

LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y SU EJERCICIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

POSITIVE SERVITUDES AND THEIR EXERCISE IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

*Guillermo Darío Principi***

Resumen: El presente trabajo se ocupa de analizar el artículo 1891 del Código Civil y Comercial, referido a las servidumbres positivas y la posesión, que a raíz de su aparente imprecisión terminológica es susceptible de generar confusión a la hora de hacer aplicable ciertas instituciones jurídicas que derivan de la posesión o que tienen relación con ella, por ejemplo, el sistema de acciones posesorias y reales, la posibilidad de adquisición de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, su clasificación como relación de poder, entre otros aspectos.

Palabras-clave: Servidumbres positivas - Posesión - Código Civil y Comercial - Relaciones de Poder - Acciones Posesorias.

Abstract: The present work deals with analyzing article 1891 of the Civil and Commercial Code, referring to positive easements and possession, which, due to its apparent terminological imprecision, is likely to generate confusion when applying certain legal institutions that derive from the possession or that are related to it, for example, the system of possessory and real actions, the possibility of acquisition of real rights through the acquisitive prescription, its classification as a relationship of power, among other aspects.

Keywords: Positive easements - Possession - Civil and Commercial Code - Power Relations - Possession Actions.

* Trabajo recibido el 28 de febrero de 2020 y aprobado para su publicación el 19 de marzo del mismo año.

** Abogado. Notario. Profesor de Derecho Privado V (Derechos Reales) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Notarial y Registral de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-mail: guilleprincipi@hotmail.com

Sumario: I. Introducción. II. Acerca del término posesión. III. El art. 1891 del Código Civil y Comercial. IV. Las servidumbres positivas y las relaciones de poder. V. Servidumbres positivas y acciones posesorias. VI. Nuestra opinión. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Advertimos la necesidad de indagar sobre la aparente imprecisión terminológica en que incurre la norma del artículo 1891 del nuevo Código Civil y Comercial al referirse a las servidumbres positivas, principalmente en un tema tan central y controvertido como es el de la posesión, que ha hecho discutir a los autores desde tiempos inmemoriales.

La importancia del problema de redacción de la norma deviene en virtud de estar ubicada metodológicamente dentro del Capítulo I, Título I del Libro IV del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC) referido a los principios comunes a todos los derechos reales, configurando una verdadera parte general. Con lo cual, su aparente imprecisión terminológica es susceptible de generar confusión a la hora de hacer aplicable ciertas instituciones jurídicas que derivan de la posesión o que tienen relación con ella, verbigracia, el sistema de acciones posesorias y reales, la posibilidad de adquisición de derechos reales a través de la prescripción adquisitiva, su clasificación como relación de poder, entre otros aspectos.

La necesidad de una expresión correcta de los términos jurídicos se hacía sentir desde la vigencia del Código velezano; no obstante, es notable la mejoría del nuevo ordenamiento jurídico en ese sentido. Sin perjuicio de ello, la norma del art. 1891 del CCC desde su primera lectura nos obliga a formular una serie de interrogantes a la hora de su interpretación.

Cuando la mencionada disposición expresa "(...) Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión (...)", lo primero que nos preguntamos es, en qué medida, el titular de un derecho de servidumbre positiva, puede ejercer actos posesorios sin ser al mismo tiempo poseedor. También se observa el mencionado desacierto en el mismo título de la norma en cuestión, cuando refiere a la clasificación de los derechos reales según su ejercicio, sea por la posesión o por actos posesorios.

Este y otros interrogantes que se formularán a lo largo del presente trabajo nos conducen a reflexionar sobre el tema.

II. Acerca del término posesión

Previamente es necesario precisar el concepto de posesión, en su sentido más estricto, en el ámbito de los derechos reales, para evitar la utilización de este térmi-

no de manera inapropiada, diferenciándolo de otras acepciones que se pretenden señalar con la misma expresión.

En un sentido estricto la posesión se encuentra definida en el art. 1909 del CCC: “Posesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. El nuevo Código Civil y Comercial, en lo que se refiere a la posesión, continúa en la misma línea filosófica que su precedente¹. Vale decir, y sin pretender desarrollar acabadamente el tema pues excede la finalidad del presente trabajo, que para hablar de posesión es necesaria la reunión de los dos elementos típicos de la teoría de Savigny, esto es, el objetivo y el subjetivo.

El elemento objetivo es representado por el *corpus*, que en la definición normativa se lo expresa diciendo “ejerce un poder de hecho”. Se sostiene que el *corpus* es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa. No debe confundirse con la cosa en sí misma, pues ésta es el objeto de la relación real².

Por su parte el elemento subjetivo, esto es, el *animus domini o animus rem sibi habendi* se desprende de la cláusula del artículo citado cuando expresa “comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. Tradicionalmente es el elemento más cuestionado por los autores. En el art. 2351 del derogado Código Civil, Vélez lo identificaba con la expresión “intención de someterla (a la cosa, que es el objeto de la posesión) al ejercicio de un derecho de propiedad”. No obstante, no lo dejaba librado a la exclusiva voluntad interna del sujeto, pues en el art. 2353 prescribía: “Nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión”. Esto se mantiene en el nuevo ordenamiento conforme surge de los arts.

(1) KIPER, Claudio. *Tratado de Derechos Reales - Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994*. T. I. Ed. Rubinzal - Culzoni, 2016, p. 90. “(...) Se aprecia la adhesión a la teoría subjetiva de Savigny, con alguna atenuación, ya que pone el acento en el comportamiento en lugar de la intención (...)”. En realidad, se consideraba que también en el derogado Código, el comportamiento del sujeto cumplía un rol protagónico para determinar la relación de poder. Véase VENTURA, Gabriel B. “Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles”, en *“Liber Amicorum” en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tomo 1, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, p. 649 y ss.; también en <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/> (búsqueda del 18 de abril de 2019) el citado autor elabora un concepto de posesión diciendo que “(...) es la situación en la que se encuentra un sujeto que se comporta ejerciendo una facultad determinada, con independencia de si tiene o no el derecho de hacerlo (...)”.

(2) KIPER Claudio. Ob. Cit., p. 83, “El *corpus* es el poder de hecho sobre la cosa, el poder físico; es la posibilidad de disponer físicamente de una cosa”. MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Astrea, 2000, p. 151: “el objetivo (*corpus*) (...) es definido por Savigny como la posibilidad física de disponer de la cosa”. Una particular postura se expresa en GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *Derechos Reales*, Tomo I, 2a ed., Abeledo Perrot S.A., 2015, p. 173: “El *corpus*, como su nombre lo indica, es la cosa corpórea, la materializada sobre la cual se van a ejercer actos posesorios”. Como se expresa en el texto principal, el *corpus* no es la cosa sino la posibilidad de disponer físicamente de la misma.

1909 y 1915, sosteniendo alguna doctrina que “El Código ha mejorado la definición ya que pone el acento en el comportamiento”³ y no en la exclusiva intención del sujeto.

En general la doctrina para explicar con más precisión este elemento suele acudir a la figura de la tenencia, relación de poder en virtud de la cual quien está en ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa carece de este comportamiento y, por el contrario, reconoce en otro sujeto un señorío superior⁴.

Vélez Sarsfield en su Código utilizó el término “posesión” en diversos sentidos o criterios. Basta recordar -a modo de ejemplo- la norma del art. 732 del derogado Código Civil cuando mencionaba “el pago hecho al que está en *posesión del crédito*”; también el art. 1514 cuando refería a entregar la *posesión al locatario*. Asimismo, cabe citar las normas referidas a la posesión de herencia, tales como los arts. 3410 y su nota, 3412, 3413, entre otros. También cuando denominaba *tercer poseedor* al adquirente de un inmueble hipotecado que no ha asumido la deuda en el Cap. V, Tít. XIV “De las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores, propietarios de los inmuebles hipotecados”⁵.

Este último caso, denominado “tercer poseedor”, a nuestro modo de ver resulta criticable, generando confusión, por lo que consideramos es correctamente corregida en el nuevo ordenamiento⁶. A modo de ejemplo puede citarse, entre otros, el art. 2199 refiriéndose a la “responsabilidad del propietario no deudor” para identificar

(3) KIPER Claudio. Ob. Cit., p. 92.

(4) MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Zavallia, 7ª edición, Buenos Aires 2004, p. 113. MUSTO, Néstor Jorge. Ob. Cit., p. 143. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, Tomo I, Abeledo Perrot, 1992. nro. 1111/26. KIPER, Claudio. Ob. Cit., p. 90.

(5) VENTURA, Gabriel B. *Derechos y obligaciones del poseedor (...)*, Ob. Cit., p. 5. El destacado jurista cordobés defiende una noción amplia del término posesión: “En realidad la expresión ‘posesión’ ha sido injustamente apropiada por quienes analizamos el tema desde la perspectiva de los derechos reales, ya que a decir verdad se trata de una institución mucho más amplia. Comprenderlo así ayuda sobremanera a una correcta interpretación de esta institución. Por ello nos gusta apelar a los conceptos de Vélez cuando se refiere a la posesión en otras circunstancias que no sean el ejercicio de un derecho real. En efecto el concepto aparece también en el Código de Vélez al regularse la ‘posesión de estado’. En la bellísima nota del Codificador al viejo artículo 325 del CC.: ‘Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser el padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial (...). La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso”.

(6) ÁRRAGA PENIDO, Mario O. *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía - Derechos Reales*, Claudio Kiper (Dir.), Ed. Rubinzal - Culzoni, 2004, Tomo III, p. 392 “La designación de ‘tercer poseedor’ (arts. 3163, 3164, 3166, 3167, 3169 a 3171, 3175 a 3185) configura una terminología que coadyuva a la confusión, pese a la expresa aclaración hecha por el Codificador en el Capítulo V, Título XIV, Libro Tercero, porque ese poseedor es a la vez propietario”.

al tercero que constituye la garantía y a quien adquiere el bien gravado con la misma sin obligarse al pago del crédito.

Sin embargo, queda por dilucidar dentro del contexto señalado, la norma del art. 1891 del nuevo Código Civil y Comercial cuando en su segundo párrafo pareciera no lograr coherencia. Creemos que en esta oportunidad el problema deviene, entre otras razones, por la adhesión a cierta corriente doctrinaria que entiende que, en las servidumbres positivas, su ejercicio se traduce en la ejecución de actos posesorios sobre el fundo sirviente sin ser necesario que el inmueble sea entregado al titular de ella.

III. El art. 1891 del Código Civil y Comercial

Sin fundamento alguno, el nuevo CCC se aparta en esta cuestión del proyecto de 1998, el que en su art. 1823 disponía: “Ejercicio a través de actos posesorios. Todos los derechos reales se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres negativas, la hipoteca, la prenda y la indisponibilidad voluntaria. Hay ejercicio por la posesión aunque los actos materiales no importen el apoderamiento de la cosa”. Como puede observarse, el proyecto de 1998 excluía -en materia de servidumbre- únicamente a las negativas del ejercicio por la posesión y, con una mayor claridad conceptual, no identificaba la posesión con la detentación o apoderamiento de la cosa.

Evidentemente, en el art. 1891, 2º párrafo del CCC, el legislador no ha utilizado el término posesión en su sentido más estricto, sino en un sentido amplio, identificándolo con la cosa en sí misma.

En efecto, el art. 1891 del CCC clasifica a los derechos reales en cuanto a su ejercicio, expresando: “Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”. En primer lugar, debe considerarse que la norma se encuentra ubicada metodológicamente dentro del Capítulo I, Título I del Libro IV referido a los principios comunes a todos los derechos reales. El mencionado Título I denominado “Disposiciones Generales” configura una auténtica parte general de todo el libro IV, dando respuesta así a un viejo reclamo de la doctrina en torno al derogado Código que sólo destinaba cuatro artículos a esos fines.

Según la norma transcrita los derechos reales pueden ser ejercidos a través de la posesión o no serlo. En este último caso, cita expresamente las servidumbres y la hipoteca. Sin embargo, respecto de una clase de servidumbre -las positivas⁷- incurre

(7) El art. 2164 del CCC clasifica a las servidumbres en positivas y negativas. “La servidumbre es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio”. Ejemplo de ellas son la servidumbre de tránsito, o la de sacar aguas. Esta clasificación estaba excluida del Código derogado. Explicaba Vález

en la confusión que se le endilga al disponer que se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que se ostente la posesión⁸. Desde el mismo título de la norma se observa la dicotomía planteada cuando expresa “Ejercicio por la posesión o por actos posesorios”.

No es feliz la expresión del nuevo ordenamiento en la cláusula mencionada al emplear el término posesión, lo que inevitablemente conduce a reflexionar si es posible ejecutar actos posesorios⁹ sin que ello implique necesariamente ejercer la posesión. De ser ello posible, deberíamos admitir una tercera categoría de derechos reales representada por aquellos que se ejercen por actos posesorios sin que sus titulares sean poseedores¹⁰; y que por lo tanto no ingresan en la clase de derechos reales que se ejercen por la posesión, como tampoco en la que no se ejercen por la posesión.

La cláusula de la norma en análisis reconoce como antecedente doctrinario las ideas expuestas por los destacados autores Gatti y Alterini¹¹, al proponer una de las

Sarsfield en la nota al art. 2976 del Código anterior: “Los escritores de Derecho, las leyes romanas y otros códigos, hacen otra división de las servidumbres (...) en afirmativas o negativas, pero tales divisiones no presentan utilidad alguna, ni para la legislación ni para la doctrina”.

(8) VENTURA, Gabriel B. *Código Civil y Comercial de la Nación - analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, Tomo 4 A, comentario al art. 1891, pp. 62 a 66. El mencionado jurista fue uno de los primeros autores en señalar el error al momento de la sanción del CCC, expresando en su comentario a la norma en el *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, también dirigido por Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Bs. As. Tomo 2, p. 246, tal como ya lo señaláramos: “Sin embargo, es dable efectuar una seria crítica a la norma, pues en su segundo párrafo determina erróneamente que se pueden ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión, cuando en realidad, según tenemos arraigado en nuestros conceptos y reiterada doctrina, los actos posesorios no son sino la prueba misma de la posesión. En razón de ello resultaría virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión”.

(9) Art. 1928 CCC. “Actos posesorios. Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga”. VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales según el Código Civil y Comercial*, Ed. Zavalía, 1° edición, 2017, pp. 40-41. Compartimos la conceptualización que el autor hace de los actos posesorios: “Acto posesorio es un hecho voluntario que produce una modificación física sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en contacto con ella con ánimo de dueño”, principalmente cuando al desentrañar el concepto desarrolla la noción de hecho voluntario: “La posesión exige, por ley, la participación de la voluntad, puesto que se necesita el ‘comportarse como titular de un derecho real’ (artículo 1909 CCyC), que no es otra cosa que el conocido *animus domini*”.

(10) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales...*, Ob. Cit., p. 38. En ese sentido Ventura sostiene: “A nuestro parecer, reiteramos, considerar ambas expresiones como alternativas constituye un error conceptual”.

(11) GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real - Elementos para una Teoría General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 129. Para un mayor desarrollo de sus antecedentes ver COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, Jorge Horacio (Dir.); ALTERINI, Ignacio Ezequiel (coord.). *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*. 1a. ed. 2015, T. IX, Derechos Reales, La Ley, pp. 66-68.

tantas clasificaciones de los derechos reales. En lo concerniente a las servidumbres señalan: “Las servidumbres activas deben ser ubicadas en una situación especial en cuanto a su ejercicio o no por la posesión, pues si bien no es necesaria la entrega a su titular del fundo respectivo, su ejercicio puede implicar actos posesorios; así ocurre en las servidumbres positivas”.

Como claramente señalan los autores citados precedentemente, en las servidumbres positivas no es necesaria la entrega del fundo sirviente a su titular; vale decir que no hay tradición o entrega material de la cosa inmueble, sino que el titular del fundo sirviente conserva la posesión que le permite el ejercicio de su derecho de dominio, aunque imperfecto. No obstante, la falta de tradición de la cosa, como veremos más adelante, no obsta al ejercicio de la posesión por parte del titular de la servidumbre positiva. Pues dicha relación real es consecuencia del ejercicio de los actos posesorios que la misma norma le reconoce.

La norma del art. 1891, 2º párrafo del CCC, al expresar que el titular de la servidumbre positiva no ostenta la posesión pero que, no obstante, la ejerce por actos posesorios, contiene un error manifiesto. Ello, toda vez que el ejercicio de actos posesorios nos remite inexorablemente a la posesión. Esta última se manifiesta a través de aquellos actos posesorios. Vale decir, que la posesión es una suma de actos posesorios, se compone de ellos. Sin actos posesorios no hay posesión¹². Con lo cual, esos actos posesorios conducen a la posesión. Ahora bien, el interrogante que se presenta es: ¿a qué posesión conducen? En ello reside el *quid* de la cuestión.

Para precisar mejor los conceptos, debe sostenerse que los actos posesorios que el art. 1891 señala conducen, sin duda, a una “posesión” que hace al contenido propio del derecho real de que se trata. Debe abandonarse la noción de posesión como contenido o ejercicio del dominio. Los actos posesorios que la norma menciona no son ni más ni menos que la “forma” en que se ejerce el derecho real de servidumbre positiva. En esta clase de servidumbre su titular no ostenta la posesión *animus domini*, y ello es así, no sólo porque no hay desplazamiento de la cosa sino, principalmente, porque se trata de un derecho real totalmente distinto del dominio.

Como fundamento de lo expuesto, y conforme lo apuntado precedentemente, la norma del art. 1909 del CCC, que define a la posesión *strictu sensu*, señala que el poder de hecho se ejerce comportándose como titular de “un derecho real”; lo que permite comprender dentro del supuesto no sólo al poseedor *animus domini* (ejercicio del derecho de dominio), sino a todos aquellos poseedores con un *animus* diferente al del dominio, tales como los titulares de los demás derechos reales sobre cosa propia, e incluso los derechos reales sobre cosa ajena, como el usufructo o las servidumbres positivas, entre otros.

(12) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales...*, Ob. Cit., p. 38 señala el autor que “los actos posesorios no son sino la prueba misma de la posesión. En razón de ello resultaría virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin ostentar la posesión”.

Más aún, debe tenerse presente que, cuando se clasifica a los derechos reales según se ejerzan o no a través de la posesión, esta última no se presenta de la misma manera en cada uno de ellos. Vale decir, que la forma de ejercicio de los derechos reales varía en unos y otros dependiendo en gran medida de la estructura legal asignada a cada uno (art. 1884 CCC).

No debe generar confusión el hecho de la falta de tradición de la cosa en las servidumbres positivas, pues la situación no es tan diferente al supuesto de otros derechos reales de disfrute. De lo contrario deberíamos sostener que en el caso del usufructo el nudo propietario no es poseedor porque la cosa es entregada al usufructuario; o a la inversa, que el usufructuario es un tenedor al recibir materialmente la cosa representando la posesión del nudo propietario¹³.

En el caso de la servidumbre, y a diferencia del nudo propietario, el titular del derecho no sólo tiene contacto con la cosa -fundo sirviente- sino que efectivamente ejecuta actos posesorios.

En ese sentido debe recordar la disposición del art. 2401 del Código de Vélez y su concordante art. 1913 del nuevo CCC¹⁴. Estas normas permiten la subsistencia de dos posesiones que no se excluyan entre sí, *v.gr.* cuando un inmueble es dado en usufructo, sobre la cosa se ejercen dos posesiones diferentes: por un lado, la del nudo propietario en calidad de dueño -imperfecto-, por otro lado, la del usufructuario como titular del usufructo. Como se dijo, la entrega de la cosa al usufructuario para el ejercicio de su derecho no permite afirmar que el nudo propietario deje de ser poseedor, pues en este caso -y al igual que sucede en la servidumbre positiva- se trata de dos relaciones de poder de distinta naturaleza que pueden convivir perfectamente sobre la misma cosa.

Tan particular es la posesión en el derecho real de servidumbre positiva, que se le asigna un “modo” especial para su constitución. En efecto, el art. 1892 del CCC¹⁵ expresa que el primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Con lo cual, esta norma viene a reforzar lo expuesto en el sentido de la carencia de tradición y la necesidad de sustituirla por el primer uso a los fines de la constitución del derecho.

(13) BORDA, Guillermo A. Ob. Cit., nro. 1111/25 quien expresa: “El propietario es el poseedor por excelencia. Pero a veces una situación de disfrute es protegida frente al propietario, frente al titular del dominio (...). Nuestro Código califica de poseedores y concede la protección posesoria a los usufructuarios, usuarios, a los titulares de servidumbres, de un derecho de prenda o de anticresis”.

(14) Art. 1913 CCC. “Concurrencia. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí”. Con mayor claridad decía Vélez en su art. 2401: “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa”.

(15) También lo preveía el Código derogado en el art. 2977: “El uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición”.

IV. Las servidumbres positivas y las relaciones de poder

De proponerse una interpretación diferente a la dada y sostener que el titular de la servidumbre positiva no es poseedor, se toparía inevitablemente con el problema de la armonización con el resto de las instituciones jurídico - reales, *v.gr.*, con el de las relaciones de poder.

El Código Civil y Comercial ha adoptado la denominación relaciones de poder, para identificar aquellas relaciones entre un sujeto y las cosas. En los fundamentos del anteproyecto se señala que se prefiere esa denominación antes que la de relaciones reales pregonada por la doctrina nacional¹⁶ por resultar equívoca: “porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos relación real para significar derecho real, por oposición a relación personal en vez de derecho personal”¹⁷.

El nuevo cuerpo normativo en su art. 1908 prescribe que: “Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”. En los fundamentos del anteproyecto se expresa que: “A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia; con la adición del servidor de la posesión al solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión”.

En lo que atañe al tema que nos convoca -y siempre dentro del marco de la expresión literal del art. 1891 del CCC-, cabe preguntarse cómo encastrar al sujeto titular de una servidumbre positiva dentro del régimen de las relaciones de poder. En el caso, un sujeto que no es poseedor -porque la norma lo excluye-, pero que sin embargo ejecuta actos posesorios -porque la norma expresamente se lo reconoce -, no encuadra en el abanico de relaciones de poder jurídicamente reconocidas.

El interrogante planteado precedentemente, que podría reformularse en el siguiente: ¿qué relación de poder ostenta ese titular de servidumbre positiva? Sólo encuentra respuesta si se toman en consideración las reflexiones que anteceden. Únicamente, si por vía interpretativa y conforme los fundamentos expuestos se piensa que la servidumbre positiva se ejerce a través de la posesión, podremos dar respuesta a nuestra cuestión.

V. Servidumbres positivas y acciones posesorias

Una de las implicancias jurídicas de mayor trascendencia en torno a reconocerle la calidad de poseedor al titular de servidumbre positiva, es su legitimación para la defensa de esa relación de poder.

En efecto, en nuestro régimen jurídico las acciones posesorias son ejercidas tanto por poseedores como tenedores. Con lo cual, definir con precisión la clase

(16) MOLINARIO, Alberto. *De las relaciones reales*, Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 37.

(17) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

de relación de poder que ostenta este titular de servidumbre positiva permitirá concederle el ejercicio de las mencionadas acciones.

Más aún, el art. 2180 del CCC en su 2º párrafo establece que “el titular dominante puede exigir el cese de la turbación”. Nos preguntamos de qué manera puede ese titular de servidumbre positiva, *v.gr.* en una servidumbre de tránsito, “exigir” el cese de dichos ataques. Y nos lo preguntamos, porque conforme se ha visto, para el CCC no es un poseedor -art. 1891, 2º párrafo del CCC-; y por otra parte las acciones que permiten exigir el cese de un ataque a la relación de poder están reservadas a los poseedores -arts. 2241, 2242 y 2245 CCC-.

Debe tenerse presente el art. 2239 del CCC que prohíbe la justicia por mano propia; con lo cual a ese sujeto titular de servidumbre no le queda más remedio que iniciar una acción posesoria de mantener la posesión¹⁸.

Además, al ser titular de un derecho real también contará dentro del abanico de acciones con las llamadas petitorias. En particular, con la acción confesoria que prescribe el art. 2248 del CCC: “La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre”.

Como puede observarse del análisis precedente, y por sus efectos, resulta lógico e inevitable asignarle el carácter de poseedor al titular de la servidumbre positiva. De lo contrario se caería en el absurdo de concederle al titular de la hipoteca -quien carece de relación real con la cosa- el ejercicio de las acciones petitorias por expreso reconocimiento del art. 2248 CCC: “Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca”, y negárselas al de servidumbre positiva a pesar de ostentar una relación de poder con la cosa.

VI. Nuestra opinión

Desde esta perspectiva y conforme lo desarrollado *supra*, la servidumbre positiva se ejerce a través de la posesión¹⁹, aunque más no sea una posesión muy peculiar que se adquiere con el primer uso y se ejerce por actos posesorios concretos y determinados.

Una posesión que implica el ejercicio particular del derecho que se menciona; vale decir, que esa posesión es la particular forma en que se ejerce el derecho de servidumbre positiva. Con lo cual, es un error afirmar que su titular no ostenta la posesión. En todo caso, lo que no ostenta es la cosa en sí misma que permanece en poder del titular del fundo sirviente.

(18) KIPER Claudio. Ob. Cit., T. II, p. 175.

(19) VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales (...)*, Ob. Cit., p. 38. COSSARI, Nelson G. A. Ob. Cit., p. 68.

Se concluye entonces, que la norma del art. 1891, en su 2° párrafo debe interpretarse en el sentido de incluir dentro de la categoría de derechos reales que se ejercen por la posesión a las servidumbres positivas, aunque su titular no detente la cosa. Esto así, aun cuando la norma exprese que su titular no es poseedor, pues de lo contrario se forzaría el sistema normativo sin lograr coherencia con el resto de las instituciones.

VII. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio (Dir.) - ALTERINI, Ignacio Ezequiel (Coord.). *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*. 1a. ed., T. IX, Derechos Reales, Ed. La Ley, 2015.

ÁRRAGA PENIDO, Mario O. *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía - Derechos Reales, Tomo III*, Claudio Kiper (Dir.), Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

GATTI, Edmundo - ALTERINI, Jorge H. *El Derecho Real - Elementos para una Teoría General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *Derechos Reales*, 2a ed., Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2015.

KIPER, Claudio. *Tratado de Derechos Reales, Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Ed. Zavalía, 7° edición, Buenos Aires, 2004.

MOLINARIO, Alberto. *De las relaciones reales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981.

MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

VENTURA, Gabriel B. *Código Civil y Comercial de la Nación - analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto J. Bueres, Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

VENTURA, Gabriel B. *Acciones reales según el Código Civil y Comercial*, 1° edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017.

VENTURA, Gabriel B. "Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles", *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010.

