

## CAPITULO VI. LOS DERECHOS REALES

*1. El patrimonio. Concepto. Composición. 2. Las cosas. Cosas y bienes. Concepto. 2.1 Clasificación de las cosas 3. Los derechos reales. 3.1 La posesión. 3.2 Los derechos reales en la cosa propia. 3.2.1. La propiedad. 3.3 Los derechos reales en la cosa ajena. 3.3.1 Las servidumbres.*

### 1. El Patrimonio. Concepto. Composición

En el Derecho romano no existió una elaboración completa en torno a la idea de patrimonio, por lo menos tal como la entendemos los modernos. El vocablo latino *patrimonium* etimológicamente significa: “*bienes que el hijo tiene heredados de sus padres*”; por eso, desde su mismo origen, el concepto de patrimonio romano quedaba reducido sólo a la universalidad jurídica formada por todos los bienes, créditos, derechos y acciones del cual puede ser titular una persona. Esta sería la idea **lata** de patrimonio; pero, en forma estricta, patrimonio era para los romanos el conjunto de bienes una vez deducidas las deudas. De tal manera que quedan excluidas del concepto de patrimonio romano las deudas y obligaciones que tuviere el sujeto. Así queda solamente constituido por los elementos que se desprenden del titular como sujeto activo, excluyendo los elementos derivados de su situación pasiva en las relaciones jurídicas.

En el Derecho moderno, sin entrar en discusiones doctrinarias, se llama patrimonio a “*una universalidad jurídica integrada por la totalidad de los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria de que puede ser titular una persona y las obligaciones y cargas del mismo carácter que la gravan*”, según la definición difundida por los comentarios franceses, en especial AUBRY ET RAU.

Así VELEZ SÁRSFIELD en la nota explicativa del artículo 2312 del Código Civil Argentino nos dice que: “*el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas*”.

Esta noción no es otra que la concepción del patrimonio **como atributo de la personalidad**, consecuencia de las ideas individualistas que conciben a las relaciones de propiedad como prolongación de la personalidad humana, tal como lo hemos estudiado en otro trabajo. De esta concepción del patrimonio como atributo de la personalidad, se derivan las siguientes consecuencias:

No puede concebirse persona sin patrimonio ni patrimonio sin persona. Todo sujeto de derecho debe tener necesariamente un patrimonio y, recíprocamente, no puede pensarse en la existencia de un patrimonio son un sujeto que sea su titular.

Se trata de una **universalidad jurídica**, considerada como conjunto desde el punto de vista pecuniario, ya que los distintos elementos que lo componen forman una masa abstracta, independiente y distinta de cada uno de sus componentes. Dentro de esa masa los variados elementos pierden su individualidad y solamente son valorados pecuniariamente, es decir, por la utilidad que pueden procurar. De tal modo que los distintos elementos resultan fungibles entre sí, ya que si una cosa, por ejemplo, es vendida por su precio, saldrá del patrimonio pero éste quedará intacto pues el dinero subrogará del patrimonio pero éste quedará intacto pues el dinero subrogará a la cosa manteniendo el mismo estado patrimonial.

Está compuesto tanto por el **activo** como por el **pasivo** de una persona. Se trata de una noción amplia de patrimonio donde quedan abarcados tanto los derechos reales como personales, contemplados estos últimos en su doble aspecto de **crédito o activo** y de **deuda, obligación o pasivo**. De tal manera que si bien generalmente el patrimonio tiene un valor positivo, puede darse el caso de un patrimonio representado por una cifra negativa, tal como ocurre en el caso de insolvencia donde el pasivo es superior al activo.

Es intransmisible en vida de su titular, pues como derecho de la personalidad es inajenable. Sólo puede transmitirse por causa de muerte y ello en virtud de que el heredero continúa la personalidad del causante, lo que trae por consecuencias la confusión de patrimonio.

Es garantía común de los acreedores, ya que en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones, pueden aquellos ejecutar los bienes de éste hasta cubrir sus créditos.

Aunque pueden darse algunas situaciones donde transitoriamente exista un patrimonio sin un sujeto titular, como sucede en el caso de las herencias yacentes. En efecto, dentro del proceso sucesorio, existe un intervalo de tiempo que transcurre entre el momento de apertura de la sucesión y su aceptación por parte del heredero en el cual el patrimonio del causante conserva su unidad constituyendo un ente jurídico con la capacidad tanto activa como pasiva por propia de un sujeto *–hereditas iacens–*. Esta entidad puede realizar negocios, estipular y hasta obligarse por medio de un curador encargado de representarla.

Como hemos visto el patrimonio está fundamentalmente integrado por derechos reales y personales o de crédito. A estos últimos nos hemos referido en el capítulo anterior por lo cual nos dedicaremos en éste a los primeros.

De cualquier modo antes de entrar propiamente en el estudio de los distintos tipos de derechos reales conviene detenerse en otros temas previos.

## 2. Las cosas. Cosas y bienes. Concepto

Como sucede con otros términos jurídicos, no debe confundirse el término técnico **cosa** con el significado vulgar del mismo. Desde el Derecho romano el término técnico cosa *–res–* tiene un sentido diferente al vulgar. Por un lado, cosa en sentido jurídico, es un término más amplio que la expresión vulgar pues quiere significar: “todo lo susceptible de ser objeto de un derecho patrimonial”, comprendiendo en tal idea tanto los objetos corporales como incorporales que pueden ser sometidos al poder jurídico del hombre y apreciados económicamente. Pero, por otro lado, el sentido vulgar de cosas es más amplio que el jurídico porque no todas las cosas son susceptibles de ser objeto de derecho.

El artículo 253 C.C nos dice que “Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son ...”

O sea, a las **cosas susceptibles de ser objeto de un derecho patrimonial** se les denomina "**bienes**".

## 2.1 Clasificación de las cosas

Lo primero que debemos aclarar es que nos referimos aquí a las cosas consideradas en forma aislada y no como parte de universalidades de cosas. En ese sentido las cosas se distinguen y clasifican teniendo en cuenta su naturaleza, considerándolas “en sí mismas” o por su “relación a las personas”, para usar la terminología poco precisa del Código Civil.

### a) Cosas corporales e incorporales

“Artículo 258 C.C. Cosas corporales son todas, excepto los derechos reales y personales, que son cosas incorporales. “

El jurisconsulto romano GAYO, luego de conceptuarla como la máxima división de las cosas, nos informa que tal distinción fue elaborada primero por los filósofos griegos y luego receptada por sus colegas romanos, para los cuales todas las cosas son *corporales* o *incorporales*. El jurista las transformó en ideas jurídicas y de allí fue pasando sucesivamente a distintos textos históricos hasta llegar al bagaje conceptual moderno.

Nos enseñaba GAYO que son cosas corporales aquellas que “por su naturaleza” “pueden ser tocadas”, es decir, que, por sus propiedades, pueden caer bajo nuestros sentidos, que pueden ser conocidas a través de la vía sensorial, como un animal, un libro o una joya. En cambio, existen otras cosas que no pueden ser captadas por los sentidos pues son ideas, conceptos que sólo pueden entenderse intelectualmente; estas son las cosas incorporales que no son sino los derechos subjetivos patrimoniales en cuanto pueden ser también objeto de las relaciones jurídicas patrimoniales. Así son jurídicamente cosas, por ejemplo, los derechos hereditarios o los derechos de crédito, que pueden ser bienes susceptibles de entrar en el tráfico jurídico.

Como bien lo ha señalado BIONDO BIONDI no debe confundirse corporeidad o materialidad con individualización material.

“No se debe confundir materialidad con individualización material. La individualización puede advenir materialmente, delimitando la cosa del espacio circundante, pero puede tener lugar también idealmente. Un líquido o un gas encerrado en un recipiente está individualizado materialmente, pero también el agua corriente, el gas o la corriente eléctrica que discurre por un determinado conducto son siempre cosas materiales, no obstante la continua movilidad y el variar de la entidad corpórea; la individualización tiene lugar no sólo mediante separación material, sino también idealmente (tantas **horas** de agua) o bien mediante instrumentos mecánicos (contadores). La individualización ideal vale también respecto a las cosas que **prima facie** son corporales. Tenemos, por ejemplo, el suelo: también éste es susceptible de individualización ideal, esto es, no mediante separación material, sino con signos que permitan individualizar una parte, puesto que el Derecho toma en consideración no todo el orbe terráqueo, sino sólo parte de terreno; análogamente el edificio, sino se considera en

su totalidad, se individualiza sólo idealmente (por planos, por exposiciones, etc.). Una cosa es, por tanto, materialidad de las cosas y otra individualización que puede siempre su tanto material como ideal”.

La importancia de esta clasificación ha sido modernamente cuestionada, o desvalorizada. De cualquier modo, las críticas son injustificadas y la clasificación sigue conservando vigencia en la medida que resulta siempre útil distinguir entre cosas corporales e incorpóreas en el plano práctico.

A título de ejemplo, la posesión –en cuanto poder o señorío de hecho sobre una cosa- sólo puede imaginarse ejerciéndose sobre cosas corporales, aún cuando por extensión junto a la **possessio rei** se admita la **possessio iuris**- “cuasiposesión”: entendida como ejercicio de hecho de un derecho, de manera siempre excepcional, frente a la idea de que sólo puede ser objeto de posesión las cosas que presenten entidad corpórea. Esta y otras diferencias prácticas que se irán viendo oportunamente nos hacen aseverar que la división de Gayo sigue conservando plenamente su importancia, más allá de cualquier discusión o diferencia doctrinal.

No obstante, resulta evidente, que la distinción entre cosas corporales corpora- y derechos –iura- presenta cierta incoherencia lógica por cuanto al hablar de cosa corporal nos referimos a la cosa misma sobre la que recae el derecho y no al derecho mismo y cuando nos referimos a la cosa incorpórea nos referimos al derecho y no a la cosa. En realidad –dice Biondi- si consideramos la cosa sobre la que recae el derecho, es cosa corporal el fundo sobre el que recae sea la propiedad sea el usufructo; si por el contrario, consideramos al derecho todos los derechos son incorpóreas, sea tanto el derecho de propiedad como el usufructo.

El problema se reviva ya que Gayo no enumera entre los derechos –res incorporalis- a la propiedad por considerarla materializada en su objeto; así la propiedad queda absorbida en las “res corporales”, como bien lo ha indicado Iglesias. Es que los romanos no decían: yo tengo un derecho sobre la cosa, sino: “esta cosa es mía”. De cualquier manera la oposición ente corpora y iura se mantiene inalterada, los **corpora** son siempre cosas corporales y los **iura** son siempre incorpóreas aunque la cosa sobre la que recae el derecho sea corporal.

Ahora bien, la categoría de cosas corporales pues, a su vez, su objeto de diversas clasificaciones, que pasamos a estudiar.

**b) Cosas en el patrimonio y fuera del patrimonio. Cosas en el comercio y fuera del comercio.**

También en GAYO encontramos estas dos grandes clasificaciones de las cosas. **Cosas en el patrimonio y cosas fuera del patrimonio**, clasificación ligada a otra de cosas en el comercio y cosas fuera del comercio.

En cuanto a la primera distinción, una cosa será patrimonial o extrapatrimonial, según esté o no esté, respectivamente, comprendida en el patrimonio de una persona jurídica. En cambio, según la segunda distinción, una cosa será fuera o dentro del comercio, según sea susceptible o no, respectivamente, de ser objeto de los negocios jurídicos.

Decimos que estas clasificaciones tienen puntos en común, pues en algunos casos concretos una cosa puede pertenecer a ambas categorías, pudiendo introducir a error. Pero

la clasificación de cosas en el patrimonio y fuera del patrimonio está basada en el análisis de una situación de hecho, consistente en estar dentro o fuera del patrimonio de una persona, en cambio la división de las cosas da el comercio y fuera del comercio, alude a la aptitud de la misma cosa para ser objeto de los negocios jurídicos.

Es evidente que en el mundo jurídico romano la segunda clasificación es la que más significado tiene, por su importancia.

Ahora bien, todas las cosas que no son de derecho divino, son de derecho humano, profanas, que a su vez pueden ser cosas comunes o cosas públicas, en cuyo caso se trata de cosas fuera del comercio; o cosas privadas o cosas singulares, en cuyo caso entran dentro del tráfico comercial. A esta última categoría nos referimos oportunamente, analizamos ahora los dos modos restantes, por tratarse de las dos formas de cosas fuera del comercio.

Cosas comunes son aquellas cuya misma naturaleza impide la apropiación individual, y que según el concepto romano, pertenecen por derecho natural, en común a todos los hombres. En las fuentes se señalan como cosas comunes al aire, al agua corriente y las costas del mar.

Cosas públicas, son aquellas que no obstante considerarse también comunes, pertenecen al pueblo romano, y que eran destinadas al uso público mediante una ceremonia llamada la “publicatio”, cosas comunes, pudiendo ser usadas por los particulares siempre y cuando no afectaren un derecho ajeno. Tal el caso de las vías, los puertos y los ríos, que lo son por naturaleza, y otros contruidos por el hombre para el uso público y que hoy, modernamente pertenecen al Estado.

De estos pasajes es necesario distinguir cuales son las cosas públicas que no están en los bienes de nadie, y cuales son las cosas privadas que no están en los bienes de alguno (**res nullius**)

### c) **Cosas simples, cosas compuestas. Universalidad de las cosas**

“Cosa simple es la que los griegos llamaban cosa unitaria, es decir, la que es por naturaleza un solo todo; así un bloque de mármol o una estatua esculpida en un bloque, un ser animado, una barca hecha con un tronco de árbol. Compuesta es, en cambio, la cosa constituida por varios fragmentos de la misma o de diversas materias, unidos por la industria humana para servir a cierto destino: así una nave, un armario, una casa”, nos enseña POMPONIO.

El sentido práctico de la clasificación resulta claro y de gran utilidad, ya que la cosa simple subsiste mientras su naturaleza o uso lo permitan, su deterioro o destrucción afecta a la unidad en su totalidad; mientras que, la cosa compuesta, supone que sus diferentes partes renovarse sin que implique la pérdida o disminución de la totalidad.

De ningún modo deben confundirse las cosas compuestas con las llamadas universalidades de cosas que no son sino una suma de cosas individuales que por razones diversas forman una nueva unidad.

Así se habla de **universalidad de hecho** para designar a aquellos conjuntos de cosas individuales que por razones naturales o económicas se consideran una unidad, tal el caso del rebaño u otras reuniones análogas de animales, de una biblioteca o una colección de cuadros y de **universalidad de derecho** para nombrar a un conjunto de cosas de diferente

naturaleza que reunidas forman una unidad jurídica, tal el caso de la herencia o del patrimonio.

**d) Cosas divisibles, cosas indivisibles**

Denomínense cosas divisibles a aquellas que pueden fraccionarse en varias sin perder, salvo proporcionalmente, su valor o utilidad original. Cosas indivisibles son, por el contrario, las que no pueden dividirse sin pérdida, destrucción o disminución significativa de su utilidad o valor originario (ejemplo: un animal vivo).

Como puede advertirse el criterio se asienta sobre la naturaleza misma de las cosas que pueden a veces, permitir o no su división. Es lo que podríamos llamar **divisibilidad o indivisibilidad**.

Junto a este criterio de **divisibilidad o indivisibilidad material** encontramos otros que llamamos **divisibilidad o indivisibilidad ideal o jurídica**. Y esto sucede pues hay cosas que si bien son indivisibles desde un punto de vista material admiten sin embargo una divisibilidad ideal, en la medida que permiten ser gozadas parcialmente. Así un caballo materialmente indivisible puede ser gozado parcialmente por sus co- propietarios, en la medida de sus correspondientes derechos. Así una moneda de cien pesos no puede dividirse materialmente, pero admite su fraccionamiento jurídico en unidades menores equivalentes. Por otro lado una cosa materialmente divisible podría no serlo jurídicamente. Así un fundo, que podría ser fraccionado materialmente, podría también verse impedido en su división al establecerse legalmente una unidad económica determinada mínima.

A su vez ciertas cosas incorpóreas –derechos- no admiten división ni material ni jurídica, como en el caso de las servidumbres prediales que son indivisibles.

**e) Cosas fungibles y no fungibles**

**Cosas fungibles** son aquellas que se identifican, no por su individualidad, sino por su calidad y cantidad y que, por lo tanto, pueden ser sustituida unas por otras sin variar la relación. **No fungibles** son en cambio, aquellas identificadas e individualizadas y que, por lo tanto, no pueden ser reemplazadas por otras. Ejemplos de las primeras: vino, dinero, alimentos, etc. Ejemplos de las segundas: cuadro de tal pintor, caballo, etc.

**f) Cosas consumibles y no consumibles**

**Consumibles** son aquellas cosas que se destruyen con su primer uso. **Inconsumibles** son aquellas susceptibles de un uso repetido.

Al primer tipo de cosas pertenecen todas aquellas cuyo primer uso trae consigo la destrucción física –ejemplo: manzana- o económica –ejemplo: dinero-, o, simplemente su transformación, como el caso de una materia prima –ejemplo: cuero- que se convierte en un nuevo objeto: zapatos. Al segundo tipo de cosas pertenecen todas aquellas que pueden ofrecer más de un uso, independientemente que se deterioren, según el diáfano pensamiento clásico.

Nuestro Código Civil incurre en un grosero error al confundir estas clasificaciones cuando sostiene, en su artículo 257 que “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles, según que se consuman o no por el uso a que están destinadas.”

**g) Cosas muebles e inmuebles**

Desde un punto de vista meramente físico la distinción entre estas dos categorías es fácilmente apreciable y podría casi decirse que es intuitiva. Desde el punto de vista jurídico el criterio subjetivo de la movilidad tiene múltiples deficiencias. No siempre son coincidentes el criterio físico y el jurídico. Existen algunos bienes “muebles” que legalmente son considerados como inmuebles (sin embargo, algunos autores siguen poniendo como fundamento de la clasificación la diversidad física).

La distinción tuvo sus orígenes históricos en la mayor relevancia social que ha tenido en las diversas épocas el factor tierra, razón por la cual se ha predispuesto para él un particular régimen con especiales manifestaciones en lo que se refiere a los aspectos formales y sustanciales de los actos de disposición sobre éste, los mismo que en cuanto a otros aspectos relativos a su titularidad, por ejemplo los que tienen que ver con la identificación del bien; así, en cuanto a los inmuebles la identificación puede hacerse con los datos del registro y con su situación, naturaleza y, sobre todo, linderos. Ya en la Ley de las XII Tablas encontramos, por ejemplo, un mayor tiempo de usucapión para los inmuebles respecto al existente para los muebles. La distinción llegó hasta el Derecho francés donde se hacía la diferencia entre las “heritages” (heredades) y los “coteaux” estando las primeras sometidas a especiales tutelas. En esta época se revela el desprecio hacia la riqueza mueble con el principio “vilis mobilium possessio” que determina entre ambos grupos de cosas diferencias profundas inspiradas en la idea de una más amplia protección de la propiedad inmobiliaria”. “El Código se detiene en esta distinción a causa de de que la propiedad inmobiliaria tuvo en el Derecho Intermedio y común un significado jurídico y político muy distinto de la mobiliaria; constituyó el fundamento del poder político; al dominio sobre inmuebles vino a unirse la jurisdicción del señor; se la miraba como única fuente de riqueza, en que surgió a su lado, poderosa rival, la riqueza mobiliaria. A la propiedad territorial iba unida la dignidad y la importancia social de la familia. También en el Derecho germánico encontramos destacados los inmuebles por su especial función social.

Actualmente “sólo por inercia pueden seguirse considerando ‘*res viles*’ los bienes muebles”; la distinción ha perdido en parte su sentido dado que hay riqueza mueble de mayor importancia económica que la misma tierra. Por ello, desde el punto de vista socio-económico la distinción está desprovista de su significación tradicional... “surge la necesidad, que responde a la conciencia social del tiempo, de una clasificación de los bienes según su importancia”.

A pesar de estas observaciones el régimen jurídico derivado de estos factores históricos de orden socio-económico continúa teniendo vigencia. Así, existen requisitos formales mayores para un acto de disposición de un pequeño lote de terreno que para la disposición, por ejemplo, de valiosos títulos o joyas. Estos ejemplos nos revelan la necesidad de una revisión del criterio tradicional.

Nuestro Código contiene múltiples reglas que reafirman la distinción.

En materia de forma y publicidad de los convenios traslativos o constitutivos de derechos reales sobre inmuebles existen formalidades especiales para la eficacia frente a terceros: deben inscribirse en el Registro Público (artículos 268, 459, 460, 462 y 463 del Código Civil), mientras que tales actos, cuando tienen por objeto bienes muebles no tienen estas formalidades (con algunas excepciones como en materia de autos y vehículos) y la eficacia del negocio opera a partir del traspaso material del bien (artículo 481 del C.

Civil).

El Código de una manera totalmente ligera y desprolija se refiere a la clasificación en los siguientes términos:

“Artículo 254 Son inmuebles por naturaleza: 1. Las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra. 2. Las plantas, mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas.

Artículo 255 Lo son por disposición de la ley: 1. Todo lo que esté adherido a la tierra, o unido a los edificios y construcciones, de una manera fija y permanente. 2. Las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles.

Artículo 256 Todas las cosas o derechos no comprendidos en los artículos anteriores, son muebles. “

Correctamente debería distinguirse entre **inmuebles por su naturaleza** –el suelo, las cosas incorporadas a él de manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre- e **inmuebles por accesión** – las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter perdurable, como podrían considerarse los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra-.

Las plantas, mientras están unidas a la tierra y los frutos pendientes no son inmuebles por naturaleza –en sentido jurídico- sino inmuebles por accesión, en aplicación del principio de accesoriedad según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal; las plantas son accesorias del suelo y los frutos pendientes accesorios de las plantas.

En doctrina se habla de otra categoría: los **inmuebles por su destino**, que serían aquellas cosas que, siendo muebles han sido establemente destinadas al servicio de un fundo; es necesaria una destinación y duradera.

Se habla también de “pertenencias” con relación a “cosas muebles físicamente independientes, cuyo destino permanente, en consonancia con las nociones generales de la vida, es el servir a los fines económicos de una cosa principal”. Se ha aclarado, sin embargo, que puede haber pertenencia tanto de muebles como de inmuebles. También en las pertenencias, al igual que en las universalidades, tenemos una pluralidad de bienes que es tomada en consideración por su utilidad unitaria. Sin embargo, esta hipótesis es diversa respecto a la universalidad patrimonial. Las “pertenencias” siguen siendo las que son. Se trata de utilidades conexas unas al servicio de otras. Por ejemplo, hablamos de pertenencia cuando hay una utilidad de adorno, como cuando se agrega una estatua a un jardín.

También hay “pertenencia” propiamente de servicio, o funcional, como en el caso de un silo o un molino que se agrega a una finca. Tenemos en estos ejemplos una utilidad principal y una accesoría. Se produce una accesión jurídica por la que las relaciones que tienen por objeto la cosa principal afectan la accesoría.

Cuando la aptitud de los objetos para moverse o ser movidos no sea suprimida (por unirse a inmuebles o por destinación) nos encontramos frente a **cosas muebles**.

Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas, **semovientes** –los animales- o por una fuerza externa –auto móviles, naves, materiales de construcción, plantas y frutos separados-.

### 3. Los derechos reales

Ya hemos hecho referencia a la noción de derechos reales –por oposición a derechos personales o de crédito definiéndolos como aquellos que se constituyen sobre las cosas y que trae la obligación *erga omnes* (para todos) de respetar ese derecho real.

Los hemos caracterizado como derechos absolutos –por oposición a relativos-, patrimoniales –por oposición a no patrimoniales- y privados –por oposición a públicos-.

Nuestro Código Civil, los define incorrectamente, afirmando: “Artículo 259. Derecho real es el que se tiene en una cosa, o contra una cosa sin relación a de terminada persona. Todo derecho real supone el dominio o la limitación de alguno o algunos de los derechos que éste comprende. El derecho real puede constituirse para garantizar una obligación puramente personal.”

El nuevo Código Civil y Comercial argentino lo define: “derecho real es 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 este Código” (artículo 1882)

Corresponde ahora referirnos a las distintas clases de derechos reales, pero antes de ello creemos conveniente referirnos a una institución a la cual nuestro Código Civil califica equivocadamente como “derecho” siendo, como explicaremos una situación jurídica protegida por el Derecho.

#### 3.1 La posesión

El origen etimológico deriva de la voz latina *possessio* y ésta de *possidere* la cual está compuesta de *poss* y *dere* cuya traducción es el poder de sentarse o de fijarse en alguna parte.

**Posesión** es el **poder físico** de una persona sobre una cosa (elemento objetivo: *corpus*) ejercido con el **ánimo del dueño** de la cosa (elemento subjetivo: *animus domini*), sin consideración al derecho que el sujeto pueda tener sobre la cosa (es decir, puede o no ser resultado del derecho de propiedad).

Esto la diferencia de otras figuras jurídicas con las que tiene una relación estrecha.

Con la **propiedad**, ya que la posesión se manifiesta por simples actos materiales de uso y de goce (*corpus – animus*), mientras que el propietario hace emanar ese uso y goce de un título, lo cual significa que, por un medio reconocido y garantizado por la ley, se ha convertido en propietario (*corpus-animus-título*).

Con la **tenencia**, se diferencia porque esta consiste en la simple detentación física de la cosa (*corpus*) faltando el elemento subjetivo (*animus*) ya que el tenedor es siempre quien tiene una cosa actualmente reconociendo en otro la propiedad de dicho bien.

Son célebres las discusiones sobre la naturaleza de la posesión acerca de si se trata de un “derecho” (IHERING) o de un” hecho protegido por el derecho (SAVIGNY).

Hoy se sostiene, sin duda, que la posesión es un **hecho** pero puede producir efectos jurídicos por ser un hecho reconocido y protegido por la ley que lo garantiza como

un derecho.

No existe propiamente un derecho de posesión, sino una situación fáctica concreta que, por distintas razones, se quiere proteger otorgándole al poseedor instrumentos procesales de defensa de esa situación.

Se distingue, por un lado, entre dos tipos de posesión: **posesión justa** y **posesión injusta**. La distinción está basada en el modo en cómo se entra en la posesión.

El que ingresa a la propiedad por un medio permitido (lícito), será poseedor justo; el que adquiera la posesión por un modo no deseado (ilícito) será un poseedor injusto.

Así la posesión injusta es viciosa: **posesión violenta** (por medio de la violencia física o moral), **posesión clandestina** (por medio del ocultamiento), y **posesión precaria** (en caso de que una persona que cede una cosa con carácter precario y luego pide su devolución y se le niega a devolverla).

Por otro lado, se distingue entre posesión de buena fe y de mala fe. La **posesión de buena fe** emana del propio concepto de posesión jurídica y es aquella propia de quien está persuadido de la legalidad de su posesión. La posesión es de **de mala fe** cuando el poseedor sabe que esa posesión es injusta o viciosa.

La posesión, se pierde cuando dejan de existir ambos elementos, (como ocurriría si la cosa fuese vendida) o cuando el poseedor pierde alguno de ellos (pérdida del corpus o pérdida del ánimos)

Por último, se habla de **cuasi posesión** para extender la protección posesoria a las servidumbres por medio de interdictos y sin necesidad de justificar el derecho en que se basan. La cuasi posesión es el ejercicio de una servidumbre con ánimo de ejercerla en el carácter de titular de ella, están resguardadas por acciones, cuando ellas están legalmente constituidas.

### 3.2 Los derechos reales en la cosa propia

Se ha distinguido desde siempre entre **derechos reales en la cosa propia** –*in re propria*- (propiedad) y **derechos reales en la cosa ajena** –*in re aliena*- (derechos que se ejercitan sobre cosas cuya propiedad pertenece a otra persona).

Aunque tradicionalmente se ha considerado al derecho de propiedad como el prototipo del derecho real sobre la cosa propia, la reciente legislación argentina menciona a la copropiedad, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la propiedad superficiaria.

Sin ánimo de polemizar, se trata, en el fondo, de distintas manifestaciones del derecho de propiedad.

Se señalan como derechos reales en la cosa ajena las servidumbres prediales y personales –usufructo, uso, habitación- y los derechos reales accesorios o de garantía –hipoteca, prenda y anticresis-.

Con relación al propietario los derechos reales sobre la cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales.

### 3.2.1 El derecho de propiedad

El derecho de propiedad es un derecho real absoluto, exclusivo, excluyente y perpetuo que otorga a su titular las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites permitidos por la ley.

Absoluto, porque como todo derecho real se ejerce *erga omnes* frente a un sujeto pasivo universal que tiene que abstenerse de actuar. Exclusivo, porque el derecho no puede tener más que un titular. Excluyente, por otorga la facultad de excluir a extraños del uso, goce y disposición de la cosa. Perpetuo, porque no tiene límite en el tiempo y subsiste independientemente de su ejercicio.

Otorga el derecho de usar –*ius utendi*- la cosa conforme a su naturaleza, de gozar –*ius fruendi*- es decir de tomar los frutos naturales o civiles que la cosa produzca y de disponer –*ius abutendi*-

### 3.2.2. Los derechos reales en la cosa ajena

Como hemos visto, la propiedad es el derecho real por excelencia pero no el único. Existen otros derechos que se ejercitan también sobre cosas, más sobre cosas cuya propiedad pertenece a otra persona. De ahí que se les denomina derechos sobre cosa ajena (*iura in re aliena*).

Como hemos adelantado, se mencionan como derechos reales en la cosa ajena las servidumbres prediales y personales –usufructo, uso, habitación- y los derechos reales accesorios o de garantía –hipoteca, prenda y anticresis-.

#### 3.2.2.1 Las servidumbres. Nociones generales

En realidad, como veremos a continuación, es difícil una conceptualización genérica de servidumbres pues bajo este nombre se agrupan una serie de instituciones que, no obstante algún elemento común que permite llamarlas tales, son distintas entre sí.

Pero ensayando una definición omnicompreensiva decimos que la servidumbre es un derecho real que, restringiendo los poderes del propietario de una cosa, importa un beneficio a favor de un predio o de una persona.

Entonces, habrá servidumbre, como derecho real sobre cosa ajena, siempre y cuando el propietario vea limitados sus derechos a favor de una cosa inmueble o una persona. Es decir, esta limitación puede estar concebida de modo que beneficie a otro inmueble (**servidumbres prediales**) o que beneficie a una persona determinada (**servidumbres personales**).

Algunas legislaciones, como la costarricense, siguiendo el Derecho clásico romano, consideran como servidumbres sólo a las prediales, tratand o a las personales, usufructo, uso y habitación, como categorías especiales y autónomas de las servidumbres.

Para nosotros, independientemente de la cuestión sistemática, que en realidad tiene poca importancia, el usufructo, el uso y la habitación son servidumbres personales y, como tales, las estudiaremos en este punto.

### **Modos de adquisición y de extinción**

Los **modos de constitución** de las servidumbres pueden resumirse así: por negocio jurídico (*inter vivos* o *mortis causa*), por adjudicación, por deducción, por prescripción y por ley.

Es lógico que la fuente principal del nacimiento de estos derechos reales sea la voluntad del dueño de la cosa, voluntad que puede manifestarse bien en **negocios jurídicos** *inter vivos*, de acuerdo con el que va a ser titular de la servidumbre, o bien, unilateralmente, en actos jurídicos *mortis causa*. Más no sólo por voluntad del propietario se constituyen las servidumbres. En los juicios divisorios de condominios se admite que, como una consecuencia de la situación en que queda la cosa al dividirse, puedan **adjudicarse** servidumbres para equilibrar la partición. También puede darse la situación de que, al momento de enajenar, el vendedor deduzca, se reserve, en su favor un derecho de servidumbre (**deducción**). También como sucede con el derecho de propiedad las servidumbres pueden adquirirse por el ejercicio continuado de las mismas en ciertas condiciones y durante determinado tiempo (**prescripción**). También existen servidumbres que se constituyen por disposición legal (**ley**).

En cuanto a los **modos de extinción**, las servidumbres pueden acabar por **confusión** -y esto sucede cuando tanto el fundo dominante como el sirviente pasan a ser propiedad de la misma persona-, por **no uso** –cuando en las servidumbres que suponen un derecho de actuar el titular del fundo sirviente no hace uso de ese derecho durante cierto tiempo-, por **prescripción liberatoria** –cuando el derecho de servidumbre consiste en impedir que el propietario del fundo sirviente no haga y el propietario del fundo sirviente deja transcurrir los plazos para oponerse- y por **destrucción** –del predio dominante o del sirviente-.

### **Tipos y paradigmas fundamentales**

Se dividen en **servidumbres prediales rústicas** y **servidumbres prediales urbanas**. El criterio diferencial que está no expreso en las fuentes, sino que ha de inducirse de la calificación que en ellos se da figuras concretas de servidumbres suele ponerse en la naturaleza del fundo dominante. En el derecho justiniano parece que para ser calificada como urbana basta con que lo sea uno de los dos fondos, el dominante o el sirviente.

Las servidumbres rústicas eran aquellas constituidas sobre fundos no edificadas que se hallaran en la ciudad o en la campaña.

Según la utilidad que proporcionan al fundo dominante, pueden ser:

De **paso o pasaje**, subdividida en tres modalidades: iter, actus y vía. Confería el iter la facultad de atravesar por el fundo sirviente a pie o a caballo; la segunda permitía además el paso de bestias y carros; y la vía, que era la más amplia, se caracterizaba por la fijación de una faja de determinado ancho por la cual se podía transitar libremente.

**De acueducto.** Derecho de hacer pasar una corriente de agua por el fundo sirviente.

**De estanque.** Derecho de sacar agua para satisfacer las necesidades del fundo dominante.

**De pastaje.** Derecho de hacer pastar y abreviar los animales en el fundo sirviente.

### **Servidumbres personales**

Las servidumbres personales son derechos reales constituidos sobre una cosa en beneficio de persona determinada.

#### **Diferencias con las prediales**

En tanto que las servidumbres prediales constan de un fondo dominante y otro sirviente, las personales se componen de una cosa determinada y de una persona que aprovecha sus beneficios.

Además, las servidumbres prediales son perpetuas, las personales se caracterizan por su temporalidad.

Las servidumbres prediales consisten en beneficios que un fondo sirviente proporciona a otro dominante y del cual aprovechan el propietario y sus sucesores; las personales benefician a personas determinadas.

En tanto las servidumbres prediales son constituidas generalmente atendiendo elevados intereses agrícolas, o para facilitar la convivencia de los habitantes de dos fundos contiguos, las personales se estipulan en provecho exclusivo de una persona determinada, sin que trascienda su finalidad a la esfera de los intereses públicos.

### **Usufructo**

Del usufructo las fuentes nos dan una definición debida a Paulo. Es, pues, un **derecho real que concede el uso y los frutos de una cosa ajena, dejando a salvo la sustancia de la misma**. O sea, que el usufructuario tiene el usus y fructus. El propietario entonces sólo conserva el abusus, limitado por los opuestos intereses del usufructuario, por que su derecho (del propietario) se denomina nuda propiedad

### **Facultades del usufructuario**

La fundamental es la de adquirir los frutos de la cosa y como esto no sería posible sin desarrollar sobre ella las actividades necesarias, tiene también el uso de la cosa.

Los **frutos** a que tienen derecho son tanto los **naturales** como los **civiles**. Los primeros los adquiere por la percepción, no bastando la simple separación; por tanto, los que están pendientes o aunque separados, no percibidos aún al cesar el usufructo, pertenecen al propietario. Los frutos civiles, por el contrario, se adquieren día por día, se hayan o no cobrado efectivamente.

Hay que aclarar que no tiene derecho a los productos, que son derivados de la cosa que n se producen en forma periódica, que pertenecen al nudo propietario.

Para facilitar la comprensión de estos conceptos expondremos algunos ejemplos; frutos son las cosechas (naturales), el producto del alquiler de una casa (civiles), o del trabajo del hombre, como las piezas de alfarería (industriales).

**Productos** son los minerales extraídos de una cantera, (cuya principal característica es que no se renuevan). Así el usufructuario no puede cortar árboles salvo que se tratara de montes de talar, pues en este caso dejarían de ser productos para convertirse en frutos de

la cosa, ya que estos montes son renovables por naturaleza.

### **Obligaciones del usufructuario**

Aparecen, naturalmente, en relación con el propietario de la cosa y se refieren en primer lugar a la conservación de la misma y a su devolución cuando él usufructo finalice. El usufructuario debe usar la cosa en la forma que lo haría el propietario mismo, es decir en forma mesurada, siendo responsable de los perjuicios que ocasione, pudiendo el nudo propietario perseguirlo por los daños ocasionados por imprudencia o negligencia, éstos no pueden ser obligatoriamente exigidos.

Si se niega a restituir la cosa al finalizar el tiempo de duración del usufructo, el propietario puede exigir la restitución ejercitando la rei vindicatio.

El usufructuario no puede ceder ni enajenar el usufructo, pues debe usar la cosa para si mismo, pero le es permitido transferir el goce de la cosa quedando él como titular del derecho.

### **Constitución**

En general, el usufructo se constituye por los mismos medios que las servidumbres prediales, si bien cabe decir que el procedimiento más frecuente fue el legado.

### **Extinción**

El usufructo se extingue por:

- a) Muerte del usufructuario. Por tratarse de un derecho estrictamente personal no pasa jamás a los herederos del usufructuario. Tratándose de personas morales, se extingue a los cien años de la fecha de constitución, en razón de que éste era el máximo tiempo de duración de a vida humana, según los romanos.
- b) Destrucción de la cosa. Total o parcial si ha perdido sus cualidades esenciales o no es susceptible de ser destinada al fin para el cual el usufructo ha sido creado.
- c) Renuncia del usufructuario. Originariamente debía realizarse por la in iure cessio, pero al desaparecer ésta en tiempo de Justiniano parece posible que la simple restitución de la cosa fuera suficiente.
- d) El no uso. Si el usufructuario mismo o no un tercero en su interés no realizaban actos de goce y uso, en el tiempo que la ley fijaba (en la época clásica, un año para los muebles y dos para los inmuebles; y bajo Justiniano, diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sean muebles o inmuebles).
- e) La consolidación. Adquisición por el usufructuario de la propiedad de la cosa sobre la que ejerce su derecho.
- f) Expiración del término prefijado. Pese a que el usufructo es por naturaleza vitalicio, puede en ciertos casos estipularse un plazo de vencimiento.
- g) Confusión. Reunión en una misma persona de la calidad de propietario y usufructuario de la cosa. Esta es así porque, como ya sabemos, la servidumbre no puede constituirse sobre una cosa de propiedad del constituyente.

### **Cuasi usufructo**

El usufructo es un derecho que solamente puede caer sobre cosas corporales fructíferas no consumibles por el uso. Pero en materia de sucesiones mortis causa sucedía frecuentemente que los testadores dejaban a una persona la propiedad y a otras el usufructo de todo o parte de su patrimonio, en el cual había cosas de diferentes clases.

Un senadoconsulto de comienzos del Principado, referente al legado de la totalidad del patrimonio y la jurisprudencia posterior, ampliando la medida al usufructo de cosas singulares consumibles, admitieron la posibilidad de que, en tales casos, las cosas consumibles se atribuyan al usufructuario en propiedad, con la obligación de devolver una cantidad igual de las mismas. Este derecho es el que se denomina cuasi usufructo.

### **Uso**

Es el derecho de usar una cosa ajena conforme a las necesidades del usuario. En principio el usuario sólo tiene derecho a *usus* o *ius utendi* de la cosa, pero en ciertos casos especiales (ejemplo: uso de un campo, de una manada de ovejas) como el beneficio que lograría el usuario sería nulo, se permite a éste sembrar y recoger cosechas, tomar un poco de leche de los animales.