

Antonio Martín Grilli

Acciones posesorias

Teoría y práctica

Doctrina. Jurisprudencia. Modelos.

Relaciones de poder

Derechos reales

Situaciones especiales

Agresiones o ataques posesorios

Acciones civiles de protección

Acciones posesorias en particular: de adquisición,
de manutención y de despojo

Interdictos procesales

Procedimientos de acciones posesorias e interdictos

Medidas cautelares

Protección de la vivienda y perspectiva de género

Jurisprudencia

Modelos prácticos

BIBLIOTECA DE DERECHOS REALES



G/A

GARCÍA ALONSO
contenidos jurídicos

ÍNDICE

Prólogo	21
Capítulo I: Relaciones de poder	23
1. Aclaraciones previas	23
2. Relaciones de poder	23
a) Concepto.....	23
b) Clases de relaciones de poder.....	24
3. Diferenciación de las relaciones de poder	25
a) Las teorías diferenciadoras entre posesión y tenencia	25
b) Concepción del Código Civil.....	26
c) Servidores de la posesión.....	26
d) Mera yuxtaposición	27
e) Los servidores de la posesión no son tenedores	28
f) Relaciones de poder en sentido estricto.....	28
4. Peculiaridades de las relaciones de poder.....	28
a) Objeto de las relaciones de poder.....	28
b) Coexistencia de varias relaciones de poder	29
c) La inmutabilidad de la causa.....	30
d) Clasificación de las relaciones de poder	30
e) Efectos prácticos de la clasificación.....	31
f) Adquisición de las relaciones de poder	33
1. Capacidad	33
2. Modos de adquisición.....	33
3. Pérdida de las relaciones de poder	35
5. Importancia de la posesión	35
a) La tridimensionalidad de la posesión.....	35

b) Los diferentes roles de la posesión	37
c) La función publicitaria de la posesión	38
1. Diferencia con la publicidad traditiva	38
2. Necesidad. Ostensibilidad	40
3. Breves antecedentes	41
4. Inconvenientes de la publicidad posesoria	43
5. Publicidad registral y/o posesoria	45
Capítulo II: Derechos reales	47
1. Estructura conceptual	47
a) Concepto	47
b) Derechos personales y derechos reales	48
c) El mito de los derechos reales en Roma	49
d) Elementos de los derechos reales	53
1. Poder jurídico	53
2. Objeto	54
i. Cosas o bienes o cosas y bienes	54
ii. Qué tipo de bienes	55
iii. Principios elementales	56
3. Sujeto activo	57
i. Capacidad	57
ii. Prohibiciones especiales	58
iii. Cotitularidad	59
iv. Cotitularidad y ejercicio de la posesión	60
v. Derechos reales exclusivos	61
4. Sujeto pasivo	61
5. Facultades de persecución y preferencia	62
6. Estructura legal	63
i. Diferenciación	63
ii. Tipicidad	64
iii. Orden público	66
iv. Incidencia correcta del orden público	66
v. La necesidad de un orden público	67
vi. Dinámica del orden público inmobiliario	67

vii. Conclusiones.....	68
7. Oponibilidad. Publicidad.....	69
i. Concepto.....	69
ii. Sistema de publicidad en el Código Civil unificado.....	69
iii. La publicidad como elemento no constitutivo pero esencial.....	70
8. La causa de los derechos reales	71
i. Concepto.....	71
ii. Discusión sobre su carácter de elemento	72
Capítulo III: Situaciones especiales.....	75
1. Consideraciones previas	75
2. Boleto de compraventa	76
a) Concepto.....	76
b) Elementos del contrato de compraventa.....	78
1. Consentimiento o manifestación de voluntad.....	78
2. Capacidad	78
Clases de capacidades	78
3. El objeto de los contratos.....	79
4. La causa de los contratos	80
5. La forma del contrato de compraventa	80
La forma pública.....	82
c) Perfeccionamiento del contrato de compraventa inmobiliario....	82
d) Naturaleza jurídica del boleto de compraventa	83
e) Situación del adquirente por boleto de compraventa.....	84
3. Locatario	86
a) Distinción entre las relaciones de poder	86
b) La tenencia	87
1. Tenencia absoluta.....	88
i. Uso común.....	88
ii. Uso especial	88
2. Tenencia relativa	89
i. Tenencia relativa interesada.....	89
ii. Tenencia relativa desinteresada	89

c) La figura del locatario.....	90
1. Aproximación del tema.....	90
2. El caso del continuador de la locación	91
i. Aproximación	91
ii. Calificación de su situación.....	93
4. El usurpador	94
a) Concepto.....	94
b) La usurpación en el contexto del Derecho Civil.....	95
5. La toma pacífica de inmuebles	96
a) Concepto.....	96
b) Inmuebles abandonados	97
c) Los mal llamados “inmuebles vacantes”	97
Capítulo IV: Las agresiones o ataques posesorios.....	99
1. Consideraciones generales	99
2. El despojo	102
a) Las definiciones legales involucradas.....	102
b) Las definiciones de la doctrina	104
c) Pautas brindadas por la jurisprudencia.....	106
d) La obra nueva como un medio comisivo de despojo	107
e) Los actos de desapoderamiento sin intencionalidad	111
f) Conclusiones.....	112
3. La turbación	113
a) Aproximación al concepto	113
b) Insuficiencia del concepto legal.....	114
c) Derivaciones de las diferencias entre la posesión y la propiedad.....	117
Capítulo V: Las acciones civiles de protección.....	121
1. Aproximación	121
2. Acciones civiles	122
a) Preliminar	122
b) Acerca de las acciones y defensas.....	122
1. Concepto de acción.....	122

2. Distingo entre defensas y acciones.....	123
3. Acciones reales y acciones personales	124
4. Acciones reales y posesorias.....	128
5. Acciones posesorias, interdictos y policiales.....	129
3. Defensa extrajudicial de la posesión	130
a) Concepto.....	130
b) Definición legal	131
c) Legitimación activa	131
d) Legitimación pasiva	131
e) Tipo de agresión	132
f) Configuración	132
4. Dinámica y breviario	133
Capítulo VI: Acciones posesorias en particular	135
1. Preliminar.....	135
2. Acción posesoria de adquisición.....	136
a) Delimitación conceptual.....	136
b) Naturaleza jurídica. Controversia	137
c) Legitimación.....	139
3. Acción posesoria de manutención.....	140
a) Concepto.....	140
b) Legitimados activos	140
c) Legitimados pasivos	141
d) La lesión habilitante.....	141
4. Acción posesoria de despojo.....	144
a) Concepto.....	144
b) Definición legal	144
c) Legitimación activa	145
d) Legitimación pasiva	145
e) Formas del despojo.....	146
5. Pautas aplicables a todas las acciones posesorias.....	149
a) Prescripción.....	149
b) Conversión de una acción posesoria a otra	149
c) La reclamación de daños y perjuicios en conflictos posesorios.	150

d) La prueba de la legitimación activa.....	151
6. Interdictos procesales	154
a) Concepto y antecedentes	154
b) Clases de interdictos	155
Capítulo VII: Procedimientos.....	159
1. Acciones posesorias.....	159
a) Trámite	159
b) Competencia	159
c) Mediación previa extrajudicial obligatoria	160
d) La interposición de la demanda	164
1. Prescripción	164
i. Suspensión de prescripción	164
ii. Dispensa de la prescripción	165
2. La demanda	165
e) Notificación de demanda	166
f) Contestación de la demanda.....	167
1. Excepciones previas	167
2. Reconvención.....	168
3. Rebeldía	169
g) Apertura probatoria	169
h) Autos para dictar sentencia.....	170
i) Sentencia	171
j) Posibilidad de conversión de las acciones posesorias	171
k) Acerca de la posibilidad de acumular la pretensión de resarcimiento	172
1. Posibilidad de reclamar resarcimiento.....	172
2. Acumulación de pretensiones	174
3. Prescripción	174
4. La acción de daño preventivo.....	175
l) Dinámica entre las acciones posesorias y las acciones reales	176
1. Imposibilidad de acumulación	176
2. Acciones posesorias posteriores	177
3. Acción posesoria anterior a la acción real	177

4. Daños posesorios recíprocos.....	177
2. Procedimiento de interdictos	177
a) Características comunes	177
b) Presupuesto vital y común.....	178
c) Caducidad y revisión.....	179
3. Medidas cautelares en las acciones civiles.....	180
a) Aclaración.....	180
b) Restitución anticipada	180
1. Ámbito	180
2. Requisitos	182
3. Implementación	182
c) Prohibición de innovar.....	183
1. Ámbito	183
2. Requisitos	183
3. Implementación	183
d) Anotación de litis.....	184
1. Ámbito	184
2. Requisitos	184
3. Oportunidad.....	184
Capítulo VIII: Incidencia de la protección de la vivienda y de la perspectiva de género.....	187
1. Consideraciones preliminares	187
2. Protección de la vivienda.....	188
a) Acerca de los derechos de segunda generación.....	188
b) Positividad de los derechos de segunda generación.....	190
c) La positividad en el Derecho argentino.....	192
d) Derecho a una vivienda digna y adecuada	192
e) La protección de la vivienda en el Código Civil argentino	193
f) Incidencia de la protección del derecho a la vivienda en las acciones judiciales de recupero de inmuebles.....	194
1. Actividades cautelares ante procesos de desalojo	194
2. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante situaciones de desahucio y circunstancias de vulnerabilidad.....	196

i. “Mercado, Luis y otros c/ Municipalidad de Salta”, Expte. N° 1141, 14/08/2013	196
ii. “Ulloa, Andrea del Carmen c/ Provincia de Río Negro s/ amparo”, Causa N° 27.641/15, 07/04/2015.....	197
iii. “Acosta, María Angélica c/ González, Raúl Esteban s/ desalojo por vencimiento de contrato”, Expte. N° 10.960, Cám. Nac. Apel. Civ., Sala B, 22/09/2015.....	198
iv. “Castronuovo de Santandrea c/ TCA y otro s/ ejecución de alquileres”, Juzg. Nac. Civ. Primera Instancia N° 1, 09/06/2014.....	198
v. “M. L. B. c/ GCBA s/ amparo”, Cám. Apel. Cont., Adm. y Tributario CABA, 10/09/2015	199
3. Otros antecedentes de incidencia de la vivienda.....	200
i. “S., R. T. vs. C., S. s/ desalojo”, Cám. Civ. y Com. San Salvador de Jujuy, Sala 2, 11/11/2015, Rubinzel Online Cita: RC J 818/16.....	200
ii. “S. M. L. c/ R. M. A. s/ materia a categorizar”, Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala/Juzg. II, 16/05/2018	208
3. Incidencia de la perspectiva de género en acciones de recupero inmobiliario.....	215
a) Nociones y antecedentes a considerar	215
b) La perspectiva de género respecto del hábitat y la vivienda. Ley 14.449	217
c) Antecedentes judiciales de aplicación de perspectiva de género	218
1. Cámara de Apelación de Goya (concepto de violencia económica en detrimento de la mujer).....	219
Violencia económica	220
2. “G. A. P. c/ P. C. V. H. y/u ocupantes, tenedores, intrusos s/ desalojo”, Causa N° 98.167, Cám. Apel. Civ. y Com. Depto. Judicial Dolores, 14/04/2020	221
3. Acción de despojo. Procedencia y prescripción. Despojo por violencia familiar. Acción Posesoria con perspectiva de género	232
i. “A., J. A. c/ O. B., E. E. - acciones posesorias/reales”, Juzg. Civ. Calamuchita, Córdoba, 12/6/2020.....	232
d) Conclusiones y análisis final	236

Capítulo IX: Reseñas jurisprudenciales destacables	239
1. Diferencias entre interdictos y acciones posesorias y necesidad de demostrar la posesión	239
2. Acción de manutención de la posesión. Legitimación activa. Código Civil derogado y actual	242
3. Acción posesoria. Legitimación pasiva. Valoración de la prueba ..	246
4. Acción posesoria de despojo. Legitimación activa y pasiva. Prueba de la legitimación	249
5. Acción posesoria de despojo. Derecho de retención. Inadmisibilidad para el poseedor de mala fe vicioso	251
6. Acción posesoria de manutención. Valoración y prueba de las turbaciones. Turbaciones consistentes en intromisión de ganado	255
7. Interdicto de retener. Carga de la prueba. Legitimación	259
8. Interdicto de recobrar. Diferencia con la acción posesoria de despojo. Requisitos	263
9. Interdicto de recobrar. Legitimación activa. Concepto de posesión actual y de despojo	266
 Capítulo X: Modelos de práctica usuales	271
1. Preliminar	271
2. Acción posesoria de mantener (turbación)	271
a) Modelo de demanda	271
b) Contestación de demanda	278
3. Acción posesoria de recuperar (despojo)	281
a) Modelo de demanda	282
b) Contestación de demanda	288
c) Despojo mediante construcción y/o edificación. El caso de la invasión	289
1. Dinámica de estas situaciones	289
2. Implementación procesal de las alternativas anteriores	290
4. Acción posesoria de adquirir	291
a) Modelo de demanda	291
b) Contestación de demanda	297

PRÓLOGO

En los últimos años, se ha registrado un tratamiento asiduo a las llamadas acciones reales, aquellas que protegen la existencia, el goce y la libertad de los derechos reales que se ejercen por la posesión, e incluso a las llamadas servidumbres negativas, que importan una abstención por parte del titular del fundo sirviente.

Así, las acciones reivindicatoria, negatoria y confesoria -más aun la primera- fueron objeto de numerosas obras por numerosos autores, lo cual se comprende de manera sencilla por lo que en otros libros he denominado “fenómeno de informalismo inmobiliario”, común a todo nuestro continente y que implica la proliferación de posesiones escindidas de derechos personales y/o reales.

Pero, así las cosas, no debe olvidarse que existen, casi a la par, numerosas situaciones jurídicas donde intervienen poseedores legítimos pero sin derecho real aún (el clásico caso del adquirente por boleto de compraventa de manos del titular registral) y que tienen vedado el ejercicio de las acciones reales, por lo que las acciones y las defensas posesorias son prácticamente la única posibilidad de defensa a la que pueden acudir.

Es así que adentrarnos en el estudio de este tema obliga, en primer término, a entender y asimilar los conceptos y la dinámica de la posesión y de los derechos reales, a avizorar cómo se entrelazan y se disocian en la vida real para, en segundo término, comprender de manera más sencilla y natural el repertorio de posibilidades de acciones judiciales disponibles.

A su vez, lo anterior determina como paso inevitable el estudio de la multiplicidad de acciones posibles en cada caso, profundizando de manera bien concreta en las calidades jurídicas que permiten el acceso a cada una de ellas.

Consideramos que también deviene relevante el tratamiento de cada una de las acciones y defensas involucradas; intentaremos hacerlo me-

diante la contextualización necesaria de casos reales (aportados por la cita de abundante jurisprudencia actual), como una forma de que el lector pueda cabalmente contar con la oportunidad cierta de dimensionar adecuadamente la procedencia de cada una de ellas.

Desarrollado lo anterior, se continuará con el aspecto procesal de las diversas acciones; para, finalmente, desembocar en modelos de demandas más usuales para su mejor asimilación.

Participamos y coincidimos con Descartes (*Reglas para la dirección del espíritu*) en cuanto a la unidad del conocimiento, la unidad del saber, muy anterior a las diferentes ciencias, quien que llegó a manifestar que: “Todas mis opiniones están hasta tal punto unidas que no sería posible comprender una sin conocerlas a todas”.

En tren de lo anterior, se comprenderá que, a menudo, se reiteren los conceptos fundamentales que cooperan en la comprensión cabal de la idea a desarrollar.

Finalmente, hemos creído necesario y atinado incorporar un Capítulo para el tratamiento de la incidencia de la protección de la vivienda y la perspectiva de género en las acciones posesorias, como también en aquellas demás de tipo civil de recupero (interdicto de recobrar, acción reivindicatoria, desalojo, etc.).

Sin dudarlo, hay que centrarse en el conocimiento actual y pacífico; pero ello tampoco significa dejar de lado el conocimiento futuro, estudiar las nuevas tendencias que se manifiestan en el presente aún tibiamente. Resulta un esfuerzo valorable y constructivo para todos los que de alguna manera operamos en el Derecho.

EL AUTOR

Capítulo I

RELACIONES DE PODER

1. ACLARACIONES PREVIAS

No es un tema menor, aun antes de comenzar a analizar lo referente a las acciones y defensas posesorias, afirmar los conceptos aquí involucrados, esto es, las relaciones de poder y los derechos reales, pues ellos, precisamente, importan la legitimación activa en cada una de las acciones involucradas. Desde ya no se desarrollarán con la extensión propia de un tratado o manual de derechos reales, pero sí, cuanto menos, se analizará lo necesario y apropiado para una mejor asimilación del contexto involucrado.

¿Solo los poseedores pueden tener acceso a esta clase de acciones y/o defensas? ¿Estas son posibles también para titulares de derechos reales? ¿Qué situación les cabe frente a los tenedores?

Estos solo son algunos de los tantos interrogantes que llevan a desentrañar la cabal comprensión del tema tratado, lo que, seguramente, denota la importancia de abocarse al desarrollo de las figuras jurídicas de relaciones de poder y derechos reales, pues resultan el punto de partida por cuanto, didácticamente, se impone saber el objeto de protección.

2. RELACIONES DE PODER

a) Concepto

El art. 1908 del CCCN precisa la posesión y la tenencia como las relaciones de poder que una persona puede tener con una cosa. Así se han denominado a partir de la sanción del Código unificado y no es

casualidad que se dé su tratamiento antes que el de los derechos reales. Comparto la metodología de Mackeldey mencionada por Raymundo Salvat⁽¹⁾ en cuanto a que las cosas y la posesión son elementos del derecho real y que coincide con la estructura del actual Código por cuanto se tratan primigeniamente a la par del sistema del título y modo, pues son la verdadera columna vertebral de los derechos reales.

Pero lo cierto es que la normativa no define qué debe entenderse por relaciones de poder; solo las detalla y las describe de la forma comentada.

Una aproximación al concepto lleva a concebirlas como todas aquellas situaciones donde un sujeto por sí o por otro ejerce un poder de hecho sobre una cosa, más allá de que sea ejercido o no en virtud de algún derecho.

Sin dudas, se trata de una relación material con una cosa en virtud de la cual es posible que un individuo realice una serie de actos de afectación tanto materiales como jurídicos.

Coincido con alguna doctrina que considera impropia la denominación empleada, pues engloba situaciones donde, a decir verdad, no resulta nítido que se ejerza un poder.

b) Clases de relaciones de poder

Son la posesión y la tenencia, nombradas de manera expresa por el Código unificado como las relaciones de poder posibles para referirse posteriormente a los llamados “servidores de la posesión” (art. 1911, CCCN), que no son definidos y que precisamente ello, en parte, trajo aparejadas serias discusiones y confusiones doctrinales.

Por ello, a modo de aproximación, bien podemos sostener que estos últimos son una variante de la tenencia.

(1) Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, t. I, Librería y Casa Editorial de Jesús Menéndez, 1927, pág. 1.

3. DIFERENCIACIÓN DE LAS RELACIONES DE PODER

a) Las teorías diferenciadoras entre posesión y tenencia

Es claro el art. 1909 del CCCN cuando dispone que “Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre un cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. A renglón seguido, el art. 1910 especifica que la persona que ejerce la tenencia lo hace en representación de un poseedor.

Es decir que la diferencia entre ambas relaciones de poder lo sería el *animus dominii* en la posesión o la intención de ser el dueño de esa cosa; por lo que en esta inteligencia, se adopta la teoría subjetiva que exige *corpus* y *animus* para hablar de posesión.

Antiguas discusiones doctrinarias resumidas en las teorías de Savigny, Ihering y Saleilles se ocuparon suficientemente de este tema. La llamada teoría objetiva (Ihering) postulaba que lo único que diferenciaba la posesión de las detenciones (tenencia) no era la intención del sujeto sino la voluntad de la ley que en algunos casos niega los efectos propios de la posesión.

Saleilles, exponente de la llamada posición intermedia, por su parte, utilizaba un principio de distinción económico, conceptualizando la posesión como una acción consciente de apropiación económica de las cosas y concebía el *animus* como la intención de aprovechamiento económico, de manera exclusiva, de una cosa.

Pero como el conocimiento científico debe aspirar a la transversalidad social, es decir, a solucionar algún problema en la vida de las personas, necesariamente debe explicarse el efecto práctico de las teorías elaboradas en cada caso.

En tren de lo anterior, cabe acotar que adoptar la teoría objetiva conllevaría dejar a cargo exclusivo de la ley determinar cuáles relaciones y/o situaciones jurídicas se considerarían posesión y cuáles tenencia, pues precisamente se postula la preeminencia de una intención abstracta, la de la ley y no la del sujeto, como factor decisivo. Como se advertirá, resultaría extremadamente complicado y engorroso encomendar al ordenamiento jurídico una extensa enumeración taxativa.

Finalmente, la mentada concepción intermedia, en cuanto propugna como criterio diferenciador la intención de aprovechamiento económico exclusivo, deviene deficiente puesto que no sería completa en aque-

llas relaciones de poder materiales y sin sentido económico, tal cual lo explica claramente Claudio Kiper⁽²⁾.

b) Concepción del Código Civil

De la simple lectura del transcripto art. 1909 del CCCN no quedan dudas de que se mantiene la tesis subjetiva de Savigny: *corpus* y *animus* como elementos de las relaciones de poder y, especialmente, *animus* como elemento distintivo de las clases de relaciones de poder.

c) Servidores de la posesión

Resultan aquellos contemplados en el art. 1911 del CCCN; los que en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad utilizan una cosa.

Todas las situaciones ahora nombradas antiguamente despertaron encendidos debates, por cuanto se intentaba encuadrarlos como poseedores o tenedores; concluyéndose que precisamente por no existir en ellos autonomía alguna, eran verdaderos representantes de la posesión de otro, conforme lo explica Alberto Molinario, citado por Jorge H. Alterini⁽³⁾.

La denominación “servidores de la posesión” fue tomada del Código Civil alemán y en realidad abarca a aquellas personas que ejercen de alguna manera la representación del poseedor de la cosa.

Dice Molinario: “La actividad humana que despliega el servidor de la posesión es tratada como cosa que se adjunta a los objetos a los cuales el sujeto se halla yuxtapuesto por razón de los servicios que presta”.

(2) Kiper, Claudio, *Manual de derechos reales*, Rubinzel-Culzoni, 2018, págs. 55 y ss.: “...es más, muchas veces se piensa en posesión por motivaciones afectivas....”

(3) Alterini, Jorge H., *Tratado de los derechos reales. Parte general*, t. I, La Ley, 2018, pág. 463: “...coincidimos con Molinario en que el servidor carece de 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, etcétera....”

El nuevo Código emplea la expresión “servidor de la posesión” en los arts. 1911 y ss. En la segunda parte de este artículo lo define como: “Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión”. También, para otorgarle la defensa extrajudicial de la posesión, en el último párrafo del art. 2240 sostiene: “Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión”.

d) Mera yuxtaposición

Se trata de relaciones con cosas donde precisamente no existe voluntad alguna del sujeto. Se evidencia en ellas un contacto físico con un cosa pero no intencional.

La yuxtaposición local es una situación no posesoria. Aquí no hay ni siquiera uso de las cosas; las cosas se hallan al lado, puestas junto a una persona, quien no las detenta ni utiliza; incluso más: tampoco quiere hacerlo.

Decía Gabriel De Reina Tartière citando a Ihering: “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... En la relación de lugar, por tanto, se observa una circunstancia, un hecho que no reviste alcance posesorio con respecto al sujeto que se encuentra involucrado, sujeto que, por ese motivo, lógicamente, no tiene reconocida una especial defensa posesoria, aun extrajudicial, pues ¿quién va a reclamar frente a los ataques del exterior cuando nada se pretende sobre la cosa?”⁽⁴⁾.

(4) De Reina Tartière, Gabriel, “La posesión: una clásica lección presentada ‘a la boloñesa’”, *Revista Jurídica de Asturias*, ISSN 0211-1217, N° 37, 2014, págs. 129-168.

e) Los servidores de la posesión no son tenedores

Explica Ricardo Lorenzetti⁽⁵⁾ que en estos casos, no hay posesión ni tenencia sencillamente porque son sujetos que sirven a la posesión de otro, es decir, personas que ejercen un cierto contacto con la cosa pero en interés de otro.

Muy por el contrario, el tenedor (y el poseedor) goza de todas las ventajas de uso y explotación de la cosa, así como también de posibilidades jurídicas (defensa de la relación de poder de manera extrajudicial y judicial).

f) Relaciones de poder en sentido estricto

A fin de no generar algún tipo de confusión, debe concluirse que solo resultan relaciones de poder la posesión y la tenencia puesto que son las clases nombradas por el art. 1908 del CCCN.

El Código unificado nombra a los servidores de la posesión solo como una forma de graficar la posibilidad de que el poseedor sea servido en su ejercicio por otros o bien que otros se sirvan de su posesión (como el caso del hospedaje), mas no crea ni otorga entidad de otra clase de relaciones de poder.

4. PECULIARIDADES DE LAS RELACIONES DE PODER

Es necesario detallar lo más esquemáticamente posible los rasgos más distintivos de las relaciones de poder como una mejor forma de entender su dinámica.

a) Objeto de las relaciones de poder

Pueden ser todas las cosas determinadas (art. 1912, CCCN).

De acuerdo con el art. 16 del CCCN, las cosas y los bienes no son lo mismo. Los primeros son los objetos materiales, mientras que los

(5) Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IX, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, págs. 109 y ss.

segundos abarcan también los inmateriales susceptibles de valor económico, considerándose cosas la energía y las fuerzas de la naturaleza que pueden ser puestas al servicio del hombre.

Es decir que existe una relación de género a especie; las cosas se encuentran subsumidas en la categoría de bienes.

Cabe, entonces, presentar las siguientes premisas, a saber:

- Son bienes tanto los objetos materiales como los inmateriales.
- Los bienes pueden tener o no un valor económico.
- Las cosas son los bienes materiales.
- La energía y las fuerzas de la naturaleza son bienes pero no cosas.
- A pesar de lo anterior, se les aplica el régimen de las cosas por la importancia que revisten para el hombre.
- El propio cuerpo humano, si bien es algo esencialmente material, no puede conceptuarse como una cosa dado que la ley de manera expresa le resta valor comercial y sí le otorga valor afectivo, terapéutico, científico y humanitario (art. 17, CCCN). Ello no impide que puedan tenerse y ejercerse derechos sobre el mismo de acuerdo con las pautas legalmente contempladas.

b) Coexistencia de varias relaciones de poder

El art. 1913 del CCCN permite la concurrencia de una o más relaciones de poder sobre la misma cosa al mismo tiempo, siempre y cuando sean de la misma naturaleza o bien no contrapuestas o excluyentes.

Entonces, es perfectamente posible la coexistencia de la posesión y la tenencia al mismo tiempo sobre idéntica cosa, como también varias posesiones o varias tenencias, siempre y cuando en estos últimos casos no sean excluyentes.

El término excluyente debe asimilarse a la intención de no compartir la cosa con ningún otro individuo, resultando en el caso de la posesión como una genuina voluntad de ser el exclusivo señor de la cosa.

Así, cuando dos o más personas adquieren por boleto (sin escribir) un inmueble o varios individuos adquieren un automotor (sin transferirlo registralmente), son indudablemente coposeedores; todos tienen la posibilidad de ejecutar actos materiales sobre la cosa, de modo tal que, a su vez, la forma empleada no impida la misma posibilidad a los restantes.

El caso de un contrato de alquiler a favor de varios locatarios es también una típica situación de co-tenedores.

Esta posible coexistencia no implica la división material de la cosa o bien la vocación de cada titular solo sobre una porción, pues así como sucede en la órbita del condominio (derecho real), en las relaciones de poder cada beneficiario tiene vocación sobre la totalidad de la cosa con la sola limitación que no se lo impida a los demás, pues en ese caso se daría un supuesto de exclusión.

c) La inmutabilidad de la causa

El principio general es que no se puede cambiar la clase de la relación de poder ni por propia voluntad ni por el tiempo (art. 1915, CCCN).

Esta regla proviene del Derecho Romano, en donde se la empleó en un primer momento con la finalidad específica de evitar que se cometiera una serie de abusos en perjuicio de los herederos y acreedores prendarios (desnaturalizando las figuras de la *usucapio pro herede* lucrativa y de la *usureceptio*). Posteriormente, adquiere carácter general y se vuelve aplicable a todo tipo de supuestos.

Ello debe interpretarse debidamente, es decir que no alienta el ordenamiento legal el cambio unilateral de la clase de relación de poder.

Así, el tenedor no podría por propia voluntad ejercer actos propios de una posesión en su nombre desplazando a quien representaba. Pero sí es posible el cambio cuando es producto de actos bilaterales o acuerdos entre los involucrados (*v. gr.*, el tenedor que adquiere la cosa del poseedor).

Asimismo, debe aclararse que aunque la ley no aliente los cambios unilaterales, ello a menudo sucede y suele conocerse como intervención de título, revelándose por actos exteriores que provocan el efecto inmediato de exclusión. Es el caso del comodatario cuando empieza a efectuar verdaderos actos posesorios en exceso al acuerdo y no solo no reintegra la cosa, sino que impide el ejercicio posesorio de su dueño.

d) Clasificación de las relaciones de poder

Se han ensayado múltiples clasificaciones, pero lo cierto es que casi nunca se explicó la importancia de estudiarlas. Toda clasificación su-

pone de alguna forma una especie de agrupamiento entre situaciones o cosas que presentan características comunes y en pos de ella, se facilita un mejor estudio y comprensión de estas.

Así, entonces:

- Legítimas: cuando se ejercen en virtud de un derecho (art. 1916, "se presumen legítimas"). Dentro de estas, cabe distinguir: real (la posesión) y personal (la tenencia y servidores de la posesión).

- Ilegítimas: escindidas de todo derecho (es decir, la posesión o la tenencia ejercida por sí y sin ninguna derivación de un derecho real o personal). A su vez, puede ser de buena fe (art. 1918, CCCN), cuando el sujeto no conoce ni puede conocer que carece de derecho alguno, incidiendo habitualmente en ello un error esencial y excusable de que posee legitimidad, adunando que siempre se presume la buena fe (art. 1919, CCCN); o de mala fe (cuando media un error de derecho o de hecho no excusable).

A su vez, puede tratarse de mala fe simple (sin vicios) o viciosa (cuando las cosas muebles son adquiridas mediante hurto, estafa o abuso de confianza; o los inmuebles mediante clandestinidad, violencia o abuso de confianza -art. 1921, CCCN-). Los vicios son siempre relativos respecto de la persona contra quien se ejercen o sus representantes; por lo que frente al resto de la sociedad, el poseedor será conceptuado como de mala fe simple).

e) Efectos prácticos de la clasificación

La clasificación de las relaciones de poder, como asimismo que confluyan las posibles otras circunstancias señaladas (buena o mala fe, vicios, etc.), resulta relevante para determinar ciertas posibilidades y situaciones jurídicas, tales como lo relativo a los frutos de las cosas y también la responsabilidad ante la pérdida o disminución de ellas.

Resulta trascendental la división que distingue según la buena o la mala fe del titular de la relación de poder.

Especialmente, el poseedor de buena fe accede a:

- La usucapión decenal de inmuebles o breve (art. 1902, CCCN).
- La usucapión de muebles a los dos años (art. 1898, CCCN).
- El poseedor de cosas muebles no robadas ni perdidas, adquiridas a título oneroso, puede rechazar la reivindicación adquiriendo el dominio de la cosa (art. 1895, CCCN).

- No debe devolver al dueño los frutos de cosas muebles o inmuebles (arts. 1934 y 1935, CCCN).

- Tiene derecho al reembolso de las mejoras necesarias y útiles, se trate de muebles o inmuebles. Puede retirar las suntuarias siempre que no cause perjuicio (arts. 1934 y 1938, CCCN).

- No responde de la destrucción total o parcial de la cosa sino hasta la concurrencia del provecho subsistente (art. 1936, CCCN).

- Tiene derecho de retención de la cosa hasta que se le haga reembolso de las mejoras útiles y necesarias, pero sin usarla (art. 2591, CCCN).

- Tiene derecho, en caso de que haya construido en terreno ajeno, a que se le indemnice el mayor valor adquirido por el inmueble (art. 1962, CCCN).

El poseedor de mala fe simple accede a:

- Usucapión veinteañal de inmuebles y muebles no registrables (art. 1899, CCCN).

- Usucapión decenal de muebles registrables, siempre que no sean hurtados ni perdidos (siempre que no hubiere adulteraciones en los números identificatorios).

- Debe los frutos percibidos al dueño de la cosa (art. 1935, CCCN).

- Derecho de reembolso de las mejoras necesarias y útiles. Puede retirar las suntuosas siempre que no causen perjuicio. El precio de las mejoras útiles y necesarias pueden compensarse con los frutos percibidos o que hubiere podido percibir. Esto es una consecuencia lógica de lo anterior, pues no tiene derecho el poseedor de mala fe a los frutos, por lo que se le deducen los haya percibido o no; y basta la sola posibilidad de haberlos apropiado, ya que en este último caso, se computa económicamente la pérdida que ello representó para el titular de la cosa.

- No responde por ruina o deterioro por caso fortuito si la cosa igual se hubiere deteriorado estando en manos del dueño (art. 1936, CCCN).

- Tiene derecho a retener la cosa hasta que se le pague el costo de las mejoras útiles y necesarias (art. 2587, CCCN) pero sin usarlas (art. 2591, CCCN).

- Al edificador de mala fe se le puede exigir la demolición de la obra a su costa, excepto que esta sea de tal envergadura que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso se le reembolsará solo el valor de los materiales y de la mano de obra (no el mayor valor adquirido por la cosa, como al poseedor de buena fe).

En los casos de mala fe viciosa:

Participa este poseedor de todas las facultades del poseedor de mala fe simple, con las siguientes excepciones:

- No tiene derecho de retención (ya que su apoderamiento sería por medios ilícitos).

- Siempre responde por la ruina y/o el deterioro de la cosa, aun en el supuesto de caso fortuito.

Con relación al derecho de retención del poseedor de mala fe, en lo que respecta al reembolso de las mejoras necesarias y útiles, se ha admitido su reclamo ante la reconvención reivindicante en un proceso de usucapión y, por sobre todas las cosas, confirmado que la ilicitud que obsta al derecho de retención está dada por la posesión viciosa.

f) Adquisición de las relaciones de poder

1. Capacidad

Tiene que tratarse de personas capaces y con una edad mínima de 10 años, pues a todas luces se trata de un acto voluntario; se demuestra así, una vez más, la adopción de la concepción de Savigny en tanto exigía, también, concurrencia de *animus*.

2. Modos de adquisición

Son los siguientes, a saber:

- Por causa de muerte (arts. 2277 y ss., CCCN).

- Por actos entre vivos (art. 1923, CCCN). Se distinguen, a su vez, en unilaterales (apoderamiento) y bilaterales (tradición –arts. 1923 y 1924, CCCN–). Dentro de las formas unilaterales, se hallan el apoderamiento en el caso de las cosas desocupadas y, por tanto, sin resistencia de individuo alguno, y también la desposesión contra la voluntad de su anterior ocupante, lo que, llegado el caso, podría constituir un ilícito penal.

La tradición, como bien reza el art. 1924 del CCCN, consiste en un acto bilateral del tipo material; y no puede sustituirse por declaraciones de voluntad formales. Debe tratarse de actos materiales por los cuales quien detentaba el poder sobre la cosa coloca al otro (*accipiens*) en su lugar.

Mucho se ha hablado sobre la naturaleza jurídica de la tradición. Así, se la ha concebido como un acto jurídico bilateral, como uno bilateral

real, como un acto no negocial, como un contrato; también, como un acto abstracto.

Y se debe insistir en explicar la importancia o la necesidad en desentrañar la naturaleza jurídica de un instituto determinado, lo que no es más que facilitar su comprensión; pues, de lo contrario, solo serían puras teorizaciones.

Así, pues, los sostenedores del acto no negocial se amparan en que no siempre se encuentra en el mismo la intención de transmitir un derecho real. Los defensores del acto jurídico bilateral sostienen que no llega a configurar un contrato por cuanto no genera derechos y obligaciones creditorios. Los propulsores del acto abstracto se apoyaban en la circunstancia de que la tradición se escindía de la causa negocial (así, de la compraventa, de la donación, etc.) y conformaba un contrato autónomo y paralelo al principal.

Ignacio E. Alterini⁽⁶⁾ la concibe como un contrato formal solemne con propósito bifronte, en tanto no solo transmite un derecho real sino que también, a la vez, extingue la obligación asumida por el *tradens*.

En nuestra opinión, la tradición se trata de un acto jurídico bilateral multimodal pues no siempre tiene lugar a modo de transmisión de derecho real, aun en aquellas situaciones de informalismo inmobiliario –sobre las cuales me ocupara en publicaciones anteriores– y que muy lejos están de la mutación jurídico-real. Es posible la tradición para que un poseedor ilegítimo ceda su relación de poder a un tercero, aun sin mediar contrato alguno (por ejemplo, cuando el poseedor abdica su posesión y se la entrega a otro porque razones personales lo obligan a mudarse del lugar), con la sola formalidad de la exteriorización de las conductas en actos materiales que así lo demuestren.

Sin embargo, no siempre la *traditio* se realiza en esa forma habitual de dar y recibir el *corpus* de manera contemporánea, pues en otras ocasiones, como las nombradas por el art. 1923 del CCCN, se prescinde de ella.

Así el caso de la *traditio brevi manu*, cuando adquiere la cosa quien ya antes tenía su posesión; o el *constituto posesorio* en que el transmisor conviene seguir ejerciendo una tenencia como representante de la posesión del adquirente.

(6) Alterini, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, La Ley, 2018, págs. 91 y ss.

Aun tratándose de cosas muebles, se la considera efectuada mediante la entrega de conocimientos sobre la misma, carta de porte, facturas, sin oposición alguna; de modo congruente, las cosas que deben ser enviadas con la sola entrega al transportador, aceptación mediante del *accipiens*.

3. Pérdida de las relaciones de poder

El art. 1931 del CCCN dispone que las relaciones de poder se extinguén cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa, especialmente:

- Cuando la cosa se extingue (destrucción de la misma, sin importar la causa).
- Cuando un sujeto priva al otro (otra causa de imposibilidad física para continuar la relación de poder y que lógicamente implica el fracaso de la defensa extrajudicial y que transcurrió un intervalo de tiempo más que suficiente para recobrarla, pues de lo contrario implicaría ejercicio de vías de hecho, cosa repudiada por el ordenamiento jurídico).
- Cuando el sujeto se encuentra en imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia (pues así se pierde la presunción del art. 1930 del CCCN).
- Cuando desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida (el razonamiento sigue siendo que la transitoriedad del motivo no habilita a dar por extinguida la relación de poder; en todos los casos, deberá estarse a las circunstancias de cada caso particular).
- Cuando el sujeto hace abandono (el mismo debe ser expreso y voluntario, pues, como toda pérdida de derechos, no puede inferirse).

5. IMPORTANCIA DE LA POSESIÓN

a) La tridimensionalidad de la posesión

Una buena forma de dimensionar el objeto de este libro consiste en expliar los motivos por los cuales las relaciones de poder, especialmente la posesión, resultan de suma importancia.

Y, de suyo, tal cometido lleva y obliga a explicar el aspecto tridimensional de la posesión.

Así, la posesión puede generar derechos tales como la defensa judicial o extrajudicial de la misma o el derecho de percibir los frutos y

hacerlos para sí (cuando media buena fe); con total prescindencia de derechos de cualquier índole; es decir, verdaderos derechos derivados de la posesión o *ius possessionis*.

Pero también a menudo importa un “derecho de poseer”, típica prerrogativa de los titulares de derechos reales, así comúnmente conocido como *ius possidendi*.

Aun en los casos en que no se haya efectuado la tradición, cuando se haya pactado cuanto menos la adquisición de la cosa, implica un derecho a adquirir o reclamar la posesión, también conocido como *ius ad possessionem*.

Estas tres dimensiones o enfoques sobre la posesión son útiles al momento de comprender su relevancia económica, aun estando escindida de derechos, pues solo basta recordar las extensas fracciones de tierra en Latinoamérica sumidas en el informalismo, pero objetos de explotación económica.

Así, lo que podríamos llamar el derecho a la tierra se refiere a los derechos a utilizar, controlar y transferir una parcela de tierra. Entre tales derechos se incluyen el derecho a: ocupar, disfrutar y utilizar la tierra y sus recursos; restringir o excluir a otros de la tierra; transferir, vender, comprar, donar o prestar; heredar y legar; acondicionar o mejorar; arrendar o subarrendar; y beneficiarse de los valores de la mejora del suelo o de ingresos por alquiler.

Sin embargo, detrás de esta impronta, el derecho a la tierra es una cuestión fundamental de derechos humanos. El mismo constituye la base para el acceso a la alimentación, la vivienda y el desarrollo; sin acceso a la tierra, muchos pueblos se encuentran en una situación de gran inseguridad económica.

Precisamente porque ese derecho a la tierra involucra necesidades básicas del ser humano, es que aun la posesión escindida reviste una gravitación económica superlativa.

Así, León Duguit sostenía que: “...La propiedad no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser; es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades, y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumpla esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no culti-

va la tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino...”⁽⁷⁾.

Y una muestra de la importancia económica de la posesión, aun la escindida de derechos, es la creación del Registro de Poseedores en la Provincia de Córdoba, cuyo objetivo es el saneamiento de títulos y, en cierta medida, también, la regularización de estas posesiones escindidas.

b) Los diferentes roles de la posesión

Básicamente, se puede afirmar que la posesión es:

- El contenido de la gran mayoría de los derechos reales (a excepción de los conocidos como de garantía) y su modo de ejercicio.
- Una forma de publicidad (posesoria).
- Un requisito indispensable de la adquisición originaria de derechos reales que se ejercen por la posesión (usucapión).
- Una forma de saneamiento ante defectos sustanciales en las mutaciones jurídico-reales (usucapión breve).
- Una función de defensa, mediante las acciones posesorias (arts. 2238 y ss., CCCN), que concibe que la posesión por sí misma (y aun escindida de todo derecho) puede poner un mecanismo de tutela jurisdiccional.
- Una función legitimadora que posibilita que determinados comportamientos exteriores respecto de una cosa permitan que una persona pueda ser considerada titular de un derecho sobre dicha cosa y que, por lo tanto, pueda ejercitarse las facultades derivadas de ese derecho sin necesidad de probar su titularidad (fundamento art. 1917, CCCN).

(7) Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado* (cit. por Allende, Guillermo, *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 398).

c) La función publicitaria de la posesión

Sin dudas, la publicitaria es una de las funciones de la posesión con mayor incidencia en las demás cuestiones circundantes por cuanto hace también a la prueba de la misma e implica una exteriorización de un comportamiento humano como de la intencionalidad del mismo.

Por lo anterior es que será analizada con una extensión generosa que permita su cabal comprensión.

1. Diferencia con la publicidad traditiva

Sabido es que la publicidad es la posibilidad de poner en conocimiento de los demás un objeto o situación determinados, con relevancia jurídica y legal; en líneas generales, tal conocimiento impide al destinatario posteriormente excepcionarse o eximirse de alguna consecuencia o efecto determinado. Así, el término inoponibilidad, propio de los derechos reales y de otras situaciones especialmente previstas, siempre guarda íntima vinculación con la previa posibilidad del conocimiento de determinada circunstancia que se considera relevante.

Claudio Kiper⁽⁸⁾ define la oponibilidad como la posibilidad de hacer valer un derecho o una relación jurídica a los terceros que no participan de ella; o, desde un punto de vista inverso, la imposibilidad de hacerlo valer. Con ello confirma la estrecha relación de ambos conceptos, cosa que deviene de la lógica elemental misma, pues mal se podría efectivizar una consecuencia contra un individuo sin que previamente se asegurara de manera alguna el conocimiento de una circunstancia de especial importancia.

Pero el ordenamiento, al momento de establecer inoponibilidades, lo hace en aras de proteger situaciones y personas determinadas; por lo que así la publicidad en cierto sentido forma parte de un andamiaje de protección, como un requisito indefectible e indispensable, recurriendo a diferentes medios, que muchas veces no llegan a asegurar un conocimiento efectivo, sino ficticio, pero conocimiento en definitiva.

Y, normalmente, se pone mucho mayor énfasis en proteger a aquellos que no participaron o intervinieron en un determinado acto jurídico.

(8) Kiper, Claudio, en *Código Civil y Comercial explicado. (Derechos Reales)*, dir: Lorenzetti, Ricardo L., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, págs. 26 y ss.

co, normalmente terceros de buena fe; otras veces, mediante la oponibilidad, los propios actores de una relación jurídica logran dotar de mayor seguridad y certeza a los efectos propios que esperan, siempre y cuando cumplan con determinados requisitos legales previamente impuestos.

En definitiva, la publicidad es el instrumento para lograr cierta oponibilidad de derechos o actos jurídicos, oponibilidad que se patentiza en protección a favor de los otorgantes de actos jurídicos y también a favor de los no intervinientes, pues en última instancia, suele materializarse mediante el establecimiento de ciertos requisitos de eficacia, como por ejemplo el caso de la buena fe registral que impone el deber y la carga de consultar de manera previa la realidad del registro. Por todo ello, entiendo que la oponibilidad es en beneficio y seguridad de la sociedad toda.

En palabras de Daniel Ahumada⁽⁹⁾, la oponibilidad es la eficacia de lo publicitario, pues, si no, la publicidad solo se reduciría a cognoscibilidad, cuando en realidad debe ir más allá imponiendo consecuencias jurídicas para determinadas personas en situaciones particulares. Así también lo manifiesta Claudio Kiper⁽¹⁰⁾ al sostener que la publicidad como exteriorización o posibilidad de conocimiento es a los fines de lograr efectos de oponibilidad, aclarando que en las cosas muebles no registrables, es la tradición el modo constitutivo del derecho real y su forma publicitaria suficiente y eficiente; ello, en consonancia con el nuevo art. 1893 del CCCN.

La publicidad posesoria es la exteriorización de la posesión misma en su estado natural, en los derechos que se ejercen por la posesión. Y por ello precisamente no debe asemejarse a la publicidad traditiva, pues

(9) Ahumada, Daniel, *Revista Notarial de Córdoba*, N° 75, 1998: “La publicidad registral despojada de oponibilidad encierra un contrasentido jurídico: la publicidad no puede tener por único fin la ‘cognoscibilidad’ de los terceros; necesariamente debe ir más allá y tener consecuencias frente a aquellos que no formaron parte del acto (o aún incluso respecto de los otorgantes del acto). En nuestro sistema jurídico inmobiliario el efecto de la publicidad no deviene en absoluto por cuanto la registración no es autosuficiente bajo el punto de vista del derecho sustantivo; en consecuencia es relativa, en tanto se complementa en algunos casos (art. 23, ley 17.801) o porque el acto registrado no alcanza a producir oponibilidad cuando adoleciere de cierta eficacia (art. 40 de la misma ley); pero aun con todo ello, es innegable la oponibilidad que produce la registración frente a los terceros....”

(10) Kiper, Claudio, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IX, dir.: Lorenzetti, Ricardo L., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 42.

esta última es la que emana de la tradición, de ese entregar y recibir la cosa y, tratándose de bienes inmuebles, no está destinada a la publicidad sino a la transmisión.

Por ello, y a fin de no generar confusiones conceptuales, debe decirse que la publicidad posesoria es la emanada del ejercicio de los propios actos de posesión, tengan o no finalidad de transmitir un objeto; mientras que la publicidad no es un requisito ni un componente de la tradición.

Ignacio E. Alterini⁽¹¹⁾ confirma lo anterior al establecer que la tradición nunca puede significar un medio publicitario de las transmisiones de dominio.

2. Necesidad. Ostensibilidad

Está fuera de discusión que la posesión con ánimo prescriptivo debe ser conocida o manifiesta (ostensible según el más reciente Digesto Civil), conocida por todos, no clandestina. Así, el art. 1900 del CCCN establece que “La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua”, a diferencia del anterior y superado art. 2370. Explica Daniel Roque Vítole⁽¹²⁾ que en el Código derogado, la posesión útil para la usucapión no podía ser viciosa y que ello mismo implicaba que fuera pública –por oposición a clandestina–; mientras que en el actual, solo se exige que sea ostensible, entendiendo que se quiere significar lo mismo.

No resulta algo específico, pues ciertos autores entienden que no son sinónimos, pues público es por autonomía lo contrario de clandestino y ostensible, a la vista y posibilidad de conocimiento por todos o, por lo menos, por cualquiera que tenga interés.

Así, Claudio Kiper explica que ostensible proviene del latín *ostendere*, que significa “que puede mostrarse o manifestarse”⁽¹³⁾ y que así lo es la posesión cuando proviene del uso normal o habitual de la cosa.

(11) Alterini, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, La Ley, 2018, págs. 22 y ss.

(12) Vítole, Roque, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, 2016, págs. 1868 y ss.

(13) Kiper, Claudio y Otero, Mariano C., *Prescripción adquisitiva*, Rubin-zal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pág. 114.

Luis Díez-Picazo⁽¹⁴⁾ refiere que la ostensibilidad hace mayor honor a la publicidad y supera el vallado conceptual de lo estrictamente público, que solo refiere a que el actual poseedor de la cosa no haya entrado en contacto con la misma de manera clandestina y/o reservada.

Por su parte, Raymundo Salvat indirectamente se manifiesta de modo similar pues al explicar la clandestinidad se centra en el momento inicial de la posesión: “En resumen, para que haya clandestinidad se requiere que la posesión haya sido tomada en condiciones tales que el poseedor de la cosa haya podido ignorar los actos de desposesión; cuando, por el contrario, el poseedor ha podido tener conocimiento de ellos, la posesión, lejos de ser clandestina, será pública”⁽¹⁵⁾; con todo lo cual, se confirma la diferenciación conceptual alegada.

Pero lo cierto es que desde casi siempre la publicidad no fue un tema menor en todo lo referente a distintas situaciones que debía contemplar o reglamentar la ley.

3. Breves antecedentes

Difícilmente se pueda determinar la suficiencia o insuficiencia actual de la publicidad posesoria sin antes comprender el desarrollo que tuvo la misma en el recorrido de la humanidad; por lo que resulta necesario estudiar no solo el instrumento publicitario en particular sino también su objeto (lo que concretamente se pretendía anoticiar) y, sobre todo, la extensión del mismo. Solo a partir de lo último podrá calibrarse y concluirse de manera adecuada la mentada suficiencia o insuficiencia, para así entender la eficiencia actual de la publicidad posesoria.

En los albores romanos, esa publicidad se cumplía con la posesión misma y así fue el sistema implementado por nuestro codificador, pues era impensable la existencia de registros en las vastas comarcas inhóspitas de nuestro suelo patrio. La *traditio brevi manu* no era otra cosa que poner en posesión al adquirente de la cosa enajenada, lo que traía implícito que la posesión en sí misma era pública; fue la forma más antigua de entregar las *res nec mancipi*. La *mancipatio*, un acto aun más

(14) Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, pág. 453, cit. por Kiper, Claudio y Otero, Mariano C., *Prescripción adquisitiva*, cit.

(15) Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, cit.

formal con presencia de 5 testigos, y la *in iure cessio* (con presencia de un funcionario –el pretor–, donde ambas partes efectuaban una especie de reivindicación y el transmitente guardaba silencio); así, por ejemplo, los mayores formalismos en la transmisión de las *res mancipi* (pues eran las cosas que representaban la gran riqueza romana, fundamentalmente agrícola, en una primera época) y la traditio para las *res nec mancipi*.

En resumidas cuentas, la publicidad siempre fue considerada algo muy importante al momento de transmitir.

Eugène Petit lo explica claramente al comentar la necesidad de la remisión de la posesión: “En Derecho Romano no es suficiente la voluntad de las partes para transferir la propiedad. Es necesario que se manifieste por alguna señal exterior; y aquí es la remisión de la posesión, que es una señal de propiedad... La remisión de la posesión se efectúa poniendo la cosa a disposición del adquirente, de manera que pueda realizar sobre ella los actos del propietario... Si es un inmueble, es suficiente con conducir allí al *accipiens*, o enseñárselo desde un lugar elevado diciendo que se lo entrega...”⁽¹⁶⁾.

En el Derecho Romano, por lo que se refiere al principio de la publicidad inmobiliaria, según la mayoría de los autores, se puede mencionar dos notas perfectamente caracterizadoras:

- La carencia total de un régimen estructurado de publicidad en la transferencia y gravamen de los inmuebles.
- La existencia de modos formales y solemnes, de muy remoto origen, para la transmisión del dominio, en los que se observa, al correr del tiempo, una progresiva espiritualización y una pérdida de las rigideces formales más peculiares.

La ausencia en Roma de un régimen publicitario es tan acusada que se ha podido llegar a afirmar, quizá algo excesivamente, que “la idea de la publicidad no estuvo nunca en la mente de los jurisconsultos romanos”, cosa que desde ya no compartimos pues realmente las formalidades de la transmisión quiritaria no dejaban margen para dudar de la publicitación.

Hasta qué punto las formas y las solemnidades de la *mancipatio* suponen y cumplen una función de publicidad inmobiliaria en sentido

(16) Petit, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, Grupo Editorial 20XII, 2016, pág. 208.

técnico, tal como modernamente se entiende, es algo profundamente discutido y objeto de posiciones doctrinarias sustancialmente opuestas.

Se sostiene que la *mancipatio*, pese a provocar una cierta notoriedad o publicación de las transferencias en razón de las formas solemnes en ella empleadas, no ofrecía más valor que el de un simple medio de prueba de la transmisión efectuada, y estaba ausente de ella toda idea o finalidad de dar publicidad *stricto sensu* al acto, o de protección a los terceros adquirentes. Para los defensores de esta concepción, no cabe estimar las formalidades propias de la *mancipatio* (testigos, *libripens*, etc.) como formas de publicidad sino como puras formas de solemnidad: daban lugar al nacimiento del derecho y, si bien dotaban de notoriedad o publicación, por vía indirecta y consecuencial, al instante de su gestación, no le proveían de publicidad durante su posterior existencia.

Contrariamente, Heinrich Pflüger⁽¹⁷⁾ encuentra un extraordinario paralelismo entre la *mancipatio* romana y la inscripción (germánica) en el Registro de la Propiedad. En aquella, primero se constata la transmisión de propiedad y luego se da cuenta de la compra y del pago; tal orden (que Ihering encontraba singularmente extraño) resulta lógico si las palabras que pronuncia el comprador se comparan con la inscripción en el Registro que el adquirente lleva hoy a cabo por sí. El silencio del vendedor representa el asentimiento a la inscripción y el recuerdo de los testigos, el Registro.

4. Inconvenientes de la publicidad posesoria

Resta considerar si la publicidad posesoria en el mundo actual es eficiente o no, si con ella se cumple eficazmente o no la función de anotamiento a aquellas personas que no han tenido intervención en un determinado acto jurídico, pues, como ya se ha tratado, en la actualidad tal tipo de publicidad sigue resultando necesaria.

Al respecto es muy ilustrativo el maestro Guillermo Allende cuando al desarrollar lo relativo a la tradición, cuenta que, consultadas casi todas las escrituras públicas anteriores y posteriores de 1810 hasta la sanción del Código Civil, la tradición era el único medio publicitario existente y que el escribano llamado a escriturar consultaba a su antecesor, con lo que Vélez no hizo otra cosa que plasmar lo que era costum-

(17) Pflüger, Heinrich, *Nexum und mancipium* (Leipzig, Dunker & Humblot).

bre en nuestro país⁽¹⁸⁾, explicando también que el codificador era reacio a los registros, pero, al igual que Freitas, consideraba que la tradición romana no siempre era pública; por ello, en clara oposición al entonces sistema francés por el cual los derechos reales nacían de los contratos, adoptó una suerte de posición intermedia manteniendo la tradición y la registración como medio de publicidad suficiente. Lo cierto es que de tal relato se desprende que para esa sociedad de los albores de nuestra patria, la publicidad posesoria era eficiente.

Tal cual se comprenderá, la actual sociedad dista mucho de aquella no solo en número de habitantes sino, y quizás lo más importante, en la velocidad de las comunicaciones y en los medios tecnológicos y digitales, en las nuevas formas de contratación (arts. 973, 974, concs. y ss., CCCN), en la expansión de grandes sectores poblacionales que viven en total informalidad inmobiliaria; con lo que no resulta difícil imaginar que ello produce un desfasaje en la eficiencia publicitaria posesoria, incidiendo directamente en la proliferación de conflictos.

El propio Jorge H. Alterini, por el año 1969⁽¹⁹⁾, destacaba que la publicidad posesoria era muy rudimentaria y que si bien la publicidad registral era superior técnicamente, aun así la posesoria era la más significativa por cuanto evidenciaba la relación de poder, reconociendo así la necesidad e insuficiencia por si sola de dicha publicidad.

Casualmente, el presente es un tema que contó con buen desarrollo doctrinal solo en lo que atañe a la oponibilidad de los derechos reales, pero no así en todas las demás situaciones donde, como ya se ha visto, la publicidad posesoria sigue resultando necesaria.

La pregunta que debe tratar de responderse bien puede ser, por ejemplo, si el adquirente de un inmueble por boleto con entrega de posesión puede de esta forma publicitar adecuadamente su derecho o bien si el heredero que pretende intervertir su título al de poseedor *animus domini* de manera exclusiva también o si solo con la publicidad posesoria el despojado sin escritura demuestra fehacientemente su legitimidad activa, etc.

(18) Allende, Guillermo, *Panorama de derechos reales*, cit., págs. 227 y ss.

(19) Alterini, Jorge H., "Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)", en *ED*, 43-1181.

Tratándose la posesión de un hecho, debe entenderse que no existe una única respuesta ni solución, que ello dependerá de las particulares circunstancias de cada caso, dificultándose la eficiencia de la publicidad posesoria en aquellos casos en que los actos posesorios por excelencia o más habituales no resultan indubitables ni permanentes (como puede suceder en los predios rurales no cercados –caso de desmalezamiento o cultivo estacionario–).

Pero sí es posible afirmar que no en todos los casos la publicidad posesoria es lo suficientemente eficiente como para que el interesado pueda obtener el efecto jurídico deseado.

5. Publicidad registral y/o posesoria

Cierto es que el art. 1893 del CCCN establece que se considerara publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión según el caso; ello, desde ya, en cuanto se trata de la oponibilidad de los derechos reales. Pero sucede, hoy cada vez más frecuentemente, que ambas realidades (registral y posesoria) no siempre coinciden o bien que la registral no está actualizada, por lo que resulta necesario tratar de ensayar una solución satisfactoria a los numerosos conflictos que puedan suscitarse por ello.

Un caso peculiar lo constituye el art. 1170 del Código de fondo, que implícitamente reconoce la posible discordancia entre ambas publicidades y la disyuntiva de prioridad entre el tercero que cauteló el bien (acreedor del titular registral) y el adquirente del mismo, mediando boleto de compraventa y cumpliendo los requisitos allí estatuidos, otorga preferencia y oponibilidad al adquirente por sobre el cautelante.

En nuestra opinión, yerra parcialmente el dispositivo legal en su última parte al mencionar la publicidad registral, cuando de haber existido en favor del adquirente, no habría conflicto alguno, pues no se habría podido tratar la precautoria y por ende habría operado la plena oponibilidad de los derechos reales debidamente inscriptos.

Si bien no se nos escapa que por medio del decreto 962/2018 se prevé la registración de los boletos de compraventa, ello solo tiene lugar en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Aunque no se especifica en la norma, podría llegar a considerarse como una posibilidad de publicidad registral el pedido de algún certificado registral de dominio en los términos de los arts. 22 a 25 de la ley 17801, cuyo tiempo de reserva o bloqueo registral hubiere expirado,

también llamado por Claudio Kiper⁽²⁰⁾ retroprioridad. Pero debe reconocerse se trataría de una posibilidad muy limitada.

Más allá de lo anterior, sigue vigente dicha problemática, pues el último inciso prevé también la publicidad posesoria como forma de lograr la prevalencia del boleto ante el acreedor embargante; lo cual, muchas veces, es también casi imposible pues existen numerosas situaciones en que el ejercicio de la posesión no es suficientemente ostensible o, siéndolo, no resulta corroborable de manera indubitada la titularidad de esa la relación de poder.

Es decir que la publicidad registral debe ser casi descartada y la posesoria muchas veces puede no ser suficientemente pública.

Vuelve entonces a visualizarse los problemas que giran en torno a la publicidad posesoria, un sinfín de situaciones en que la posesión sigue siendo fácilmente evidenciable (lotes baldíos rasos o con escasos signos de presencia humana, lotes rurales, etc.) diluyéndose con más razón todavía la noción de su publicidad (u ostensibilidad en buen romance con el actual Código de fondo); problema muchísimo mayor, por cierto.

(20) Kiper, Claudio, *Manual de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 780.

Capítulo II

DERECHOS REALES

1. ESTRUCTURA CONCEPTUAL

a) Concepto

El actual art. 1882 del CCCN define el derecho real como el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre un objeto, en forma autónoma, y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en el Código.

Vélez Sarsfield no definió el derecho real sino que siguió a Freitas, quien pensaba que las definiciones eran impropias de los códigos y en las leyes; y sí, en cambio, brindó de manera diseminada en sus notas elementos que ayudaban a su caracterización.

Así, por ejemplo, en la nota del art. 497 rememora el pensamiento de Ortolan: “Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O, en términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa. Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor”.

También describe en la nota del Título IV del Libro III, bajo la influencia de Demolombe, que el derecho real: “es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”.

Por eso puede contemplarse cómo el Código unificado brinda una concepción y definición clara, concisa y suficientemente explicativa;

seguramente, siguiendo un objetivo claramente didáctico, pues, como decía el ilustre profesor Guillermo Allende, las definiciones en las que aparecen los caracteres del objeto en estudio favorecen a los estudiantes. Por ello conceptuó los derechos reales como “un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto), una relación inmediata que, previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius consequendi* y al *ius preferendi*”⁽¹⁾.

En opinión del autor, tal definición no solo es más extensa que la del Código actual sino que, a la vez, resulta más ilustrativa, cuestión que se desarrollará más adelante.

b) Derechos personales y derechos reales

En muchas ocasiones, para clarificar un objeto se utiliza su antítesis. Esta metodología pedagógica del contraste también es aplicable a la tarea de definir los derechos reales; de allí la importancia de ocuparnos de los derechos personales, lo que intentaremos hacer de la manera más esquemática posible; a saber:

- El derecho personal consiste en la prestación de una cosa, hecho o abstención. Consecuentemente, en el derecho de crédito o personal, el objeto es una prestación del adeudado.

- Los derechos personales son relativos, ya que únicamente pueden ser efectivos contra determinados sujetos que estén ligados por una relación jurídica.

- Se trata de acciones personales que son dirigidas hacia uno (deudor) o hacia más sujetos determinados (deudores) que, desde un principio, son conocidos y solamente ellos alcanzan a ser sujetos pasivos de la acción.

Muy por el contrario, los derechos reales:

- Se aplican sobre cosas y no sobre personas.

(1) Allende, Guillermo, *Panorama de Derechos Reales*, cit., pág. 13.

- Son colectivos e indeterminados; en los derechos de crédito o personales, existe un sujeto pasivo individualmente determinado.
- Puede ejercitarse y hacerse efectivo contra todos, mientras que el derecho personal solo puede hacerse efectivo contra el deudor y sus herederos.
- Se efectivizan con su ejercicio, mientras que los derechos personales se hacen efectivos al ser satisfecho el derecho del acreedor.
- Se extingue cuando perece la cosa sobre la cual recae, mientras que en el derecho personal, cuando tiene por objeto indirecto cosas, el perecimiento de estas no lo extingue y subsiste la obligación de cumplimiento en forma de indemnización por daños y perjuicios.
- Solo pueden ser erigidos por la ley; en consecuencia, su número será restringido o cerrado. Está prohibida la elaboración de nuevos derechos reales diferentes de los considerados por la ley. Los derechos personales son incontables ya que cada una de las partes puede crear paralelamente relaciones que considere beneficiosas por medio del principio de la autonomía de la voluntad; y la única restricción es que las mismas operen en derecho.
- Proporcionan un poder extenso e inmediato sobre la cosa en la cual están fundados, tanto de goce y disposición como de persecución. Los derechos personales, en cambio, no poseen derecho de persecución y sus tiempos están atados a lo establecido por las partes en el correspondiente contrato.

c) El mito de los derechos reales en Roma

Numerosos textos, y desde hace décadas, sitúan los antecedentes de los derechos reales en Roma, lo cual es inexacto.

Básicamente, el romano no constituía un sistema de derechos sino uno de acciones que se creaban cuando se meritaban ciertas situaciones como dignas de protección; estas, al perdurar en el tiempo, terminaban generando derechos, con una salvedad: que no todos los individuos eran sujetos de derecho. Es decir, era un sistema legal muy distintivo al actual, donde sí se trata de un entramado de derechos de los cuales se derivan acciones.

Así, Eugène Petit⁽²⁾ da cuenta de que ni siquiera los jurisconsultos romanos brindaron un concepto de derecho de propiedad pues solo se limitaban a estudiar los distintos beneficios que procuraba la propiedad.

La mentalidad romana era muy distinta a la moderna; se distinguía, básicamente, por su gran pragmatismo: se centraban en las cosas en la medida en que ellas podían representar un beneficio. A la ciencia jurídica romana no le interesaba en absoluto los problemas abstractos, sino los problemas jurídicos reales y concretos que se planteaban a diario a la sociedad, a los que los juristas intentaban dar la solución jurídica más efectiva posible. Por ello es que también difícilmente encontramos las diferenciaciones entre derechos reales y personales y clasificaciones como las de hoy en día elaboradas.

Así, para los juristas romanos el término *ius* no era exactamente un concepto abstracto. ajeno a las circunstancias de la realidad, como lo fue más tarde con la modernidad, sino que era sinónimo de “lo justo”.

Ello es tan así que autores como Leopoldo Peralta Mariscal⁽³⁾ sostienen que no existía una distinción formal entre derechos personales y derechos reales. Citando a Brissaud, coincide con lo afirmado anteriormente en cuanto a que se trata de un sistema de acciones de enjuiciamiento, a punto tal que, por eso mismo, ni siquiera elaboraron un concepto de propiedad, mucho menos de derechos reales.

En ideas del presente autor, ello, a su vez, se debe a que no existe evidencia concreta de que en la Antigüedad el concepto de propiedad estuviera emparentado con el actual con significación de dominio, sino más bien, y por el contrario, lo estaba con el de la posesión.

Autores como Primo Persegani sostienen al respecto que: “...El espartano, el ateniense, el germano, al vivir en sociedad, tenía el mismo problema posesorio que el romano, por tener que valerse de los bienes

(2) Petit, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, cit., pág. 187.

(3) Peralta Mariscal, Leopoldo L., *Sistemas de Derechos Reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, págs. 86 y ss.: “Así lo reconoce Brissaud en las siguientes líneas: ‘la expresión derechos reales por oposición a derechos personales, derechos de crédito o de obligación, deriva de la terminología romana en materia de procedimientos. Se llamaban acciones *in rem* aquellas en las cuales la *intentio* de la fórmula no contenía la designación del demandado; acciones *in personam*, aquellas en las que figuraba esta designación’...”

del mundo exterior para subsistir. Sin su posesión la vida sería imposible. Lo hará con derecho o sin él; pero lo hará..."⁽⁴⁾. Con ello dejan transceder que quizás es muy probable que para el hombre antiguo, el concepto de propiedad estuviera en realidad más vinculado con el de la posesión de hoy en día, por lo que, de así acontecer, entonces se publicitaba ni más ni menos que la última.

Desde la Filosofía Sociológica se explica que el hombre recién trasciende una noción de propiedad privada cuando domina a la naturaleza, se coloca por encima de ella, maniobra en cierta manera con los fenómenos naturales (Friederick Engels⁽⁵⁾). Esa especie de dominio de la naturaleza no sucedió en la Edad Antigua o, por lo menos, no se dio en todos los pueblos.

Tampoco se daba en Roma un dominio sobre la naturaleza de manera inicial, pues algún consenso doctrinal pregonaba que no se manejaba el concepto de propiedad de los días de hoy, no con la extensión de la

(4) Persegani, Primo, *Derecho notarial, registral e inmobiliario / Derecho inmobiliario Reales*, t. VI, La Ley, págs. 930-1050.

(5) Engels, Friederik, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, ECP, pág. 192: "...De ser un organismo vivo que solamente forma parte de los procesos naturales, como objeto de la naturaleza, constituyendo parte armónica de su movimiento, el hombre se convierte en un ser vivo con injerencia en estos fenómenos, como sujeto. Definitivamente, en la medida en que va desarrollando su proceso de trabajo, el hombre va enriqueciendo su conciencia, su pensamiento y la comprensión de sí mismo y todo cuanto lo rodea. Su potencial creador, su capacidad transformadora, se materializa en su relación con la naturaleza, a la cual va modificando en forma creativa hasta que llega a plantearse a sí mismo frente a ella como sujeto, no solamente como su objeto... Es en el momento en el que el hombre se ubica a sí mismo solamente como sujeto en la naturaleza, negando su dependencia relativa con respecto a esta, que la empieza a destruir, que empieza a dirigir su proceso de trabajo en contradicción con la armonía universal. En ese momento el hombre se ubica a sí mismo por encima de los fenómenos naturales, por encima de su propio origen y por encima de -y externo a- su propia naturaleza o esencia, pretendiendo escapar de ella. Es en ese momento en el que se lleva a cabo la ruptura del régimen natural, comunista, y nace la propiedad privada".

actualidad (Sebastián Cosola⁽⁶⁾). Algo similar se dio también en otros pueblos de la Antigüedad, como en el caso de la Península Arábiga⁽⁷⁾.

En un sentido muy parecido se manifiesta Luis Fernández del Pozo: "...Si queremos evitar caer en fáciles anacronismos, debemos evitar dejarnos seducir por esa idea de la propiedad inmobiliaria moderna que recibimos por herencia del Derecho Romano clásico. Los antiguos habitantes de esas regiones (Mesopotamia) explicarían de manera mitológica el concepto del dominio sobre los inmuebles como un resultado del plan divino de la creación..."⁽⁸⁾.

Por ello, y con mucho más razón, no resulta atinado sostener la actual división y conceptuación entre derechos personales y reales como heredada del Derecho Romano. Ello no significa que los romanos no conocieran el sentido de la propiedad o las ventajas de los usufructos (*ius in re aliena*), sino que jamás se plantearon ni tuvieron la oportunidad cierta de desarrollar una teoría de derechos.

(6) Cosola, Sebastián, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 14, N° 47, 2017: "...el término *proprietas* tiene significancias muy diferentes a las relacionadas con el moderno concepto de propiedad recientemente analizado. El término aludido, emparentado con la noción de dominio, hace alusión en un sentido estricto al objeto de lo que hoy se denomina nuda propiedad (el beneficio de una cosa aprovechado por dos personas, el usufructuario y el propietario). Ya en sentido amplio, la propiedad es la cualidad que una cosa tiene de pertenecer a alguien de manera privada. La propiedad en Roma no es el atributo de una persona, sino la cualidad de una cosa. Y por esta razón es que no existe la descripción de la esencia del poder del propietario..."

(7) Hourani, Albert, *La historia de los árabes*, Editorial B de Bolsillo, España, 2018, pág. 125; Rodinson, Maxime, *Los árabes*, n. 2, Presses Universitaires de France, 1988, pág. 142; López Ortiz, José, *Derecho musulmán*, n. 41, Labor, Barcelona, 1932, pág. 174; Riosaldo Gambotti, Jesús, "La propiedad privada en los pueblos árabes. Introducción", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Chile*, n. 21, 2008, pág. 17. "...En la época preislámica no existe la propiedad individual, gran parte de la tierra, sobre todo en las áreas utilizadas con fines de pastoreo predomina la propiedad colectiva, siendo el titular la tribu, e incluso, aun bajo el Imperio Otomano (siglo XIX), una extensión considerable de la tierra estaba registrada a nombre de la familia principal de la tribu. En las tribus nómadas no se suele admitir la propiedad privada de la tierra, sino que ejerce derechos colectivos sobre los pastos comunales y recursos de agua..."

(8) Fernández del Pozo, Luis, "Publicidad inmobiliaria en el Derecho mesopotámico antiguo", en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 629, julio - agosto de 1995.

Los derechos reales brotaron no sistemáticamente sino empíricamente, de acuerdo con las necesidades socioeconómicas, y lo que los caracterizó fue que se les fue concediendo una *actio in rem –vindicatio*– con una progresiva extensión *erga omnes*. Fueron los glosadores y los posglosadores quienes, sobre la base de que las acciones eran los medios procesales para tutelar los derechos, concluyeron que los derechos protegidos por las *acciones in rem* y por las *acciones in personam* eran los *ius in rem* y los *ius in personam*, respectivamente. Esto, al decir del profesor Norberto Rinaldi⁽⁹⁾, también es un error, pues los derechos nunca se ejercen contra las cosas sino contra los detentadores de las cosas.

d) Elementos de los derechos reales

De acuerdo con la definición legal del art. 1882 del CCCN y con la proporcionada por el maestro Allende, bien podemos afirmar y distinguir los siguientes elementos de los derechos reales:

- Poder jurídico.
- Objeto.
- Sujeto activo.
- Sujeto pasivo.
- Oponibilidad.
- Ontología pública.

Todos los indicados resultan comprensibles a estas alturas luego de haber desarrollado ya lo referente a las relaciones de poder; pero, como de seguro se advertirá, el dispositivo señalado menciona la estructura legal de los derechos reales, reemplazada por ontología pública porque, en nuestra opinión, resulta de mayor claridad (se desarrollará de manera suficiente más adelante).

1. Poder jurídico

Este poder que se simplifica como derecho subjetivo, es decir, señorío de la voluntad que se ejerce de propia autoridad, en forma autónoma e independiente.

(9) Rinaldi, Norberto, *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Editorial Edictum, 2017, pág. 260.

El derecho subjetivo está compuesto por sujeto (titular del derecho, persona humana o jurídica). El concepto de poder proviene del latín *potere*, referido al verbo que indica la capacidad, la facultad o la habilidad para llevar a cabo determinada acción. Por extensión, se ha utilizado también para hacer referencia a las condiciones para hacerlo, entre las que se encuentran la disponibilidad material, el tiempo o el lugar físico. Es jurídico cuando el que otorga a un sujeto ese poder es el ordenamiento jurídico, la ley.

Este elemento de los derechos reales no debe confundirse con las relaciones de poder, pues ya se ha dicho que ellas importan un poder de hecho, mientras que el de los derechos reales es jurídico, asimilable a potestad.

Así, Edmundo Gatti⁽¹⁰⁾, citado por Jorge H. Alterini, conceptualizaba tal poder jurídico precisamente como derecho subjetivo, como voluntad que se ejerce sobre personas o cosas, de manera autónoma y por la cual es posible lograr o no determinados efectos, no obstante cualquier voluntad contraria, incluso mediante la justicia privada.

2. Objeto

i. Cosas o bienes o cosas y bienes

El art. 1883 del CCCN dispone que los derechos reales se ejercen sobre la totalidad o una parte material, por el todo o por una parte indivisa; pueden también consistir en un bien denominado taxativamente por la ley. Es decir que pueden ser su objeto las cosas, en todo o en parte, o un conjunto de cosas, como también bienes o derechos.

Esta innovación del Código unificado responde en cierta medida a una antigua y vieja digresión doctrinaria.

De la simple lectura del articulado de nuestro Código Civil velezano en el Libro II, del art. 497, y de las correspondientes notas, surge la certeza de que el codificador adoptó la doctrina clásica de los derechos reales. En las notas se cita a Demolombe, Ortolan, Maynz, Mackeldey, Aubry y Rau, Zacharie, Perdessus, Pothier, Duranton, Toullier y Freitas.

(10) Gatti, Edmundo, *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 155.

Todos los autores mencionados fueron decididos partidarios de la doctrina clásica de los derechos reales.

Así se desprende que para nuestro codificador, el objeto del derecho real es una “cosa”. Pero aquí es donde se producía el desacuerdo entre los autores nacionales, pues mientras algunos entienden el vocablo “cosas” en sentido estricto, otros sostienen que debe considerarse en su acepción amplia de acuerdo con la división romana de las “cosas” en materiales e inmateriales.

La mayoría de los juristas argentinos concordaban en que el objeto de los derechos reales está constituido por las “cosas” en su sentido estricto de objetos materiales. Esa opinión estaba sustentada principalmente por el art. 2311 y su nota.

Otros autores, como Alsina Atienza, expresaban concretamente que: “El derecho real recae sobre la ‘cosa’, pero esta expresión está empleada aquí *lato sensu*, con el alcance que tenía en Roma el vocablo *res*, de donde viene la denominación ‘derechos reales’, comprendiendo las cosas corporales y las incorpóreas; y no únicamente en la acepción estricta del art. 2311 del Código Civil reservada a los objetos materiales. Aunque lo más común sea que los derechos reales recaigan sobre bienes corporales, pueden incidir sobre patrimonios y sobre otros bienes”⁽¹¹⁾.

ii. Qué tipo de bienes

Anteriormente se explicitó de modo suficiente la diferencia entre las cosas y los bienes, como el concepto de cada uno de ellos. No obstante ello, en cierta medida se impuso con la reforma legislativa la opinión de Alsina Atienza y ello, a su vez, se vio reforzado mediante la incorporación de nuevos derechos reales, que son típicamente los que poseen como objeto derechos; así, el caso del tiempo compartido (art. 2087, CCCN).

Claudio Kiper⁽¹²⁾ manifiesta que no es sencillo encontrar en el Código casos de derechos reales cuyo objeto sean bienes y menciona, a modo de posibilidad, el crédito instrumentado en la prenda o el derecho de superficie cuando aún no se plantó, construyó o edificó.

(11) Alsina Atienza, Dalmiro A., “Las diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito”, en *JA*, 1956, Sec. Doctr., pág. 11.

(12) Kiper, Claudio, *Manual de derechos reales*, cit., pág. 18.

Jorge H. Alterini⁽¹³⁾ menciona entre los “derechos reales que indistintamente pueden tener por objeto cosas o derechos” el tiempo compartido, el usufructo, la hipoteca, la anticresis, el uso, la habitación y la servidumbre. Y como “derechos reales que recaen exclusivamente sobre cosas”, el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, el cementerio privado, la superficie, el uso, la habitación y la servidumbre.

iii. Principios elementales

Ya al momento de ocuparnos de las relaciones de poder, se trató de manera clara el concepto de cosas y bienes en general, lo cual es de aplicación en este estadio del estudio. Sin embargo, es útil tener presente las siguientes consideraciones:

- Debe tratarse de cosas existentes, individualizadas, ciertas, determinadas, pues, de lo contrario, difícilmente podría ejercerse eficientemente ese poder que implican los derechos reales.
- No pueden ser objeto de derechos reales los bienes del dominio público (art. 237, CCCN).
- Como regla general, los derechos reales recaen sobre toda la cosa, a excepción de algunos casos, como en la servidumbre, la habitación, la superficie, etc., que pueden consistir en partes materiales. Esto, desde ya, no significa que se divida la misma materialmente, pues ello dependerá de que la cosa sea divisible o no.

Piénsese, verbigracia, en el caso de la titularidad, es decir cuando corresponde a varias personas al mismo tiempo y se trata de un derecho real de los que se ejercen mediante la posesión (condominio, propiedad horizontal, etc.). La titularidad seguramente podrá repartirse en diferentes proporciones (equitativas o no, pues dependerá de un acuerdo de voluntades); mas ello no significa que el ejercicio también lo será solo en una proporción, sino que se expandirá sobre toda la cosa, resultando muy probable que los cotitulares se atengan a una especie de acuerdo o reglamento sobre la forma del uso o ejercicio, cosa no abarcada, en principio, por la noción de orden público imperante.

El error más frecuente, precisamente, se produce porque cuando se hace referencia a esta posibilidad sobre partes de una cosa, instintiva e

(13) Alterini, Jorge H., *Tratado de los derechos reales. Parte general*, cit., págs. 129 y 130.

inconscientemente se piensa en ejercicio o uso y, en realidad, tiene que ver con la constitución o la disposición de un derecho real determinado. Por ello mismo, Claudio Kiper, con acierto, insta a pensar en participación en el derecho real.

- Con respecto al cuerpo humano y la energía, resulta de aplicación lo desarrollado con respecto a las relaciones de poder.

3. Sujeto activo

i. Capacidad

Todas las personas que gocen de capacidad civil pueden ser titulares de derechos reales. Nuestro ordenamiento de fondo, a partir de su art. 22, reglamenta lo que podemos denominar la capacidad general del sujeto. Así, define la capacidad de derecho como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos estableciendo que la ley puede privar o limitar la misma respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, con lo cual no hace otra cosa que aclarar que, amén de la capacidad/incapacidad genérica para los actos jurídicos, existen incapacidades o inhabilidades específicas determinadas por ley y que, en la materia en tratamiento, tiene que ver con las llamadas inhabilidades para contratar.

La incapacidad de derecho siempre es relativa, pues no puede existir persona sin un solo derecho, aun los esclavos en la Antigua Roma llegaban a tener el derecho al peculio, por lo que podían hacer suyas las ganancias derivadas de la administración de la masa de bienes que el dueño ponía en sus manos para administrarla.

La violación de las incapacidades de derecho trae aparejadas nulidades de tipo absoluto, pues está comprometido generalmente el orden público, la moral, las buenas costumbres (art. 387, CCCN).

El art. 23 del CCCN trata la capacidad de hecho o de ejercicio de los derechos por sí misma, excepto las limitaciones legales y que menciona a renglón seguido (art. 24, CCCN): las personas por nacer, las que no cuenten con la edad o la madurez suficiente o las declaradas incapaces por sentencia judicial y de acuerdo con la misma extensión que establece tal resolución.

Esta incapacidad puede ser absoluta (persona por nacer o incapaces declarados judicialmente), porque no permite el ejercicio de ninguno de los derechos que le asisten al sujeto, o bien relativa (los menores de

18 años de edad que no cuenten con madurez suficiente, los inhabilitados y las personas con limitaciones de su libertad), cuando sí algunos derechos.

Pero lo cierto es que a la persona incapaz se le asigna un complemento para poder sortear de alguna manera su impedimento particular (progenitores, abogados del niño, tutores, curadores).

La violación de las incapacidades de ejercicio suelen provocar nulidades relativas, es decir que los respectivos actos pueden ser subsanados (art. 388, CCCN).

A diferencia del Código velezano, el actual plexo normativo brinda una serie de pautas orientadoras que establecen que la capacidad de ejercicio siempre se presume (presunción de tipo *iuris tantum*). Las limitaciones son siempre excepcionales y en protección de la persona. La intervención estatal será siempre de tipo interdisciplinario (involucrando a profesionales no solo del derecho sino también de la salud). La persona incapaz tendrá derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuados y que posibiliten su comprensión (recuérdese que en el anterior ordenamiento, el sordomudo que no podía hacerse entender por escrito era considerado un incapaz absoluto y tratado en su discapacidad del mismo modo que el demente; con la reforma de 2015 es considerado una persona con discapacidad auditiva y solo cuando por ningún medio pudiera comprender su entorno –art. 32, CCCN, *in fine*–, será considerada incapaz). La persona incapaz tendrá derecho a participar en el proceso judicial (donde se determine lo relativo a su incapacidad) con asistencia letrada proporcionada por el Estado si carece de medios y debe priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y las libertades (en clara concordancia con lo dispuesto por el art. 7, Ley 26.657 de Salud Mental).

ii. Prohibiciones especiales

Jorge H. Alterini menciona una serie de casos de limitaciones a la posibilidad de ser titular de derechos reales en razón de la extranjería, lo cual debe considerarse como limitaciones o incapacidades relativas de derecho.

Así el caso de la ley 26.737, que establece limitaciones de titularidad sobre inmuebles rurales con topes de superficie posible, la prohibición de que los extranjeros posean inmuebles ribereños de cuerpos de agua permanentes y de envergadura, como también la prohibición para que

los extranjeros sean titulares de dominio o poseedores de inmuebles en zonas de seguridad o frontera.

El art. 7 de dicha ley sanciona con nulidad todo acto jurídico en violación a tales disposiciones, lo cual refuerza la idea de que se trata de verdaderas prohibiciones de derecho.

Debe a todo evento recordarse que, por imperio del art. 10 del CCCN, los bienes raíces ubicados en el país son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto de su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos.

iii. Cotitularidad

Cuando varios sujetos resultan al mismo tiempo titulares de un mismo derecho real sobre una misma cosa, son llamados cotitulares y, en rigor jurídico, tal cual se trata en el derecho español, se da cuenta de la existencia de una comunidad.

Podemos decir que existe comunidad cuando una cosa o un derecho pertenece conjuntamente, pro indiviso, a dos o más sujetos. En cuanto a los presupuestos de la comunidad, son en general la unidad de objeto y la pluralidad de sujetos.

Por lo tanto, se excluye de la comunidad:

- Los casos en los que el objeto no es único sino divisible.
- Tampoco es comunidad cuando existen varios derechos diferentes que concurren sobre un mismo objeto, perteneciendo dichos derechos a sujetos distintos.

La comunidad tiene una vertiente individual y una colectiva. La vertiente individual significa que cada partícipe o comunero tiene una posición autónoma, una cuota o participación que forma parte de su patrimonio y que determina el ejercicio de unas determinadas facultades y derechos derivados de dicha cuota o participación. La vertiente colectiva se manifiesta en el hecho de que dicha comunidad esté regulada por las reglas de la proporcionalidad y la democracia.

La participación de cada comunero se mide mediante la llamada cuota. De esta forma, la cuota es la parte de la cosa que pertenece a cada copropietario y que mide el valor del derecho de cada participante y que, normalmente, se expresa mediante la participación porcentual.

Ya se ha tratado este tema con oportunidad de hablar del objeto de los derechos reales, donde se puso de relieve que la solución es distinta según se trate de cosas divisibles o indivisibles materialmente.

Cuando se trate de una cosa materialmente indivisible, cabe hablar de comunidad y, por tanto, de participación o alícuota. Así, por ejemplo, varios propietarios de un caballo pura sangre, donde la división es imposible por afectarse la integridad del todo, serán propietarios en distintas porciones indivisas o por partes iguales, según se hubiere determinado en el nacimiento del derecho real.

En el caso de cosas materialmente divisibles, puede o no existir comunidad pues nadie está obligado de por vida a mantener una indivisión, mucho menos tras la sanción del Código unificado, que en su art. 2001 prevé la posibilidad de mantener la indivisión por orden judicial hasta un máximo de 10 años, siempre y cuando se demuestre la nocividad de la partición. Si se pensara, verbigracia, en un rollo de tela de 20 metros, de titularidad de 5 personas, podrían ser cotitulares o bien, por acuerdo de mayoría, titulares singulares vía partición.

A todo evento se recuerda que las normas sobre el condominio son aplicables subsidiariamente a todo supuesto de comunión de derechos reales de otros bienes puesto que así lo contempla de manera expresa el art. 1984 del CCCN empleando el término comunidad.

iv. Cotitularidad y ejercicio de la posesión

No se debe confundir los casos de comunidad en la titularidad de los derechos reales con el ejercicio posesorio, cuando se trate de aquellos que se ejercen con la posesión.

La proporcionalidad de las alícuotas de titularidad no determina el mismo modo en el ejercicio posesorio de esa cosa.

Tratándose de una cosa indivisible y, por ende, con alícuotas en su titularidad, la posesión se ejerce por cualquiera de ellos o todos ellos, sobre la totalidad de la cosa, de un manera armoniosa y que permita el ejercicio de todos ellos (en el ejemplo del condominio del caballo pura sangre, no se puede montar solo una parte del animal, deberá seguramente acordarse sobre el uso compartido del mismo).

En las cosas divisibles, es posible ejercer las relaciones de poder sobre partes o fracciones o bien, todos los cotitulares sobre el todo. Es el clásico ejemplo del campo que admite cualquiera de las dos modalidades ya expresadas.

La diferencia radica en que en las cosas divisibles pueden coexistir dos relaciones de poder de la misma naturaleza, autónomas e independientes (así, se hablará de dos posesiones); mientras que en las indivisi-

bles, no, pues una excluye a la otra (argumento de los arts. 1913 y 1931, inc. 2, CCCN).

v. Derechos reales exclusivos

Existen derechos reales que solo admiten uno de la misma clase sobre la misma cosa al mismo tiempo. Así, no pueden confluir de manera contemporánea dos dominios diferentes sobre la misma cosa y tampoco derechos de cementerio privado, etc.

Otros admiten la posibilidad contraria, como los derechos reales de garantía o las servidumbres (*v. gr.*, dos o más acreedores hipotecarios en diferentes grados).

En los derechos reales no exclusivos, habrá pluralidad de titularidades (no cotitulares, pues estos se refieren a un mismo derecho real). Son derechos reales no exclusivos los de garantía, la servidumbre; también el uso y la habitación si las necesidades de sus titulares y familias son cubiertas.

Edmundo Gatti⁽¹⁴⁾ optaba por tratar este tema al distinguir entre derechos reales de la misma naturaleza o distinta. Con respecto a los últimos, sostenía que siempre y cuando ninguno se tratara del dominio (pues es el más amplio y abarca todas las facultades posibles), podían coexistir sobre la misma cosa los de habitación, servidumbre, hipoteca y anticresis, por lo cual, sin dudas, será ello un caso de varios titulares y respecto de la posibilidad de varios derechos de la misma naturaleza, según se trate de aquellos que admitan o no la concurrencia. Admiten la concurrencia los derechos reales de garantía y las servidumbres. Lo contrario ocurre con el derecho de dominio y el usufructo, pues no admiten concurrencia, ya que el mencionado *ius utendi* de ambos se superpondría.

4. Sujeto pasivo

Guillermo Allende explicaba el carácter absoluto de los derechos reales; con ello, sin dudas, se refería al llamado sujeto pasivo de los mismos, que suele omitirse en las variadas definiciones de manera expre-

(14) Gatti, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, págs. 184 y 185.

sa. Comentaba así que el derecho absoluto es aquel que tiene eficacia contra cualquiera, contra toda la sociedad, llegando a transcribir un ejemplo brindado por Freitas: “La condición distintiva de los derechos absolutos es que su correspondiente obligación afecta a la masa entera de las personalidades con las cuales el objeto de derecho puede estar en contacto. La cualidad propia de los derechos relativos, a la inversa, es la de recaer su peculiar obligación sobre personas ciertas y determinadas”⁽¹⁵⁾

El actual art. 1882 del CCCN no menciona la oponibilidad *erga omnes*, seguramente porque se refiere expresamente a las facultades de persecución y preferencia, lo cual no resulta exactamente lo mismo.

5. Facultades de persecución y preferencia

Cabe aclarar que los derechos reales ofrecen a su titular las siguientes facultades, a saber:

- Facultad de realización directa del interés: esta facultad permite al titular del derecho realizar el ejercicio de su interés sin necesidad de ninguna prestación de alguien para ello. Esta facultad puede variar según la naturaleza del derecho real. Por ejemplo, en los derechos de uso y disfrute, existirá la facultad de uso y de goce de la cosa y el consiguiente derecho a poseer la cosa. Sin embargo, en los derechos de garantía, el interés del titular quedará satisfecho pudiendo realizar el valor de la cosa gravada mediante los mecanismos establecidos por la ley. Puede haber posesión de la cosa por parte del acreedor (prenda o anticresis) o no haberla (hipoteca).

- Facultad de exclusión: consiste en impedir a los demás el acceso o goce de la cosa propia. Desde un aspecto represivo, la facultad de exclusión es un conjunto de medidas destinadas a poner término a la perturbación ya consumada. Desde un aspecto preventivo, la facultad de exclusión es la posibilidad de poner la cosa en unas condiciones tales que eviten la perturbación por parte de terceros.

- Facultad de oponer la titularidad real: el derecho real se puede oponer a terceras personas, ya que se ha de tolerar que se ejerzan los poderes y las facultades que forman parte de su contenido.

(15) Allende, Guillermo, *Panorama de derechos reales*, cit., págs. 27 y ss.

- Facultad de disposición: esta facultad consiste en la posibilidad que tiene el titular de un derecho real de enajenarlo o cederlo a un tercero, de autolimitarlo o de extinguirlo a través de la renuncia de ese derecho.

- La facultad de preferencia o prioridad: prerrogativa que establece que entre varios derechos concedidos de la misma naturaleza por un mismo titular sobre la misma cosa y eventualmente incompatibles entre ellos, el derecho que se adquirió con anterioridad excluye al adquirido posteriormente.

- Facultad de persecución (reipersecutoriedad): es el derecho del que disponen los titulares de los derechos reales que les permite exigir el uso o el disfrute que el derecho real comporte, cualquiera que fuera el poseedor y allí donde estuvieran los bienes.

Estas dos últimas facultades son mencionadas también en el art. 1886 del CCCN.

Explica Jorge H. Alterini⁽¹⁶⁾ que el *ius persecuendi* es algo connatural a los derechos reales y que excepcionalmente existe en otras situaciones como, por ejemplo, la acción revocatoria o pauliana, o el efecto de la nulidad absoluta.

6. Estructura legal

i. Diferenciación

Como ya se dijo, mientras que el art. 1882 del CCCN menciona que los derechos reales poseen una estructura legal, la definición citada del maestro Allende se refiere a que sus normas resultan sustancialmente de orden público. Ya adelantamos en su momento que esta nos parece mucho más completa e ilustrativa.

Ambas expresiones (estructura legal y orden público) engloban dos aspectos sustanciales que informan la materia, conocidos como tipicidad y *numerus clausus*; pero, en rigor de verdad, no son exactamente lo mismo.

La estructura de un derecho real hace a la esencia ontológica del mismo, a sus elementos indispensables, generales y específicos, también conocido como “tipicidad”.

(16) Alterini, Jorge H., *Tratado de los derechos reales. Parte general*, cit., pág. 150.

Por el contrario, la influencia del orden público resulta un concepto mucho más amplio y abarcativo, pues fundamenta también casi toda la *vita itinerary* de los derechos reales; de allí nuestra preferencia por la definición del ilustre Dr. Allende.

ii. Tipicidad

Orlando de Carvalho⁽¹⁷⁾, citado por Leopoldo Peralta Mariscal, definía la tipicidad como la tendencia del derecho de las cosas a ofrecerse en moldes característicos. Es decir que hablar de tipicidad implica hablar de tipos o moldes prefijados, de modo tal que nos permite identificar si un derecho subjetivo puede ser considerado un derecho real o bien si un derecho real puede considerarse alguno de los previstos taxativamente por la ley (en los sistemas que adhieren al principio del *numerus clausus*).

Así da cuenta el mismo Leopoldo Peralta Mariscal cuando expresa que: "...Los tipos dan una buena idea, aunque no perfecta, de la noción común de todos. Si aprehendemos todas las significaciones de los derechos reales, podemos llegar a una idea bastante aproximada del concepto de derecho real... Esto es así porque cuando los tipos son varios, lo que tienen en común implica la recepción, aunque imperfecta, de la noción a la que se refieren..."⁽¹⁸⁾.

Así, el propio art. 1882 del CCCN importa una tipología que brinda el concepto de derecho real, como también los distintos artículos que definen a cada uno de los derechos reales en particular.

Un error usual es concebir o asimilar la tipicidad con el principio de *numerus clausus*, pues la tipicidad también opera en el sistema contrario de *numerus apertus*. Uno u otro principio solo dan cuenta de la posibilidad o imposibilidad de que el catálogo de derechos reales sea ampliado por la autonomía de la voluntad de los propios particulares.

Pero aun en el sistema de *numerus apertus* resulta de utilidad la tipicidad, pues permite determinar la naturaleza de los distintos derechos y analizar las situaciones dudosas.

(17) Peralta Mariscal, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales*, cit., págs. 45 y 46.

(18) Peralta Mariscal, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales*, cit., págs. 47/49.

Así, por ejemplo, en el derecho español, donde impera el *numerus apertus*, el art. 2, segundo apartado, de la Ley Hipotecaria señala que en el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre u otros cualesquiera reales. La coletilla del art. 2.2, “y otros cualesquiera reales”, parece dejar abierta la posibilidad de crear nuevos derechos reales. En numerosas resoluciones se ha admitido la registración de figuras que contienen derechos reales atípicos pero no todo derecho real atípico es inscribible en el Registro, pues están sometidos a estrictos límites y requisitos.

El principio rector básico español en materia de derechos de obligación es el de la autonomía de la voluntad; sin embargo, este principio queda limitado en materia de derechos reales por el principio de orden público. Se prevén diversas limitaciones a la autonomía de la voluntad. Estas son: que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público.

La Disposición General de Registración Notarial reconoce que la creación de derechos reales atípicos debe considerarse siempre excepcional, sometida a estrictos límites y requisitos que aparecen a continuación:

- El nuevo derecho real debe cumplir los requisitos típicos de los derechos reales, es decir, no puede contradecir el marco general existente de derechos reales como se desprende de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966. Debe respetar las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.

- No debe contradecirse el orden público, entendido preferentemente como orden público económico.

- Es necesaria una descripción adecuada del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse conforme el art. 9 de la Ley Hipotecaria. Se debe perfilar con claridad todos los aspectos sobre su contenido y ejercicio del derecho.

Aun en los sistemas que permiten la creación de derechos reales por los particulares, estos deben acatar ciertas limitaciones, lo que implica que, indefectiblemente, la tipicidad siga operando.

iii. Orden público

Desde antaño se ha definido el orden público como ese conjunto de principios y valores que trascienden el exclusivo interés particular. Así, al decir de Horacio De la Fuente: "...La manera de entender el orden público se puede reducir a dos posturas:

- El que lo concibe como un conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.

- Y el que considera que se trata de una cuestión que responde a un interés general colectivo, por oposición a una de índole privada, en la cual solo juega un interés particular -que es la que se entiende receptada por nuestro sistema jurídico-”⁽¹⁹⁾.

Los arts. 12, 1882,1884 y 2533 del actual CCCN, como también el antiguo art. 2501, concretan acabadamente la noción de orden público inmobiliario, pues no resulta disponible a los particulares nada de lo referente a lo que llamo la *vita itinerary* de los derechos reales, por lo que queda claro que se refiere a la estructura legal de los mismos, al punto de castigar con nulidad cualquier convención que la desnaturalice en algunos de sus tramos. Ya el propio Vélez en la nota del antiguo art. 3965 reconocía los tintes de orden público y utilidad social.

iv. Incidencia correcta del orden público

El mentado orden público impregna los hitos más importantes en la vida de un derecho real (no solo su estructura); así las formas y los modos de adquisición, lo referente a su extinción, etc.

Numerosos autores coinciden en que solo revisten orden público las llamadas normas estatutarias, precisamente las que se refieren a la mencionada estructura, y no así las reglamentarias (que admiten convención de particulares)⁽²⁰⁾.

(19) De la Fuente, Horacio H., “Los jueces y las leyes de orden público”, *LL*, 2004-F-79.

(20) Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales*, Editorial Zavalía.

v. La necesidad de un orden público

Comprendiendo el motivo u origen de una institución jurídica determinada, será más sencillo fijar sus propios alcances, por lo que si bien escapa a los fines del presente trabajo la evolución histórica, cuanto menos debe reconocerse que la experiencia de la civilización ha demostrado y marcado la necesidad de regular ciertos aspectos de lo que se considera la riqueza de un país, para evitar principalmente el estancamiento de bienes o las dificultades en la explotación y/o intercambio de los mismos.

Así lo menciona Raymundo Salvat⁽²¹⁾ cuando, haciendo un desarrollo del concepto de propiedad, da cuenta de que en la época feudal, existía una gran cantidad de gravámenes y cargas. Luego, refiriéndose ya a las desmembraciones del dominio⁽²²⁾, explica que durante la Edad Media surgieron nuevos derechos reales en forma de rentas o gravámenes, con graves consecuencias jurídicas y económicas.

Y a lo anterior se aduna la importancia que revisten a la riqueza y soberanía de un país los bienes inmuebles⁽²³⁾, por lo que se comprende fácilmente el porqué de un orden público inmobiliario.

vi. Dinámica del orden público inmobiliario

El actual art. 1884 del CCCN decreta la nulidad de todos aquellos casos en que las partes configuraran un derecho real no previsto en la ley o modifiquen su estructura, diferenciándose así del anterior similar art. 2502, que proponía la subsistencia como derecho personal en la medida en que fuera así también posible.

A simple vista, pareciera que la reforma del año 2015 impuso una sanción más severa; de manera categórica, ahora se introduce el término “nulidad”. Es decir que no tiene valor alguno cualquier afectación a los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación,

(21) Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, cit., págs. 327 y ss.

(22) Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, t. II, págs. 2 y ss.

(23) Peralta Mariscal, Leopoldo L., *Sistemas de derechos reales*, cit., págs. 166 y ss.

transmisión, duración y extinción del derecho real⁽²⁴⁾, aunque existiría alguna flexibilidad en el caso de cementerios privados y tiempos compartidos, donde específicamente los arts. 2080 y 2105 refieren a reglamentaciones de uso donde predominaría evidentemente la voluntad de los particulares; casos similares se presentan en el condominio con la posibilidad de los convenios sobre uso y goce (art. 1986, CCCN) y también la posibilidad de pactar el destino de los bienes en el usufructo (art. 2145, CCCN); normas típicamente reglamentarias y, por ende, con cierta injerencia de los particulares.

vii. Conclusiones

Luego del desarrollo anterior, queda suficientemente claro que el uso del término estructura en la definición de los derechos reales del Código no llega a explicar todas las demás aristas involucradas.

La noción de la incidencia del orden público abarca todos los aspectos más trascendentales en la vida del derecho real, mientras que la estructura hace referencia solo al ser en una situación estática.

Por el contrario, el orden público involucrado implica una visión dinámica del itinerario de vida de los derechos reales.

Muchos autores consideran el principio rector de *numerus clausus o apertus* (según el sistema imperante) como conexo de la tipicidad y, así, un desprendimiento lógico de la estructura del derecho real; cuando, a decir verdad, subyacen en una noción mucho más amplia y abarcativa, como es la del orden público.

Por cierto que el orden público no constituye un elemento del derecho real, pero sí el viento norte que se hace sentir en toda su vida, por lo que resulta un concepto mucho más desarrollador de la noción de derechos reales.

(24) Vítolo, Daniel R., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. 2, Erreius, 2016, pág. 1855.

7. Oponibilidad. Publicidad

i. Concepto

Ya al momento de referirnos a la exteriorización de las relaciones de poder, dimos cuenta suficiente de lo que debía entenderse por publicidad y su necesidad, pues, sin dudas, es la exteriorización misma de la existencia actual del derecho real.

La publicidad de los derechos reales es una consecuencia de su carácter absoluto y está íntimamente ligada a lo atinente del sujeto pasivo, pues como decía Vélez en la nota del antiguo art. 577 del CC, “nadie está obligado a respetar un derecho que no conoce”.

Sin embargo, es bastante discutible si la publicidad constituye o no un elemento del derecho real. No caben dudas de que resulta una cuestión trascendental a los fines de su respeto, cuidado y eficiencia; pero debe desentrañarse si la falta de publicidad impide que exista un derecho real o no, pues, en caso afirmativo, se trataría de un elemento de tipo constitutivo.

ii. Sistema de publicidad en el Código Civil unificado

El art. 1893 del CCCN establece que se requiere publicidad suficiente para que el derecho real sea oponible a terceros interesados de buena fe, con lo cual indica que el derecho real puede existir sin publicidad o con publicidad insuficiente; solo que la extensión de su respeto será menor.

Así, entre las partes, transmitente y adquirente, el derecho existe y es oponible aun cuando no se diera cumplimiento con la publicidad registral propia de los derechos reales sobre inmuebles. La parte final del artículo citado lo confirma cuando dispone que “No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”.

Se considerará publicidad suficiente la registral o la posesoria, según el caso. Así, en las cosas registrables (inmuebles y muebles), mediante la inscripción en el Registro respectivo, mientras que en las no registrables (muebles), la posesión, aclarando que en los sistemas de inscripciones registrales constitutivas (buques, automotores, caballos pura sangre, etc.), la inscripción también constituye el modo de transmisión del derecho (no solo su publicidad).

Por ello, desde el enfoque analizado, la publicidad no resultaría un elemento constitutivo e imprescindible de los derechos reales, pues aun en el caso de la registración constitutiva, el modo es la inscripción y no la publicidad en sí misma.

iii. La publicidad como elemento no constitutivo pero esencial

El desacuerdo de mucha parte de la doctrina es analizar la publicidad de los derechos reales de manera aislada e individual, pues de tal forma no llega a apreciarse cabalmente su real dimensión dinámica.

Sostenemos que la publicidad no es un elemento constitutivo de los derechos reales, pero sí un elemento esencial. Puede existir un derecho real sin publicidad suficiente, mas nunca en todo su esplendor.

Ya se mencionaron como elementos de los derechos reales al sujeto activo, al sujeto pasivo, la oponibilidad, las posibilidades de persecución y preferencia. La publicidad, indefectiblemente, despliega influencia en todos los nombrados.

En la oponibilidad y el sujeto pasivo de los derechos reales es donde con mayor claridad se corrobora tal afirmación.

Si bien alguna doctrina, como Edmundo Gatti, considera que la publicidad no es necesaria para que se cumpla la llamada “obligación pasiva universal” (está concebida como un deber de abstención que pesa sobre toda la comunidad, de respetar los derechos reales ajenos) y otros, como Jorge H. Alterini⁽²⁵⁾, niegan la existencia de la misma asimilándola a una ilusión, una afirmación exagerada, que para nada incide en el patrimonio de esos genéricos deudores y que, a su vez, también está presente en los derechos personales o de crédito pues, básicamente, tiene que ver con el principio de no invasión de áreas jurídicas ajenas; lo cierto es que hace al carácter absoluto de los derechos reales por autonomía de los derechos personales.

Ese carácter absoluto radica fundamentalmente en la posibilidad de reclamar, verbigracia, la restitución de la cosa objeto del derecho real aun de manos de quien previamente ningún compromiso documentado estableció con el titular y esto fue una cuestión ya percibida en Roma, pues así el carácter impersonal de las *actio in rem*. Estas acciones (tam-

(25) Alterini, Jorge H., *Tratado de los derechos reales. Parte general*, cit., págs. 38 y ss.

bién denominadas reales) estaban destinadas a la protección de las cosas y los derechos de sucesión o de familia y podían ejercitarse contra toda persona que pusiera obstáculos al ejercicio de los mismos, al punto tal que la respectiva *intentio* de la fórmula (una especie de demanda de hoy en día) no contenía el nombre del accionado.

Precisamente, la posibilidad de ir contra cualquiera que de alguna manera agrediera el objeto del derecho real sin importar que haya o no asumido un compromiso previo es lo que explica esa especie de obligación pasiva universal, lo cual, terminológicamente, no es algo acertado.

La publicidad, sin dudas, influencia este aspecto que prefiero llamar “impersonalidad pasiva del derecho real”, en la medida en que si no fuera posible conocer el titular de un derecho real, seguramente sería extremadamente difícil que acaecieran figuras tales como la usurpación, el hurto, el abuso de confianza, etc.

8. La causa de los derechos reales

i. Concepto

Decía Freitas en la nota al art. 317 del *Esboço* que todos los derechos del Código no existían de antemano sino que eran efectos de algún hecho, como causa productora y que debía distinguirse el hecho causal del hecho que era objeto del derecho real.

La causa es uno de los elementos que produjo un gran debate doctrinal en torno a su conceptualización. Así, algunos identifican la causa con el origen o nacimiento del contrato; otros, con la finalidad de las partes al celebrarlo, mantenerlo y ejecutarlo. Por ello se habla de causa-fuente y causa-fin.

No obstante lo anterior, el art. 1012 del CCCN dispone que se aplica en tal tema lo referido a la causa de los actos jurídicos en general, es decir, lo previsto por los arts. 281 y ss. de dicho ordenamiento, a saber:

“Artículo 281. Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

“Artículo 282. Presunción de causa. Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera”.

“Artículo 283. Acto abstracto. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice”.

Por ello se colige que con la reforma del año 2015, se adhiere al concepto de causa-fin, es decir, la finalidad que ha sido relevante para contratar, pues se ha enrolado en la llamada doctrina o posición neocausa-lista, desarrollada en nuestro derecho por Videla Escalada y seguida por Borda, López Olaciregui y Cifuentes, entre otros.

Para Videla Escalada, el concepto más exacto de la causa, como elemento esencial de los actos, es la finalidad o la razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de causa uniforme y repetida, incluyendo los motivos psicológicos relevantes que impulsaron a las partes a concluir el acto. A estos últimos se refiere la parte final del art. 281 del CCCN, al mencionar los motivos exteriorizados.

ii. Discusión sobre su carácter de elemento

Si confrontamos el concepto de los derechos reales como hechos jurídicos, es decir, hechos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, extinción de relaciones o situaciones jurídicas existentes, en romance del art. 257 del CCCN, relacionándolo con el concepto legal de acto jurídico (art. 259, CCCN), sin dudas se puede concluir que los derechos reales son actos jurídicos causados por hechos y estos últimos, sus causas.

Así, Edmundo Gatti⁽²⁶⁾ hablaba de los hechos jurídicos reales sentando que podían producirse ya por una causa enteramente fuera del hombre, a la cual no ha podido ayudar ni poner obstáculo, o bien tratarse de hechos humanos. Si la accesión natural como hecho es causa de

(26) Gatti, Edmundo, *Derechos reales. Teoría general*, cit., pág. 241.

la adquisición del dominio, así la mezcla o la edificación, como hecho, es una causa humana.

Pero lo cierto es que no se menciona la causa en la definición legal indicada, como tampoco se la trata en la mayoría de los textos de la materia.

Es más que probable que por no resultar la causa un elemento propio o exclusivo de los derechos reales y sí de los actos jurídicos en general, no se le dispense mayor desarrollo.

Pero cabe preguntarse, entonces, si es posible la existencia de un derecho real incausado, como una forma de corroborar hasta qué grado la causa es un pilar constitutivo o solo eventual de los derechos reales.

Debe recordarse que en algunos casos, la validez de determinadas relaciones jurídicas es independiente del cumplimiento o defecto de las finalidades o propósitos tenidos en cuenta por sus otorgantes. Bajo tales supuestos, surge la teoría de los actos abstractos, que ha tenido amplio desarrollo en la doctrina germánica y que ha sido aceptada también para casos determinados en las legislaciones de tipo latino.

Admitir la existencia de un acto abstracto no tiene un alcance absoluto, sino que se admite solo con carácter provisional a efectos de defender la seguridad jurídica de terceros de buena fe que se hallen vinculados a una relación no constituida por ellos.

En los actos causados, la carencia, ilicitud o falsedad de causa determina su invalidez; en los abstractos, esas circunstancias no juegan inicialmente cuando el acreedor pretende el cumplimiento –es decir, el deudor no podría invocarlas como defensas frente a la acción del acreedor–; pero una vez que ha pagado lo que se le reclamaba, puede accionar contra el acreedor para obtener la restitución de lo pagado. Se señala que no se trata de que el acto abstracto carezca de causa fin –elemento de todo acto jurídico– sino que lo relativo a ella no obste al éxito de un reclamo del acreedor fundado en un título suficiente.

Se cita como ejemplo el caso del firmante de un título circulatorio comercial como un cheque, pagaré o una acción de sociedad anónima, especialmente cuando son al portador.

Entonces, deviene necesario determinar si sería posible un derecho real incausado o abstracto, cosa que en nuestra opinión es imposible pues la respuesta es brindada por la interpretación armónica de los arts. 1882 y 1884 del CCCN, en cuanto se deja bien aclarada la estructura legal de los derechos reales y la consecuente imposibilidad de que los

particulares la modifiquen o bien que hagan nacer derechos reales no contemplados en el catálogo legal.

La posibilidad de un derecho personal incausado en cierta medida se fundamenta en una mayor libertad de los particulares a la hora de crearlos, modificarlos y hasta extinguirlos; cosa que, como ya se ha visto, no sucede con los de carácter real.

Por ello es que ni el art. 1882 del CCCN ni la mayoría de las obras dedican un apartado especial a la causa; no debe interpretarse por ello que no constituye un elemento del derecho real, pues, como todo acto jurídico, lo posee, solo que el marco causal está mucho más determinado y rígido.

FIN DE LA PREVISUALIZACIÓN

Adquirilo en nuestra tienda online:

garciaalonso.com.ar

cuotas sin interés
envío gratis