [3].

Las relaciones reales, como también se denominan, explican la relación material de un sujeto con una cosa, como ella puede ser afectada por actos materiales y jurídicos por el poseedor o el tenedor.

La potestad que implica la noción de derecho real se cristaliza a través de la posesión. En tal sentido, se torna común referirse a esta relación de poder como el contenido o ejercicio de los derechos reales, salvo situaciones especiales, como la hipoteca. En efecto, se caracteriza esta garantía real en atención a que el propietario del inmueble mantiene la cosa en su poder.

Esta breve introducción permite explicar el motivo de la ubicación del estudio de las relaciones reales en la Parte General de Derecho Civil IV: forman junto con la ponderación del título suficiente y modo suficiente la columna vertebral de la enseñanza de los derechos reales.

El orden de ideas apuntado ha conducido a que adoptáramos el método de realizar una investigación sobre las relaciones de poder, dividido en una serie de artículos. Ésta que se presenta es la primera de todas ellas.

II. Metodología [arriba]

El enfoque a realizar comprende diversos ámbitos de las relaciones de poder:

1.- Concepto.

2.- Naturaleza jurídica.-

3.- Adquisición de la relación de poder.

4.- Conservación de la relación real.

5.- Extinción de la relación de poder.

6.- Análisis de las especies.

7.- Defensa de la relación real (ámbito posesorio)

III. Concepto [arriba]

Prima facie, sería el vínculo que se establece entre una persona y una cosa que permite el ejercicio de ciertos actos y la tutela ante ataques que la alteran.

Se torna conveniente recurrir a la noción que brindó Alberto Domingo Molinario, doctrinario argentino que se dedicó con más afán a su análisis: “Entendemos por relación real, instantánea o estable, existente entre una persona y un bien, instituida de acuerdo o - en contra – de lo dispuesto por la ley, o que resulta ser absolutamente indiferente a ésta; así como también la que se establece en forma abstracta y que se traduce en un conjunto de requisitos exigidos por aquélla, sea para conceder a las relaciones reales concretas ciertos efectos, o para identificarlas y clasificarlas” [4].

Sin perjuicio de que la definición transcripta contiene elementos propios de su pensamiento, debemos destacar que:

1.- Los extremos de la relación jurídica son un sujeto, ya sea persona humana, ya sea persona jurídica, y un bien, que es usualmente una cosa. Coincide en esto con el objeto de los derechos reales.

2.- La relación de poder puede durar un instante como resulta el caso de tomar con la mano una fruta y consumirla o prolongarse en el tiempo, el locatario que usa y goza de la cosa arrendada.

3.- La relación real puede ser adquirida mediante mecanismos absolutamente legales, - verbigracia, la posesión legitima implica la adquisición de un derecho real – como contrarios al ordenamiento jurídico, como la hipótesis de usurpación.

4.- La relación de poder en peligro merece tutela, inclusive cuando el autor de la agresión sea el dueño de la cosa.

IV. Designación [arriba]

Se ha empleado la alocución “relación de poder” para referirse a las figuras en estudio. Se ha fundamentado en el Anteproyecto que: "Se la ha preferido antes que el término relaciones reales que utiliza el Proyecto de 1998, por ser éste demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas. Aparte, es equívoca porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos relación real para significar derecho real, por oposición a relación personal en vez de derecho personal".

Sin perjuicio de ello, cabe admitir que la terminología relación real había adquirido carta de ciudadanía en la doctrina. Autores de la talla de Jorge Horacio Alterini [5] y Marina Mariana de Vidal recurrían a su uso sin ningún tipo de conflicto.

Se constata el mismo temperamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

Concluimos que la terminología relación de poder se torna susceptible de equívocos: la tenencia se encuentra subordinada al verdadero poder que implica la posesión y los servidores de la posesión no ejercen poder alguno al ser meros yuxtaposeedores.

V. Estructura [arriba]

Conforma una de las páginas más apasionadas de discusión en la historia del derecho. Maestro y alumno se enfrentaron, arguyendo y confrontando, acerca de la esencia de las relaciones reales, a partir de los textos romanos que se enseñaban en Alemania.

Nos referimos a la disputa entablada por Savigny e Ihering.

Predica de Savigny

Cumplió un deseo que aspiran todos los juristas: adquisición de prestigio en una edad temprana merced a su monografía de la posesión romana. Fue un viajero que estudiaba los vestigios del pasado; no hay que olvidar que se lo estima como uno de los padres fundadores del derecho internacional privado.

El edificio de sus ideas se construyó en torno al animus domini, que consistía en la intención de ejercer el derecho de propiedad [6].

Cuando el detentador actuaba invocando el derecho de propiedad ajeno no podía ser calificado de poseedor. Por el contrario, el que ejercía el derecho de propiedad para sí, denotaba tal relación de poder, desconociendo en otra persona un mejor derecho. Ello explica que en los textos de estudio se explicite que el animus possidendi savigniano resulta ser un animus domini: “o puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior a él por tener mejor fundadas sus pretensiones. No requiere más que este animus possidendi: de ningún modo es necesario que haya opinión de quien era realmente propietario y éste es el motivo para que la posesión competa lo mismo al ladrón o al salteador que al verdadero propietario, y por tanto éste como aquéllos se oponen al arrendatario que no tiene posesión y que no considera la cosa como suya" [7].

La posesión para esta tesitura se estructuraba en base a una detención (corpus) y en la voluntad de poseer (animus) que significa la intención de comportarse como el propietario de la cosa, y, consecuentemente, no reconocer en otro un derecho más extenso. Integran tal elenco el verdadero dueño, la persona que intenta usucapir, el usurpador y el ladrón.

Sin embargo, Savigny se encontró con un escollo de difícil análisis en su análisis de los textos romanos. Estos señalaban como poseedores al enfiteuta, al superficiario, al acreedor prendario y al precarista, situaciones que se admite el derecho de dominio en cabeza de otro sujeto. A fin de conciliar sus ideas, se vio obligado a admitir que existía cierto tipo de poseedores que no detentan a animus domini, sino que revisten tal calidad merced a la posesión originaria de otras personas.

En consecuencia, constató que había una posesión original y otra derivada. Tal es el origen de la metodología legislativa del derecho alemán, que Bibiloni quiso reproducir en su Anteproyecto y se tornara motivo de acerba crítica por parte del Maestro Guillermo Allende en su ensayo “De la Posesión”, cuya lectura recomendamos conjuntamente con la de su otra obra manga, “Panorama de los Derechos Reales”.

En la actualidad, no existe discrepancia en que todos los casos ponderados por Savigny son realmente supuestos de posesión. Se torna ardua tarea defender la postura de la posesión media o derivada de la cual los mismos autores alemanes se obligaron a hablar de espiritualización del concepto.

Predica de Ihering

Resulta uno de los espíritus más originales en la historia del derecho. La lectura de sus obras deja entrever la vitalidad del autor, un alma apasionada. Pocos juristas tienen la gracia de dejar esa impresión, hacer suya la lucha por el derecho y sus ideas. Paradójicamente, también el derecho argentino en el ámbito de los derechos reales, gozó de dos autores de tales características, que se inclinaron por puntos de vistas disimiles: Alberto Domingo Molinario y Guillermo Lorenzo Allende.

También, adoptó una postura de honestidad intelectual, rasgo poco común. Cuando se le indicó que muchas de sus ideas acerca de la finalidad coincidían con las de Santo Tomás de Aquino, expresó que si hubiese leído la Suma Teológica, habría escrito menos acerca de ellas.

Volviendo al tema de análisis, Ihering requiere solamente la relación material con la cosa, adicionado con un mínimo de voluntad. No se torna indispensable analizar en profundidad en los diversos estados de ánimo del poseedor en atención a que los conceptos teóricos no resultan demasiados eficaces a nivel probatorio.

Es suficiente basarse en la experiencia: el curso natural de las cosas señala que la persona que detenta una cosa es un poseedor. Ab initio se lo debe tratar así. El verdadero propietario podrá acreditar que el otro reviste la calidad de tenedor.

Tal orden de ideas justifica predicar la presunción de la posesión.

Pero, ¿cómo se determina la tenencia? Demostrando los supuestos legales que otorgan tal relación de poder, verbigracia, el contrato de locación, de comodato, etc.

La preocupación de Ihering es legítima. Trataba de evitar la cuestión de la prueba diabólica de la posesión.

Formulas matemáticas

Atendiendo a los conceptos expresados, el mismo Ihering recurre al lenguaje de las matemáticas para expresar las diferencias con su maestro. Actitud que también adoptó Alberto Domingo Molinario en el siglo XX pero cuyo estudio atañe realizar en otro artículo que requiere de una mayor profundidad, merced a la complejidad del pensamiento del citado doctrinario argentino.

Empleo de los términos según Ihering:

- x: posesión.

- y: tenencia.

- c: corpus.

- a: animus que debe tener también el tenedor de la teoría subjetiva.

- a: elemento de más que añade la teoría objetiva.

- n: disposición de la ley que, de acuerdo a la teoría objetiva, niega la posesión en ciertas situaciones.

Para la corriente savigniana, la formula consistiría en

x = a + a + c

y = a + c

A equivaldría al ánimus domini

En cambio, las ideas de Ihering serían representas:

x = a + c

y= a + c — n

En la primer formula habría que demostrar el animus domini y en la segunda habría que indicar la disposición legal que califique a la relación real como tenencia.

Conviene remitir a las palabras del propio Ihering: “Veamos esas fórmulas un poco más cerca. Las dos teorías toman como base las condiciones necesarias, según su común sentir, para toda relación posesoria: esto es: a + c. Lo que hay aquí, según la teoría objetiva, es que la reunión de esas condiciones, engendra ya la posesión, mientras que, según la subjetiva, no engendra más que la tenencia. Según ambas, la descomposición de la acción posesoria, en posesión y en tenencia, resulta de la unión de otro elemento. Según la una, es éste un factor negativo: - n; según la otra, es positivo: + a. La primera tiene por punto de partida la posesión; la segunda, la tenencia; para aquélla, la adición del elemento diferencial cambia la posesión en tenencia, la relación posesoria desciende del grado en que se encontraba en un principio: para ésta, la detención es la que se convierte en posesión, la relación posesoria sube del grado inferior, la tenencia se eleva así a posesión. El movimiento dialéctico de la noción de posesión es, por tanto, diametralmente opuesto en ambas teorías; en uno se produce de abajo arriba, de lo menos a lo más; en el otro de arriba abajo, de lo más a lo menos”º[8]..

Derecho argentino

Si bien hubo ensayos acerca de la conveniencia de adoptar la tesitura de Ihering, la tradición jurídica local se ha inclinado por preferir las ideas de Savigny, sobretodo desde que Allende escribiera su obrita “De la posesión” donde califica al primero como mal juez respecto a su maestro.

El animus domini presenta importancia en el ámbito de los derechos reales. Podemos señalar dos:

1.- Percepción de frutos: el poseedor de buena fe que no es el verdadero propietario los hace suyo cuando los adquiere entendiendo que reviste la calidad de dueño.

2.- Prescripción adquisitiva: se torna necesario demostrar la voluntad de poseer durante cierto período de tiempo en aras de adquirir determinado derecho real.

Tanto el Código Civil pergeñado por Dalmacio Vélez Sarsfield como el actual ordenamiento jurídico se adhieren a la predica subjetiva.

VI. Eespecies [arriba]

El artículo 1908 se encarga de señalar que: “Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”. Lamentablemente, ha omitido mencionar a la yuxtaposición, relación real de menor intensidad, es cierto, pero que ocurre en la realidad.

Reiteramos: el elenco de las relaciones reales se encuentra constituido por la posesión, la tenencia y la yuxtaposesión. Queda para más adelante determinar si los servidores de la posesión que hace referencia el artículo 1911 encuadran en algunas de ellas o conforman una categoría autónoma.

VI.A.- YUXTAPOSICIÓN

En palabras sencillas, es el contacto físico que tiene una persona con una cosa sin que se manifieste cierta dosis de intención de comportarse como si fuera el verdadero propietario o reconocer en otro tal carácter.

Tradicionalmente se explicaba que radicaba en el contacto de lugar sin voluntad relevante. Se ilustraba en el derecho romano bajo la figura de la persona dormida que se le alcanzaba un objeto, ejemplo sugerido por Paulo. Ihering, a su vez, recurría a la imagen del preso encadenado: éste no quería las cadenas, sino que las cadenas en cierta manera lo poseían al sujetarlo [9].

En la actualidad, se concuerda que el yuxtaposeedor conoce y manifiesta esa voluntad de contacto con la cosa. Esta esfera mínima volutiva se torna necesaria para relacionarse con la cosa, el corpus.

Se ha tratado de justificar en los Fundamentos del Anteproyecto la inutilidad de su regulación legal: “"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".

No obstante lo aseverado, los supuestos de yuxtaposesión no se limitan a los casos de personas dormidas o con grilletes. La cotidianidad de la vida social exhibe ejemplos muy frecuentes: pasajero de colectivo sentado en un asiento o alumno de un colegio secundario en un pupitre.

Tales sujetos, sin duda, gozarán de la defensa extrajudicial que hace referencia el artículo 2240.

VI.B.- POSESIÓN

Origen

Para algunos su origen etimológico radica en la palabra sedere que significa sentarse, estar sentado y del prefijo pos que indica la idea de establecerse o estar establecido. Podría rastrearse un similar origen en las lenguas germánicas por la alocución “sitzen”, que habría originado en el derecho francés la terminología saisane.

Resultó conocida en el derecho romano. Explica Cossari que: “se refería a tres situaciones posibles: 1) La simple tenencia o detentación desprovista de específica protección jurídica; 2) Una situación de poder sobre la cosa protegida por interdictos; 3) Una situación de señorío de hecho sobre una cosa, que además de la protección interdictal podía trocarse en propiedad en virtud de la usucapión”[10].

También, en el derecho germánico, irrumpió la posesión bajo la figura de la geware. Presenta una configuración distinta a su homónima romana. Se caracterizó por: “1) No hay separación entre posesión y detentación y se puede tener la misma sin ánimo de dueño; 2) Se aplica indistintamente a cosas y derechos; 3) Sobre muebles es siempre una Gewere real incompatible con la existencia de otra sobre la misma cosa[11]”.

Aplicaron los germanos criterios generales dependiendo del objeto: detentación en la cosa mueble, goce en los inmueble y ejercicio en los derechos constituían las notas que permitían afirmar que alguien poseía un puro señorío. Se estimaba que era transmisible inter vivos y mortis causa.

Concepto

De acuerdo al artículo 1909 se configura 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.

Se enfatiza su no necesaria relación con un derecho real pues, en ciertas situaciones, el poseedor no necesariamente será un titular de una potestad jurídica de tal idiosincrasia, como es el ejemplo del usurpador.

Se ha mejorado la definición velezana del artículo 2351 del Código Civil: "cuando una persona por sí o por otro tenga una cosa bajo su poder con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

En vez de ponerse el quid de la cuestión en el elemento animus, se ha enfocado la construcción del concepto posesorio en base al corpus, al comportamiento que exhibe el sujeto relacionándose sobre la cosa. Las ideas savignianas subsisten en el actual ordenamiento pero han recogido las observaciones que les realizara Ihering: la actuación externa del sujeto indicará que clase de derecho real aspira a ejercer, tornándose el aspecto probatoria un elemento decisivo.

En caso de duda, se presume la posesión (artículo 1911).

Funciones

Cabe señalar:

1.- CONTENIDO DE UN DERECHO REAL

Resultaría el sustrato material del ejercicio de un derecho real. Vélez Sarsfield para enfatizar esta noción la describió como un elemento de ellos, quizás de manera excesiva, en la nota al Libro Tercero del Código Civil derogado que él proyectó.

Se concreta en tres manifestaciones, ius fruendi, utendi y abutendi se da en función de ella, que se dan en su plenitud en el dominio. Los demás derechos reales se tornan exhibiciones de alguno de estos aspectos; tal fenómeno la doctrina clásica lo describió con el nombre de la plasticidad del dominio.

2.- PRESUPUESTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Se torna un corolario de la función anterior. De lo contrario, el derecho real sería una cascara vacía, no gozaría de contenido. Ello explica que debamos analizar cuidadosamente la tradición.

Se aplica tanto para los modos de adquisición originarios y derivativos. Más aún, se destaca notablemente en la prescripción adquisitiva en donde el ejercicio de la posesión a través del tiempo justifica el nacimiento de un derecho real. Constatamos que la posesión actúa con diferentes grados en el mecanismo de constitución de un derecho real.

3.- FUNDAMENTO DE DEFENSA

En atención a que la posesión resulta una relación real relacionada con un derecho de esa índole, se erige como fundamento de tutela. No se torna posible aseverar que es el único en orden a que se ha ampliado la legitimación activa de la defensa posesoria y extrajudicial.

4.- FUNCIÓN PUBLICITARIA

Permite a conocer un estado de hecho acerca si una persona ejerce una relación de señorío sobre una cosa.

Resulta insuficiente en materia de inmuebles. Tal circunstancia ha hecho que sea necesario la inscripción del título suficiente en los registros de la propiedad para proyectar su oponibilidad a terceros interesados.

Elementos

Se acepta de manera uniforme:

1.- CORPUS

Radica en la relación de señorío de hecho sobre una cosa. Originariamente se requirió el contacto material. Tal rigurosidad se flexibilizo en el transcurso del tiempo, el mismo Savigny admitió la posibilidad de dejar una cosa en un inmueble para adquirir la posesión y el dominio en atención que tal bien ingresa dentro de la esfera de disponibilidad del sujeto.

Implica la facultad de realizar sobre la cosa una gama de actos materiales y jurídicos, inclusive los más extremos, como los de demolición y consumación.

Se requiere capacidad y cierto nivel volitivo, que no equivale al animus. Los dos primeros se tornan productos de ser la posesión un acto humano.

2.- ANIMUS

Consistiría en la intención cristalizada en hechos exteriores de ejercer algún derecho real. Usualmente se constata a través de la realización de actos posesorios que da razón el 1928.

Naturaleza jurídica

Nuevamente encontramos las divergencias de opiniones entre Savigny e Ihering.

El primero califica a la posesión como un hecho. Pothier así lo había considerado y la doctrina que realizó la exegesis del Código Civil napoleónico compartió la misma tesitura (Windscheid, Bonfante, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Planiol, Ripert, Picard).

Le adicionaba la cualidad “jurídico”. Hecho por originarse en circunstancias originales y jurídico por acarrear consecuencias de esa índole.

Ihering no compartió las ideas de su maestro. Consideró que constituía un derecho real perfecto, autónomo e independiente.

La elocuencia de su discípulo, obligo a Savigny a ahondar en su pensamiento. A partir de la sexta edición de su Tratado, continuó aseverando la condición de hecho jurídico, pero admitió que la posesión resultaba un derecho por las consecuencias legales que conlleva.

Emplazó a esa relación real dentro del ámbito de las obligaciones en atención a que su menoscabo implica un ataque a la personalidad del titular. Provocaba el nacimiento de una responsabilidad ex lege.

Rasgo que hay que destacar. Savigny nunca quiso polemizar con Ihering, solamente modificó su Tratado, consignado algunas notas breves sobre tal relación.

Las ideas de Ihering tuvieron adeptos en el siglo XX. Por ejemplo, Castan Tobeñas sostuvo que era un supuesto de derecho real particular.

DERECHO ARGENTINO

Alberto Domingo Molinario admitió la posibilidad que la relación real pudiese ser tanto un hecho, tal como la posesión ilegitima, como un derecho, verbigracia, posesión legítima. Se explica la posibilidad expresada merced a su sistema complejo de relaciones reales, cuyo estudio, como hemos anteriormente recalcado, corresponde a la realización de estudios superiores [12].

Simplificando la cuestión, pero con el rigor científico que lo caracteriza, Jorge Horacio Alterini ha ponderado que: 1.- Posesión legitima: hecho humano voluntario lícito que observado desde la estructura de los derechos reales hace a su contenido. 2.- Posesión ilegitima de mala fe: hecho humano voluntario ilícito. Se aspira a prohibir las vías de hecho. Se trataría de un supuesto de ilicitud subjetiva. 3.- Posesión ilegítima de buena fe: un hecho humano voluntario ilícito. Sin embargo, como hay razón para errar, se califica de ilicitud objetiva. La diferencia tonalidad de actuar contrario al ordenamiento jurídico de la hipótesis 2 y 3 explica el motivo de mayor tutela al poseedor de buena fe.

Posesión inmediata y mediata

Hemos hecho alguna mención a tales figuras cuando expusimos las opiniones de Savigny e Ihering. Conviene practicar alguna definición al respecto, aunque sean ajenas a la tradición jurídica argentina.

La primera es aquella por la cual el sujeto se encuentra en relación directa con la cosa.

La segunda implica que una persona detenta esa relación real a través de la posesión de otra persona. Existe entre ambas un vínculo jurídico. Por ejemplo, en el usufructo,el titular de la nuda propiedad sería poseedor mediato y el usufructuario inmediato.

No resulta prudente emplear figuras que duplican las cuestiones interpretativas.

Cuasiposesión

Se refiere a aquella relación real cuyo titular se comportase como si fuese el verdadero propietario de un derecho subjetivo.

Se discute la manera de su uso en el derecho romano. Se advierte en la época de Justiniano que se conocía la dicotomía entre posesión y cuasiposesión.

La figura se inspiró en aras de deslindar las facultades de goce que implican los derechos reales de disfrute frente al dominio. Verbigracia, el usufructuario era cuasiposeedor y el nudo propietario poseedor.

Molinario fue el autor argentino dentro de la línea clásica que con mayor intensidad predicó la existencia de la cuasiposesión, llegando a aseverar inclusive su aplicación a las alícuotas del condominio y a la hipoteca.

Sin embargo, ha prevalecido la opinión contraria: existe posesión en los derechos reales propíos y parcialmente propios y se las niega para aquéllos en los cuales no se ejerce esa relación real. Destacamos que quien introdujera esa línea de pensamiento, Guillermo Allende, había admitido la presencia residual de la cuasiposesión en los usufructos de créditos.

En el Código Civil de cuño velezano la cuestión acerca de la incorporación de la cuasiposesión resultaba objeto de opiniones no coincidentes en atención al artículo 3961[13] y la nota al artículo 2400 [14]. No se reproduce tal discusión en el actual ante la tajante definición del artículo 1909 sobre la posesión.

Ius possessionis e ius possidendi

Antes de empezar el análisis del concepto de tenencia conviene explicitar las nociones del acápite.

El derecho de la posesión (ius possessionis) significa la posesión efectiva, ya adquirida, independientemente que se encuentre respaldada por un título.

El derecho a la posesión (ius possidendi) implica la posibilidad de acceder a una posesión merced a un título, sin que se ello equivalga a que ya se encuentre ejerciendo esa relación real. Se tiene derecho a solicitar su adquisición pero no denota inexorablemente que el sujeto ya detente la cosa. Se encuentra vinculado a un derecho real determinado por lo conlleva a ser titular de una posesión legítima.

VI.C.- TENENCIA

Concepto

Ha sido caracterizada por el artículo 1910 como “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”. Se ha reproducido con escasas variaciones la estructura que proponía el artículo 1848 del Proyecto de Código Civil de 1998.

La nota peculiar de la tenencia radica en que se reconoce en otra la posesión. El tenedor más que un representante se torna un delegado del poseedor en merito a que no puede por su manifestación de voluntad atribuirle consecuencias jurídicas aquél[15].

Se ha hecho hincapié en la conducta externa del titular de la relación de poder más que en su intención, como hacían los artículos 2351[16] y 2461 [17] del Código Civil.

Estructura

Aplicando los conceptos clásicos, el tenedor goza del corpus, detentación de la cosa, pero carece del animus, intención de ejercer un derecho real.

En realidad recae sobre el tenedor una delegación en el ejercicio del corpus.

Clasificación

Cabe reconocer diversas especies de acuerdo al planteamiento que inicialmente realizara Ihering:

1.- TENENCIA ABSOLUTA

Implica que ninguna persona goza de la posesión. Tal era el supuesto en el derecho romano de la res extracommercium.

Se torna posible calificar en ese sentido en la actualidad a los bienes que integran el dominio estatal, provincial y municipal. Verbigracia, respecto al primero, los bienes resultan inenajenables, inembargables e imprescriptibles, estando legitimadas las personas a proceder a su uso y goce.

Proyecta su virtualidad en las relaciones reales de derecho administrativo que la doctrina a partir de las enseñanzas de Alberto Molinario comenzó a ponderar.

Hay distintas modalidades:

1.- Uso común: ejercido por todas las personas dentro de los parámetros que determine la legislación (artículo 237[18]). Encontramos en este elenco, por ejemplo, el empleo de las vías terrestres.

Presenta como características:

- Igualdad: no se torna menester obtener autorización administrativa previa.

- Gratuidad: sin embargo, existen situaciones excepcionales, como el caso de peaje.

- Igualdad: no debe erigirse privilegios ni preferencias.

- Sine die: mientras dura el bien público, subsisten las características referidas. Como los bienes no son eternos, no conviene usar el concepto de perpetuo.

El particular puede tutelar estos bienes mediante la interposición de recursos administrativos internos y si se conculca alguna garantía constitucional, se torna posible recurrir al recurso extraordinario. No se encuentra legitimado a ejercer acciones posesorias y petitorias.

2.- Uso especial: a diferencia del supuesto analizado anteriormente, su ejercicio recae sobre la persona que ha obtenido tal facultad cumpliendo los requisitos que exige el ordenamiento jurídico respectivo. Dada la nota particular del usuario, se requiere el dictado de un acto administrativo.

Encontramos al permiso de uso, por el cual el Estado concede tal posibilidad de manera precaria, susceptible de revocación sin que se genere por ello indemnización alguna, y la concesión de uso, un verdadero contrato administrativo y para quienes lo aceptan un derecho real administrativo de goce.

El permisionario goza de tutela contra actos arbitrarios que provoque el Estado. En el supuesto de privados se ha admitido que cabe que les reclame los daños ocasionados y que interponga las pertinentes acciones posesorias.

El concesionario se encuentra amparado por el artículo 17[19] de la Constitución Nacional. En consecuencia se le brinda una mayor protección que al permisionario. Por ejemplo, si resulta revocado su derecho subjetivo, debe ser indemnizado. Si es atacado por el Estado por vías administrativas, puede recurrir a los recursos de esa índole, intentar la acción resarcitoria e inclusive la petitoria, y por vías de hecho, resulta el ejercicio de las acciones posesorias. Las vías indemnizatorias, posesorias y petitorias, también, se tornan posibles de ser aplicadas en el supuesto de agresión de particulares.

2.- TENENCIARELATIVA

Se reconoce en otro sujeto el ejercicio de la posesión. El tenedor se comporta como un delegado del posesor quién conserva su relación real a través de aquél.

Se torna criterio habitual deslindar a la tenencia relativa en dos especies:

1.- Tenencia relativa interesada: se caracteriza en orden a que el tenedor obtiene un beneficio de la cosa, como consecuencia de un derecho creditorio. Los ejemplos por excelencia se encuentran en el locatario y comodatario, cuya condición se adquiere por un contrato a título oneroso y a título gratuito, respectivamente. El Código Civil indicaba esta figura en su artículo 2462, inciso 1, como: “"Los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal a tener la cosa, como el locatario o comodatario".

2.- Tenencia relativa desinteresada: por el contrario, no se le es atribuido el tenedor provecho alguno. Sin embargo, goza de la facultad de percibir una remuneración por el cuidado de la cosa, si así lo han pactado o lo dispone la ley. El ejemplo más cabal radica en el depósito, que no resulta necesariamente gratuito.

La doctrina señala como hipótesis de esta categoría los siguientes casos del artículo 2462 del Código de Vélez: “: Los que poseyeren en nombre de otro sin derecho a tener la cosa, como el depositario, el mandatario o cualquier representante; inc. 3º: El que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor a nombre del adquirente; inc. 4º: El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario, acabado el usufructo, o el acreedor anticresista; inc. 5º: El que continúa en poseer la cosa después de la sentencia que anulase su título, o que le negase el derecho de poseerla; e inc. 6º: El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”.

VI.D.- SERVIDORES DE LA POSESIÓN

Resta analizar esta relación real que ofrece como novedad el Código Civil y Comercial y que fuera combatida con todas sus energías por Guillermo Allende.

Son, explica el artículo 1911, segunda parte, quienes utilizan una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad.

Su origen se encuentra en el derecho alemán que ha destinado el artículo § 875 del BGB para su regulación.

Denota cierta relación de subordinación por el cual el servidor debe obedecer las instrucciones del poseedor. En cierta manera, se desdibuja su figura pues se lo conceptúa como un instrumento en el ejercicio de la posesión. Se emplean los vocablos orden y obediencia para ilustrar las características del instituto.

Se les concede en el actual ordenamiento la defensa extrajudicial, tutelar por vías de hecho razonables y proporcionales el corpus (artículo 2240 [20]).

En rigor de verdad tales situaciones constituyen supuestos de yuxtaposición, en su mayoría, conciente, de acuerdo a la terminología que propusiera en su tiempo Alberto Domingo Molinario.

VII. Sujeto [arriba]

Al realizarse la explicación de los conceptos en este artículo se ha tomado como base la existencia de un solo titular debido a que facilita la labor expositiva.

No se presenta ningún prurito para que concurran varios sujetos: estamos en presencia de coposesión, cotenencia, y hilando más fino, sub posesión y sub tenencia.

¿Qué ocurre con las alícuotas, por ejemplo, del condominio? Técnicamente, como son partes abstractas, no materiales, no pueden ser objeto de posesión. Ella se ejerce sobre la totalidad de la cosa en condominio.

La existencia de las alícuotas se explica merced a la necesidad de medir la participación de los cotitulares en su derecho real. La naturaleza de la posesión radica en un hecho con consecuencias jurídicas. La calidad apuntada indica que no admite subdivisiones materiales.

Esta carencia de distinguir adecuadamente entre el ámbito posesorio y del derecho real ha conducido a equívocos a los primeros comentaristas del Código Civil que quisieron un sistema romanista de las cuotas partes a las relaciones de poder. Es más, cabe hablar de coposesión sin ningún derecho real que lo respalde.

Por el contrario, se torna posible hablar en cierto sentido de divisibilidad en la posesión cuando dentro de una cosa su esfera de actuación se reduce a una parte material determina de ella. Recurriendo al antiguo artículo 2405 del Código Civil, es dable aseverar: “Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo".

Si la cosa es divisible como un campo, resulta posible que un sujeto ejerce la posesión sobre una fracción determinada de terreno y otro por el sobrante. Aquí, nos situaríamos frente a dos poseedores.

Si ellos mismos detentasen el corpus de toda la cosa, habría que referirse como coposeedores.

En las cosas indivisibles naturales no puede hablarse de tales posibilidades.

Las nociones que se estudiaron en Obligaciones respecto a aquéllas divisibles e indivisibles en atención a la circunstancia del fraccionamiento de la prestación deben refrescarse y aplicarse con las adaptaciones que la materia de los Derechos Reales exija.

Es de lamentar que no se haya reproducido en el actual cuerpo de derecho común la presunción iuris tantum que preveía el artículo 1854 del Proyecto de Código Civil: “"La relación real ejercida sobre una parte material de la cosa, se extiende a su totalidad, salvo que sobre otra parte de ella se ejerza una relación real excluyente de igual o superior especie".

Quíd de la concurrencia de posesiones

En el acápite anterior hemos basado la exposición en coposesiones de la misma naturaleza que admiten su interacción conjunta.

¿Pero ocurre con las relaciones reales que se excluyen? Se aplica la regla que consigna el actual artículo 1913[21]: No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder con tales características.

¿Cómo saber si es una y otra? Sencillamente, analizando las relaciones de poder involucradas. Por ejemplo, no hay obstáculo alguno que se ejerza posesión por un sujeto y la tenencia por otro, si éste último reconoce que su relación real deriva de la primera.

No cabe reproducir la misma aseveración si dos sujetos aspiran a detentar a título de dueño el mismo inmueble en su totalidad. Debe primar una de las dos posesiones en orden a que sus pretensiones resultan excluyentes.

Se aplica el orden de ideas expuesto en la hipótesis de parte material determinada de una cosa.

VIII. Objeto [arriba]

Debe tratarse de una cosa determinada. Así lo establece de manera imperativa el artículo 1912, primera parte.

¿Por qué exigir la calidad de determinada? Sencillamente, pues, el poder de hecho debe ceñirse a un objeto material específico [22]. Existe la posibilidad que la posesión se extienda tanto a la totalidad de la cosa como, también, a una parte material determinada de ella.

No se ha hecho ninguna mención respecto a la necesidad que sean cosas ubicadas dentro del comercio jurídico. Aquí se ha apartado de la metodología de Vélez Sarsfield, que recurrió a las nociones romanistas que difieren de los conceptos actuales, en base al siguiente orden de ideas: “"En lo tocante al objeto no se requiere que la cosa esté en el comercio, pues son asimismo objeto del derecho real, las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa y aquellas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar".

Hay que tener presente que las cosas absolutamente no enajenables no resultan objeto de posesión o tenencia relativa, tal como es la hipótesis de los bienes públicos. Hemos explicado que cabe que sean objeto de tenencia absoluta.

Por lo demás, resulta necesario descartar la posibilidad de que los bienes inmateriales en sentido estricto constituyan asiento de la posesión.

IX. Presunciones [arriba]

El Código Civil y Comercial contiene tres presunciones respecto a:

Relación real

Había señalado correctamente Ihering que la prueba del animus domini savigniano se tornaba muy difícil, se transformaba en una prueba diabólica.

El artículo 1911, primera parte, consigna una presunción iuris tantum: “es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa”.

La calidad iuris tantum de la presunción implica que se admita la prueba en contraria. Solución correcta atento a infinidad de circunstancias que pueden presentarse. Verbigracia, en muchas ocasiones, el tenedor se comporta como si fuese el verdadero propietario. El inquilino mirado de la perspectiva de un observador que desconoce la causa fuente de su relación real podría concebir sin problema que es el dueño del bien arrendado.

La materia de prueba radica en el poder de hecho, no ha de olvidarse. La tarea de demostración se refiere al corpus. Asentado este extremo, el animus se presume.

La labor de acreditar otra relación de poder recae sobre el adversario.

Se ha adoptado el camino que indicara el artículo 1849 del Proyecto de Código Civil de 1998. Apuntamos que esa respuesta a nivel de presunción había sido defendida con la elocuencia que siempre lo caracterizó por Ihering.

Título

En el supuesto de que la causa fuente de la relación real se tratase de un título, se ha establecido dos presunciones respecto al contenido del mismo en el artículo 1914:

1.- El comienzo de la relación real se inicia en la fecha consignada en el título. Su antecedente finca en el artículo 4003 del Código Civil que rezaba: "Se presume que el poseedor actual, que presente en apoyo de su posesión un título traslativo de propiedad, ha poseído desde la fecha del título, si no se probare lo contrario".

2.- La extensión de la relación resulta ser como fuera determinada en el título. Se ha recogido la solución normativa que brindaba el artículo 2411 [23] del Código hoy derogado.

Sendas presunciones son iuris tantum: es decir, se admite la prueba en contrario.

En muchas ocasiones al poseedor será útil exhibir el título por las consecuencias en materia de presunciones que conlleva esa actitud. Sin embargo, no se encuentra obligado a hacerlo.|

X. Interversión [arriba]

¿Cómo puede ocurrir que el poseedor pase a ocupar el rol de tenedor? De manera más amplía, ¿se torna posible modificar la causa de la detentación? Tales preguntas son las que debemos responder.

Fácilmente se deduce la postura afirmativa. Pero nos apresuramos en aclarar que hay que extremar los recaudos, por lo que se requiere la realización de actos materiales dirigidos a ese fin.

Principio de la inmutabilidad de la causa

Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Tal regla se encuentra consignada en el artículo 1915, primera parte.

La causa detentionis no puede modificarse a instancias solamente de voluntad interna del sujeto que no llega a materializarse. Tal intención nunca puede ser aprehendida por los integrantes de la comunidad en atención a su intrascendencia. Los romanos habían acuñado el siguiente aforismo: “nemine sibi causam posessionis mutare potest”.

En este sentido se explica perfectamente las aplicaciones prácticas que contenía el artículo 2353[24] del Código Civil: “…El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario".

En aras de obtener la modificación de la causa de la relación real se torna menester realizar actos materiales.

Interversión

Resulta posible alterar la causa de la relación real en la medida que se traduzcan en hechos materiales que denoten tal modificación del anímus. Los actos deben reunir la calidad de manifiestos e indubitables, trasuntando una contradicción o rechazo con la relación real anterior.

Verbigracia, la posesión se pierde cuando quien la detenta en nombre de otro realiza actos que implican la privación de la posesión de aquél y el comienzo de una nueva a su nombre[25].

Con mayor técnica legislativa el artículo 1857 del Proyecto de Código Civil rezaba que: “"Se puede intervertir la especie de la relación real por una de entidad superior (...) por la realización de actos materiales que excluyan al anterior titular" [26].

Aseveramos la superioridad del mentado Proyecto pues es un supuesto de interversión el poseedor de menor entidad al estilo del usufructuario que comienza a poseer a título de dueño.

XI. Legitimidad e ilegitimidad de las relaciones de poder [arriba]

Se ha dedicado algunos preceptos que reglen el tema del acápite pues en algunas ocasiones el sujeto ejercerá un derecho real y en otras pensará que lo hace motivado por circunstancias de hecho excusable.

Encontramos, entonces, dos grandes grupos

Relaciones reales legitimas

Son aquéllas que han sido constituidas de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento jurídico. Su consecuencia radica en originar un derecho real o un derecho personal, según sea el supuesto específico.

El artículo 1916[27], primera parte, consagra una presunción iuris tantum de legitimidad: admite prueba en contrario.

El Código Civil no contenía norma similar. Sin embargo, cierto sector de la doctrina concluía en la existencia de la presunción apuntada.

Debe recordarse que el artículo 1911 establece una presunción de posesión. Es decir, que en caso de duda, debemos inclinarnos por calificar al hecho con consecuencias jurídicas como posesión legítima.

En este sentido, esta última significa relación real con derecho de poseer, se ejerce un derecho real. Se requiere, consecuentemente, que se haya cumplido con los requisitos de título suficiente y modo suficiente.

La legitimidad recae también sobre le tenencia. Caracteriza a la presunción en estudio del Código Civil y Comercial su generalidad.

Se ha estimado prudente no establecer calificación alguna respecto al comprador de boleto, tal como lo hacía el agregado al artículo 2355 del Código Civil por la ley 17.711: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa".

No cabe dudas que el comprador por boleto no puede ser considerado poseedor legitimo en orden a que carece de título suficiente. Sin perjuicio, si es de buena fe, se merece que reciba cierto grado de tutela por parte del ordenamiento jurídico, verbigracia, al estilo del artículo 1170[28].

Relaciones reales ilegítimas

Por el contrario, son aquéllas cuya formación no ha respetado las pautas del ordenamiento jurídico. Define el artículo 1916, segunda parte, que: “Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”.

Verbigracia, cabe recordar el artículo 2355 del Código Civil para ilustrar acerca de la posesión ilegitima. Ella nace si se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

Conviene profundizar diversos matices de este tipo de relaciones de poder:

1.- CONCEPTO DE BUENA FE

Se erige como un tema de vital importancia en las relaciones ilegítimas pues aquellas personas que en virtud de errores de hecho excusable creyeron ser verdaderos dueños, por ejemplo, recibirán una mayor tutela.

Dispone el artículo 1918 que 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.

Se emplea una definición negativa: ignorancia no culpable de la detentación ilegitima de una cosa o el desconocimiento de la inexistencia de un derecho real, a pesar de haber adoptado una conducta diligente.

El artículo 1918, última parte, indica:

- Se trata del error de hecho atento que el artículo 8[29] excluye el de derecho.

- Debe haberse extremado los cuidados y diligencias para evitar el equívoco. No olvidemos que estamos en presencia del error excusable.

- Recae sobre aspectos sustanciales e importantes, tal como calidad del título, legitimidad del tradens, etc (error esencial).

- Hace también a la buena el actuar con diligencia, así lo dispone el artículo 1902 del código civil y comercial última parte al disponer: Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial. Hoy es obligatorio sin duda alguna, el estudio de títulos en las cosas muebles e inmuebles registrables.

Hubiese sidopreferible por su claridad haber adoptado la formula plasmada en el artículo 1860 del Proyecto de Código Civil de 1998: “La buena fe consiste en no haber conocido ni podido conocer, que se carecía de derecho a la relación real".

Sin lugar a dudas la buena fe es un principio cardinal que se irradia en todo el derecho. Así tenemos distintas aplicaciones de la misma, tanto en el derecho procesal, en el derecho laboral, en el derecho comercial, y dentro del derecho civil tenemos una buena fe en los derechos reales. Aunque se la clasifique a la buena fe como objetiva o subjetiva, se basa en un principio unívoco; los romanos lo señalaban principalmente como vivir honestamente o no dañar a otro, hoy sostenemos que se basa enel principio de la ética[30].

2.- PRESUNCIONES

Atendiendo a que las personas se desarrollan normalmente de manera lícita pues de lo contrario no existiría la posibilidad de un mínimo de concordia social se establece una presunción de buena fe en las relaciones reales ilegítimas iuris tantum (artículo 1919, primera parte). En realidad, todo el ordenamiento jurídico reposa sobre la presunción de probidad de las personas.

Sin embargo, el legislador ha considerado prudente establecer la regla en contrario, la presunción de mala fe (artículo 1919, segunda parte).

a.- Título manifiestamente nulo: No se ha definido en todo el articulado del Código Civil y Comercial el sentido de nulidad manifiesta. Conviene recordar que en el régimen anterior el artículo 1038 del Código Civil disponía que se configuraba esa situación cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad y el artículo 4009 señalaba que el "vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor".

Se centraliza en la figura de un detentador que no ha analizado en la extensión debida su título. Tal idea refuerza la importancia del estudio de ellos en materia de transmisión inmobiliaria.

Se tornaría preferible suprimirle el aditamento de “manifiesto” como lo hiciera el Proyecto de Código Civil de 1998.

b.- Adquisición de una persona (tradens) que normalmente no lo hace y carece habitualmente de los medios para hacerlo: la presunción que construye en base a que ordinariamente la diligencia debida y la experiencia obligan al accipiens a desconfiar de la legitimidad de la relación del poder del sujeto que practica la tradición. Por ejemplo, difícilmente un trapito pueda transferir eficazmente la propiedad de un reloj de oro.

c.- Diseño que recae sobre ganado marcado o señalado: se lleva a cabo la identificación del dominio en tales animales a través de los diseños y marcas. Como para asegurarse de la veracidad de la transacción se torna menester recurrir a los registros, el adquirente no podrá excusarse en su buena fe, si así no lo hubiese hecho.

En este estado del estudio, nos conviene centrarnos en ciertos puntos:

3.- DETERMINACIÓN DE LA CUALIDAD DE SUJETO EN LAS RELACIONES REALES ILEGÍTIMAS Y SUBSISTENCIA

Tal tema se determina ponderando el comportamiento del sujeto al momento de iniciarse su relación con la cosa. Comienza estableciendo el artículo 1920 que: “La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder”.

Tal calidad subsiste a menos que haya ocurrido una nueva causal de adquisición al estilo de la intervención del título (artículo 1920, segunda parte).

Resulta útil repetirlo: si el sujeto es de buena fe y luego conoce los defectos del título, pero no sucede un nuevo motivo de adquisición de una relación real, mantiene intacta su calidad inicial, a pesar de su saber posterior.

Igual regla se aplica a los de mala fe, a menos que acontezca una nueva causal de adquisición: verbigracia, el usurpador celebra con el verdadero dueño un boleto de compraventa.

Los glosadores habían acuñado el aforisma “máxima mala fides superveniens non nocet” con la finalidad de describir la situación.

La solución adoptada presenta raíces romanas. Tesitura rechaza por el Código Civil francés que erigió el conocimiento de los defectos como hipótesis de cese de la buena fe [31].

En nuestro derecho argentino cesa esa convicción de haber actuado legítimamente con la notificación de la demanda de reivindicación ejercida por el verdadero propietario. Así debe interpretarse la confusa redacción del artículo 1920, segunda parte, del Código Civil.

El análisis del artículo 1935 que versa sobre la adquisición de frutos lo reservamos para un artículo posterior.

4.- POSESIÓN VICIOSA

Es aquella posesión de mala fe que ha sido adquirida a través de alguna de las circunstancias que el Código Civil y Comercial describe como vicios. Se contrapone a la posesión de mala fe simple.

Atañe de manera exclusiva a esta relación real en atención a que la idea de vicios se torna extraño en el campo de la tenencia.

Había sido eliminada como categoría en el Proyecto de Código Civil de 1998 en base a la doctrina predicada por muchos años por Jorge Horacio Alterini. Se consignó en sus fundamentos que: “Los vicios que Vélez Sarsfield regula para la posesión, fueron suprimidos en el Proyecto, por la convicción de que es suficiente distinguir entre los supuestos de buena y de mala fe y por el carácter casi fantasmal de aquellos para quienes consideran en el derecho vigente que la posesión viciosa queda inmediatamente purgada cuando cesa el vicio que la origina”[32]. Es la posición que estimamos correcta.

Relatividad

Esta característica brinda la nota distintiva de los vicios posesorios. El sujeto que adquiere este “estigma” sólo lo puede invocar contra su antecesor, la persona que sufrió la perdida de la relación de poder. En cambio, para el resto de la sociedad, se reviste de la impronta de poseedor de mala fe simple. Sagazmente, Jorge Horacio Alterini ha observado que esta dicotomía resulta digna del maniqueísmo, tornándose conveniente simplificar la cuestión ante la presencia de una categoría estéril.

Esto es lo que implica la redacción del artículo 1921, segunda parte: “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”.

El principal efecto consiste en que el poseedor vicioso debe asumir el casus, solución que la mayoría de la doctrina moderna estima una respuesta legal excesiva. Estudiaremos con más profundidad la cuestión al analizar el artículo 1936.

Clasificación

Lamentablemente no se ha plasmado una definición legislativa acerca de los vicios de la posesión, mecanismo que deviene útil para describir la esencia de las figuras jurídicas.

Se encarga de señalar el artículo 1921, primera parte, que: “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”.

Mantiene como en el Código Civil categoría propias para los muebles y los inmuebles, supuestos que en todos los casos no coinciden.

Dentro de los primeros (muebles), se halla:

1.- Hurto: apoderamiento de la cosa ajena en contra de la voluntad de su dueño. Debe entenderse comprendido, también, al robo, figura calificada por el empleo de la violencia.

2.- Estafa: ha reemplazado al estilionato del Código Civil [33]. No cabe sostener que la noción de estafa sea equivalente al de este último dado que se carece de una definición legal. Se torna necesario recurrir al derecho penal, a su artículo 172: “un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero”[34].

Es dable advertir que el artículo 173, inciso 9,[35] consagra como un supuesto especial de fraude al estelionato. Sin embargo, no es el que estudiamos pues versa sobre la persona que entrega la cosa. Los vicios de la posesión se refiere al sujeto que adquiere la relación real. ¿Hay dos figuras? Exactamente, estelionato contractual y posesorío.

3.- Abuso de confianza: resulta el único supuesto común en sendas categorías. Si bien es necesario enfrentarse al problema de la falta de definición como hemos destacado, se torna posible recurrir en este aspecto a la noción plasmado por Vélez Sarsfield en su Código Civil atento a que se dejado incólume el mismo vicio. El artículo 2372 de este último ordenamiento derogado indicaba que “La posesión es por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa con obligación de restituirla".

Se trataría del caso de una persona que ha adquirido la tenencia de una cosa, que se encuentra obligada a su restitución en virtud de una obligación preexistente, y no lo hace. Por ejemplo, el comodatario que interviene el título y se transforma en poseedor de la cosa.

No hay que olvidar que para que se configure el abuso de confianza, su autor debe practicar actos materiales que puedan ser conocidos por el titular de la relación real perjudicada.

Conviene repasar en este aspecto los preceptos de las obligaciones de dar cosa cierta para restituir a su dueño.

Dentro de los segundos (inmuebles):

1.- Violencia: Como resultado de la carencia de una definición legislativa, conviene recordar la definición del artículo 2365 del Código Civil derogado[36]: “es violenta, cuando es adquirida o tenida por vías de hecho, acompañadas de violencias materiales o morales, o por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia sea por sus agentes".

Es indistinto si lo hizo el titular de la relación de poder adquirida o se valió de agentes para ello.

2.- Clandestinidad: Siguiendo el camino obligado, consiste en los actos por los cuales se tomó la posesión o se la continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse, según la terminología del artículo 2369 del Código Civil derogado.

Se caracteriza por un ocultamiento de la nueva situación al verdadero dueño.

3.- Abuso de confianza: hemos ya explicado su concepto más arriba.

XII. Prueba [arriba]

Las relaciones de poder se tornan susceptibles de cualquier medio de prueba.

Pero es conveniente aclarar que el sujeto de tales relaciones no se encuentra obligado a acreditar su título, tal como lo determina el artículo 1917 [37], primera parte. Posee porque posee, así finalizaba el artículo 2363 del Código Civil.

Debe exhibirlo en virtud de obligaciones inherentes a la posesión. Mas acertado, el artículo 1859 del Proyecto de Código Civil hacia referencia a una orden de autoridad legitimada al efecto.

Nota de advertencia [arriba]

El lector de este artículo podrá preguntarse el motivo por el cual no se ha tratado la totalidad de los preceptos que disciplinan a las relaciones de poder.

Hemos optado porrealizar sucesivos trabajos de estudio por la amplitud del tema. Además, hacemos notar, que el análisis de las relaciones reales constituye uno de los aspectos troncales de la enseñanza de los derechos reales por lo que continuaremos en las próximas ediciones de esta Revista de Derechos Reales continuar con el análisis de este tema..

Notas [arriba]

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Profesor Emerito por la Universidad del Salvador y Profesor titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de la Pampa y de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

 [3] Savigny, Friederick Karl Von, Tratado de la posesión, Madrid Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845, pág. 5.

[4] Molinario, Alberto Domingo, “De las relaciones reales”, Buenos Aires, ed. Universidad, 1981, pág.37.

[5] Autor que ha vertido expresiones críticas al respecto: "Es cierto que no son pocas las 'relaciones reales', pero tampoco están acotadas las que el Proyecto llama 'relaciones de poder'. La terminología 'relaciones reales' es acogida con generalizado beneplácito, tanto por la mayor parte de la doctrina como por la jurisprudencia. Tal experiencia cristalizada en nuestro país luce 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'. En puridad, en consonancia con lo que se dijo en materia de la definición del derecho real para cuestionar la incorporación del requisito de que se ejerza 'en forma autónoma', si hay poder hay autonomía, de donde la tenencia no sería una verdadera relación de poder por la subordinación a la posesión y evidentemente la falta de autonomía sería extrema en los servidores de la posesión. Ni siquiera se precisa que en todo caso la 'relación de poder' debe ser de 'hecho', pues se definió al derecho real como 'poder jurídico' (art. 1882) y de allí, de no hacerse la salvedad, entre las relaciones de poder también se deberían enunciar a todos los derechos reales. En esta temática las designaciones son especialmente erráticas”, Alterini, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", La Ley Online, AR/DOC/4622/2012, Punto IC.-

[6] Cossari, Nelson, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, 2a. Ed, Director General, Alterini, Jorge Horacio, 2016, La Ley, Tomo IX, versión digital, Comentario al artículo 1909, Punto 5, b.1) La posesión de Savigny: la necesidad del animus domini: https://pr ovie w.thom sonreuters.c om/launchapp/ tit le/la ley/20 16/42 012990 /v1/do cu ment/1AD5 4D3 A- FAB0-04 78-3 202-C306 A0E 5CC03/anc hor /02027BDB- 61E4-21A2-7C4F-5993 D1F6DD2D

[7] Savigny, Friederick Karl Von, ob.cit., págs.5 y siguientes.

[8] Ihering, Rodolfo, La voluntad en la posesión. Versión española de Adolfo Posadas, Madrid, Imprenta de la Revista de legislación, 1896, p. 61.

[9] Idem. p. 34.

[10] Cossari, Nelson, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, 2a. Ed, Director General, Alterini, Jorge Horacio, 2016, La Ley, Tomo IX, versión digital, Comentario al artículo 1909, Punto 2: La posesión en el derecho romano y en el derecho germánico, https ://proview. thomsonreuters .com/launchapp /title/laley/201 6/4201 2990/v1/do cument/1AD5 4D3A-FAB0-0 478-3202 -C306A0E5C C03/anchor /A77FED4F-6D 9A-362E-9B11-2A27 DEB6346A

[11] Idem.

[12] El mismo Alberto Domingo Molinario consideraba que las teorías de las relaciones reales y las ideas esgrimidas por Ihering y Savigny debían estudiarse a nivel de doctorado.

Estudio, que por otra parte, hemos realizado en: Fossaceca, Carlos Alberto (h), “Alberto Domingo Molinario y el iusnaturalismo católico en un universo jurídico laico”, Biblioteca Digital de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 2012, 114 páginas, disponible en:-----------------------http:// bibliotecad igital.uca.edu.a r/repositorio/ inv estigacion/alberto- domingo-molinar ioiusnaturali smo.pdf.

[13] Artículo 3961 del Código Civil: “La prescripción de las acciones reales a favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión o de la cuasiposesión que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese, se encontrase, por razón de una condición aun no cumplida, o por un término aun no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos”.

[14] Nota al artículo 2400 del Código Civil: “Hemos dicho ya que solo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorporales, aquellas quoe in jure consistunt, no son susceptibles de la verdadera posesión, mas lo son de una cuasi-posesión. Esta cuasi-posesión de un derecho, consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece, y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión".

[15] Así lo hacen notar Jorge Horacio Alterini e Ignacio Ezequiel Alterini en su comentario al artículo 1910, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, 2a. Ed, Director General, Alterini, Jorge Horacio, 2016, La Ley, Tomo IX, versión digital, Libro Cuarto - Derechos Reales, Título II - Posesión y tenencia Capítulo 1 - Disposiciones generales Art. 1910.— Tenencia. 1. Tenencia 1. Tenencia, https://pro view.th omson reuters. com/launchap p/title/laley/2 0 16/420 1299 0/v1/doc um ent/1AD54D3 A-FAB0-0478 -3202-C30 6A0E5C C03/an chor/D370B E31-E98 3-A58C-8943 -C038C07BF004.

[16] Artículo 2351 del Código Civil: “"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".

[17] Artículo 2461 del Código Civil: “Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”.

[18] Artículo 237 del Código Civil y Comercial: “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236”.

[19] Artículo 17 de la Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

[20] Artículo 2240 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Defensa extrajudicial. Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión".

[21] El artículo 2401 del Código de Vélez Sarsfield disponía similar regla pero de manera más especifica: “dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa".

[22] El requisito de determinación motivo a que se erigiese el artículo 2402 del Código Civil de Vélez Sarsfield: “Si la cosa cuya posesión se va a adquirir se hallase confundida con otras, es indispensable para la adquisición de la posesión, que sea separada, y designada distintamente”.

[23] Artículo 2411 del Código Civil: “"La posesión fundada sobre un título, comprende solo la extensión del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor".

[24] Se inspiró en el artículo 2231 del Código francés que recibió el beneplácito de Ihering.

[25] En este sentido debe interpretarse la segunda parte del artículo 1915: “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.

[26] No se ha reproducido en el actual cuerpo de derecho común la segunda presunción que contenía el artículo 1857 del Proyecto de Código Civil: "A estos efectos se considera que las relaciones reales con sujeto plural son de entidad inferior que las de sujeto único". Verbigracia, el condómino que interviene el título poseyendo como si fuera el único propietario.

[27] Artículo 1916 del Código Civil de la Nación: “Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”.

[28] Artículo 1170 Código Civil y Comercial: "Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria".

[29] Artículo 8 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

[30] Ver Corna, Pablo María, La Buena Fe en IJ Editores Revista de Derechos Reales N° 15 Noviembre de 201616-11-2016Cita:IJ-CCLI-390

[31] Artículo 550 del Código Civil francés: "El poseedor actúa de buena fe cuando los posee como propietario en virtud de un título transmisor de propiedad cuyos vicios ignora. Se entiende que hay mala fe en el momento en que tiene conocimiento de esos vicios".

[32] En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, por el contrario, se lee: “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".

[33] El artículo 1179 del Código Civil disponía que: “Incurre también en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe".

[34] Cossari, Nelson, ob.cit, Libro Cuarto - Derechos Reales Título II - Posesión y tenencia Capítulo 1 - Disposiciones generales Art. 1921.— Posesión viciosa. Punto a,2.

https:// proview .thoms onreu ters.com /lau nchap p/title/ laley/ 20 16/4201 2990/v1/ docu ment/1AD5 4D3A-FAB0 -0478-3202-C306A 0E5CC03/anc hor/B911DBA2-DC7 4-69C3-2A3 0-DF472AA71227

[35] Artículo 173, inciso 9, Código Penal: “"Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) inc. 9º. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos".

[36] Hay que tener en cuenta también:

Artículo 2366 del Código Civil: “"la violencia existe, bien sea que se ejecute por la persona o por sus agentes, o que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada, se ratifique expresa o tácitamente".

Artículo 2367 del Código Civil: “existe igualmente el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la tenía a su nombre".

[37] Artículo 1917 del Código Civil y Comercial de la Nación: “El sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder.