

“Acciones Reales”

Disertante: Dr. Gabriel B. Ventura¹

**PRESENTACIÓN DEL DR. CARLOS GUSTAVO VALLESPI-
NOS:**

Buenas tardes, para la conferencia de hoy tenemos como invitado a un querido amigo, con quien hemos compartido muchos años de estudios, junto al Dr. Moisset de Espanés. Él se inclinó por reales, yo me incliné por obligaciones. Todos ustedes lo conocen, es el titular de la cátedra de Derechos Reales de la Universidad Nacional, también es profesor titular en la Universidad Católica en Derecho Notarial, es uno de los jóvenes juristas premiado por la Academia de Derecho de Córdoba, autor de numerosas publicaciones, se encuentra preparando su tesis, que esperemos que pronto la complete, es miembro del Tribunal de Calificaciones Notarial, y bueno, tiene una enorme actividad en su bufete y en la docencia. Es un permanente colaborador de todos estos encuentros académicos que organiza la Universidad, el colegio de Abogados, el Colegio de Escribanos. Por eso es que le damos las gracias por haber aceptado su participación y lo dejamos para que diserte. Gracias.

¹ Seminario-Taller de Derechos Reales. Organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba. 22 de setiembre de 2000.

CONFERENCIA:

INTRODUCCIÓN

Buenas noches, antes que nada, quiero agradecer la invitación que se me ha efectuado el Colegio de Abogados de Córdoba de permitirme expresar mis ideas ante un público tan selecto como es este. Para mí va a significar todo un desafío porque el tema de las acciones reales, aunque pareciera estar resuelto en el código mediante disposiciones expresas y contundentes, en realidad exige una interpretación muy cuidadosa para aplicar a esos preceptos el verdadero sentido. Encaramos este tema con una cierta originalidad tratando de remozar los viejos conceptos que había usado Vélez en todas sus expresiones, como el concepto de título, por ejemplo, que a la luz de la nueva doctrina permite efectuar distingos como el de título en sentido material y título en sentido formal. Esto a su vez traerá importantes consecuencias en relación a las normas del Código, concretamente los arts. 2789 al 2792 que constantemente refieren a título sin efectuar el mencionado distingo.

Estamos acostumbrados, en general, a relacionarnos con los derechos reales en su aspecto estático, cuando hablamos de la propiedad en sentido general o del dominio en particular, nos imaginamos todo lo que corre tras la llamada seguridad estática. Pero cuando debemos instrumentar una acción para procurar el respeto de ese derecho de propiedad, que lógicamente también integra la seguridad en su aspecto estático, es cuando nos metemos en un tema en el que mezclamos la parte sustancial con la parte procedimental. Todos los avatares propios de esa dicotomía: re-

solver qué es lo procesal y qué es lo sustancial, entran también en juego en este tema. Transferir los conceptos teóricos de una institución a la vida real a través del proceso, por muy hermosa que sea la teoría en materia de derechos reales, nos obliga a bajar a esa realidad, a ese mundo en el cual se concretizan o deben realizarse todos los valores jurídicos que un sistema defiende.

ACCIONES REALES Y PERSONALES

Un tema crucial por ejemplo, en materia de acciones reales, es precisar cuándo la acción es real y cuándo la acción es personal. Es muy importante para determinar apropiadamente la competencia territorial. El tema si bien es atinente a los Derechos Reales, puesto que estamos en las acciones reales, no es ajeno asimismo al Derecho Procesal. Por ello Alsina, no duda en decir “[...]es ésta la división más importante para nuestro estudio, porque el legislador la ha tomado como base para la distribución de la competencia entre los jueces”².

Sin embargo a la hora de analizar los artículos de los códigos de procedimientos, no parecieran recabar en que en algunas de las acciones llamadas reales en lo procesal, no son las acciones reales en lo sustancial. Esto lo adelanto sólo para darles un pantallazo de lo conflictivo de estos temas.

² ALSINA, Hugo. “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2da. Ed. Ediar, Bs.As. 1963, Tomo I, pág. 363.
COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ra. Ed. Depalma, Bs.As. 1958, pág. 84, expresa que esta clasificación no es una clasificación de acciones sino de los derechos invo-

El aporte que hace el proyecto de 1998, es en materia de derechos reales, y en la parte de acciones reales en particular, bastante atinado. No quiero que se me considere como partidario de incorporar la modificación global del Código Civil del '98, todo lo contrario, no nos parece un proyecto prolijo y lo hemos criticado duramente y a nuestro parecer con fundamentos, en cuanta reunión científica hemos hablado. Pero aquí y en este tema en particular, creemos que el proyecto es bueno. Las tres acciones reales básicas y típicas: reivindicatoria, negatoria y confesoria, aparecen en el proyecto refundidas en una sola las refunde en una sola, la acción reivindicatoria. Creemos que es atinada la solución, dado que, en la práctica es lo que ocurría. Brindaría así seguridad al letrado a la hora de saber cómo va a defender una determinada cuestión, evitándole toda lucración en cuanto al ámbito y propósito de cada una de ellas ³.

EL MÉTODO DE VÉLEZ

Hay otros problemas relacionados con las acciones reales. La doctrina, por ejemplo, ha criticado, entre otras cosas, el método de Vélez al regularlas⁴. ¿Cómo es posible que se plantee el tema de las acciones re-

cados en cada pretensión, y agrega que “La acción [...] como sinónimo de derecho a la jurisdicción, es una sola, cualquiera que sea la pretensión que en ella se haga valer [...]”

³ En la práctica este problema resulta fácilmente solucionado por aplicación del principio jurídico “*iura novit curia*” que permite “[...]al juez calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige [...]” (Alsina, Hugo, Ob.Cit. Tomo II, 2da. Ed. 1957, pág. 246).

⁴ Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino, Derecho Reales”, Ed. TEA, Bs.As. 1961, Tomo I, pág. 9, expresa que “[...] ubicado el título respectivo entre la propiedad por un lado y las desmembraciones de ésta por otro, el método resulta inaceptable”.

Arean de Díaz de Vivar, Beatriz. “Tutela de los Derechos Reales y del interés de los terceros”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1979, pág. 10, dice: “[...]podría inducir erróneamente a pensar que sólo tutelan a los derechos reales que las preceden o a los legislados a continuación[...]”

Mariani de Vidal, Marina. “Curso de Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1997, Tomo 3, pág. 355: “[...]lo correcto hubiera sido legislarlas antes de los derechos reales [...] o después de todos ellos[...]”.

ales, al final del tratamiento del dominio y del condominio? ¿Acaso no merecen protección o tutela a través de acciones reales, también los otros derechos reales?. En nuestra opinión hubiese sido más atinado colocar el título IX al final de los Derechos reales⁵, sin embargo algunos autores consideran más apropiado regularlas al comienzo luego de hablar de sus generalidades⁶.

EL ÁMBITO DE CADA ACCIÓN REAL

El ámbito de aplicación de cada acción, resulta todo un dilema y, a este respecto, cada maestro, y porqué no también, cada juez tiene su librito, que los alumnos padecen en sus exámenes y los abogados en las resoluciones judiciales. La dificultad radica pues en determinar frente a qué ataque corresponde cuál acción. Para colmo frente al problema del cliente que requiere los servicios del abogado, no es la primera aparición de este debate. Ya ha aparecido en su esquema, el problema de la posesión con todo su conflicto conceptual y práctico. Desde la discusión acerca de si es un hecho o un derecho, hasta precisar con exactitud cuándo se pierde la posesión, son cuestiones que agregan un inconveniente más a la precisión de conceptos que se necesita a diario para litigar con cierto grado de seguridad.

⁵ Si analizamos esta crítica con benevolencia podremos aducir que, por tratarse del derecho real que confiere las facultades más amplias que se pueden tener sobre una cosa (*“la plena y rem potestas”*) el dominio siempre aparece como la única referencia frente a la dinámica de su adquisición, extinción y ejecución. La doctrina también comete estas anomalías que se le critican a Vélez, por ejemplo, cuando se refieren a los modos de adquirir los derechos reales casi todos acuden a explicar el art. 2524 que sólo enumera los modos de adquirir el dominio.

⁶ Así lo hace el proyecto del '36, autoría de dos especialistas en derecho reales como Héctor Lafaille y Gastón F. Tobal. A pesar de haberse encargado a estos autores la redacción del proyecto en base al Anteproyecto de Juan A. Bibiloni, firmaron también el mismo, Repeto, Rivarola y Martínez Paz..

En materia de posesión, rige la regla “*nemo comune habet proprietates cum possessione*” que consagra el sabio brocárdico. Siempre explicamos en nuestras clases que es un principio exagerado, ya que generalmente quien es propietario procura la posesión de la cosa y quien es poseedor generalmente es propietario. Pero el tema viene a colación porque, esa regla, “nada tiene de común la propiedad con la posesión”, en materia de acciones se canaliza en los arts. 2471 que establece que “Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua. Si no constase cuál fuera más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho de poseer”. Luego el 2472 del C.C. que es el que me interesa citarles agrega que “FUERA DEL CASO DEL ART. ANTERIOR, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado”. De este juego de normas puede extraerse que el principio consagrado en materia de acción reivindicatoria en el art. 2792, que establece que en igualdad de condiciones se prefiere al ocupante (“*in pari causa melior is conditio occupantis*”) ser hará también aplicable a las defensas posesorias, pues si en caso de dudas se acude al título (art. 2471) y si del título no surge posibilidad de encontrar solución y se prefiere el ocupante, debemos concluir que la regla del 2792, a pesar del “*nemo comune habet proprietates cum possessionis*”, debe aplicarse también al conflicto posesorio.

En definitiva, a quien padece el problema jurídico al que se intenta dar solución, es decir a quien se le han introducido extraños en su propie-

dad, o a quien el vecino está invadiéndola con nuevas construcciones o le está generando un cercenamiento de su disfrute por tal o cual situación, etc., le informamos primero que su situación está defendida por dos especies de acciones, una, la acción posesoria, que lo protege como poseedor, si no ha pasado un año desde el ataque (art. 2373 a 2477 y 4038 del C.C.) y otra, la acción real respectiva, que ya le exige la titularidad del derecho real que le confiere el derecho a poseer (arts. 2756 y ss.). Pero, continuamos explicando a nuestro cliente, en materia de juicios posesorios, la doctrina no está conteste en lo que concierne a qué acción corresponde para cada ataque, ya que hay a este respecto también un tremendo debate doctrinario y fallos encontrados, al igual que sobre la naturaleza misma de las acciones posesorias. Pero, no se aflija Ud. si en esta etapa posesoria nos va mal, siempre tendremos la acción real pertinente, según la expresa disposición del art. 2482 C.C., pero, lamentablemente la doctrina, tampoco en este punto está de acuerdo en cuanto a la correspondencia de cada una de ellas a cada uno de los ataques posibles. El tema pues es altamente preocupante.

En otro sentido y criticando las expresiones de Vélez, “Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio [...]” (art. 2756 C.C.), la doctrina ha manifestado que con estas acciones no se procura sólo una declaración sino una condena a la parte contraria⁷, Al titular que se está defendiendo a través de la acción pues, no le interesa sólo la declaración sino una efectiva condena que le permita gozar del derecho tutelado. Por otra parte, aún siguiendo la literalidad del dispositivo del art. 2756, la sólo declaración genera por sí, en el derecho sustancial por cierto, un cúmulo

de facultades entre las que se encuentra, por ejemplo, la facultad de exclusión emanada del carácter exclusivo del dominio (art. 2508 y 2516 del Código Civil), por lo que deviene en lógico un pronunciamiento condenatorio. Concluimos así, que, si bien las acciones reales son declarativas, por disposición expresa del art. 2756 del C.C. no por ello dejarán de ser acciones condenatorias en consonancia con su declaración ⁸.

En materia de acción reivindicatoria, es donde se presentan los primeros problemas. Por ejemplo ¿Procede sólo para proteger el dominio? El concepto que nos da Vélez, lamentablemente, nos dice Arean de Díaz de Vivar, fue tomado de Pothier “[...] receptando todas las deficiencias de que adolece la definición del jurista francés”⁹ y no siguió aquí al sabio brasileño Freitas que tenía un concepto clarísimo sobre cuándo proceder a la acción reivindicatoria. Vélez estudia el problema de la doctrina francesa y del Código Civil Francés. Por ello sus normas sobre acción reivindicatoria parecieran ceñidas exclusivamente, por definición, al Derecho Real de Dominio, con lo cual habría otra serie de derechos que también integran el concepto genérico de propiedad, que son aquellos Derechos Reales, que se ejercen por medio de la posesión¹⁰, que quedarían virtualmente sin una defensa correlativa a la reivindicación. Y la interpretación doctrinaria y sobre todo la jurisprudencia, un fallo plenario del año 58, y muchísima doctrina sobre el punto han ido determinando, y hemos llegado

⁷ Alterini, Jorge. H. “Acciones Reales”, Ed. Abeledo – Perrot, Bs.As. 2000, pág. 12. Mariani de Vidal, Marina. Ob.Cit., pág. 355.

⁸ Couture, Eduardo. En Ob.Cit. pág. 316, explica que “En verdad, [...] todas las sentencias contienen una declaración del derecho como antecedente lógico de la decisión principal. Sentencia de declaración son [...] las sentencias de condena y las constitutivas, por cuanto se llega a ese extremo luego de considerar y declarar la existencia de las circunstancias que determinan la condena o la constitución del estado jurídico nuevo”.

⁹ Arean de Díaz de Vivar, Beatriz. Ob.Cit. pág. 21.

¹⁰ Allende, Guillermo. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs..As. 1967, págs. 338 a 340.

más o menos a una solución pacífica, pero la ley no es clara sobre el punto.

El concepto legal que nos da Vélez, como dijimos se aparta de la fuente de Freitas, que a decir de los autores, era quien con mayor precisión había definido el concepto de acción real, y se vincula a Pothier, a la doctrina francesa y al Código Civil Francés en particular. Allí nosotros vemos una definición de acción real que comienza diciendo “[...]son los medios de hacer declarar en juicio la *existencia, plenitud y libertad* [...]”. Utiliza allí tres palabritas que la doctrina ha elogiado. Personalmente siempre me ha parecido una tontera vincular cada una de las expresiones de Vélez: existencia, plenitud y libertad a cada una de las acciones. Son palabras usadas en sentido vulgar y que a veces, como ocurre en el mundo vulgar abarcan idénticas situaciones sin la necesaria precisión del mundo de la ciencia. Por ejemplo, quien ataca la plenitud de un derecho, ataca también su libertad y, en cuanto a la existencia, ella es abarcativa tanto de la plenitud como de la libertad.

El 2756 del C.C. nos dice: “Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto acesorio , cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado”. Evidentemente Vélez ha buscado con estas palabra, expresamente seleccionadas, establecer una atribución a cada una de las acciones. La existencia sería para la acción reivindicatoria, la plenitud para la acción confesoria y la libertad para la acción negatoria. Me parece, repito, casi una ingenuidad haber atribuido estas expresiones como

adelantado el ámbito de cada una, tanto más cuando luego, en los textos normativos no hay una explicación acabada del ámbito de aplicación de cada acción. Pero parece que el criterio gustó¹¹; y por ello advertimos, por ejemplo, en el proyecto del 98, que, siguiendo la misma idea de Vélez en la norma citada, Alterini, autor de esta parte del proyecto, utiliza también tras palabras claves, cambiando sólo una palabra, a cambio de “libertad” “se habla allí de “amplitud” para dejar incluida la acción de deslinde que incluye como acción real. Esta acción, la de deslinde, es una de las acciones reales cuestionadas en cuanto a su naturaleza real o personal.

Se dice luego, en la norma del 2756, “[...]con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado” de la reparación del daño que se hubiere causado. Si la declaración, por ejemplo en la acción reivindicatoria, concluye que el dominio pertenece a “B” y la cosa esta siendo poseída por “A”, este generará una obligación legal de restituir cosas a su dueño, la que nosotros consideramos, a pesar de la discusión doctrinaria al respecto, prevista en la norma del 574 del Código Civil. Este art. 574 yo suelo citarlo con frecuencia y mencionarlo, repito a pesar de las discusiones al respecto, como un importante punto de contacto entre los derechos reales y los personales. Consideramos pues que la obligación de restituir cosas a su dueño, es la que, de no poderse cumplir, por ejemplo por el famoso y cuestionado artículo 1051 del Código Civil, que hace inoponible la nulidad del título al tercer adquirente de buena fe a título oneroso, va a hacer nacer ese efecto supletorio o subsi-

¹¹ Así leemos en Salvat, Raymundo M. Ob.Cit. Tomo I, pág. 10, sin hacer una reflexión sobre el uso de dichas palabras “[...]El carácter esencial de las acciones reales, [...] como lo hemos visto al estudiar el patrimonio, consiste en que ellas corresponden a un derechos real; lo ponen en movimiento para hacerlo reconocer y para mantenerlo en toda su extensión y es por eso que el artículo que estu-

diario, como le llama el proyecto del 98, que va a ser la reparación del daño. Después veremos si esa reparación del daño deberá necesariamente ser solicitada en el momento de la demanda o no. Las opiniones están divididas, porque si la ley misma le asigna ese efecto accesorio, bastará con que yo demande por reivindicación y si el día de mañana se me hace imposible, automáticamente convierto esa pretensión en la reparación del daño, en la reparación del agravio que he sufrido por motivo de la pérdida de la cosa.

Ese efecto accesorio, generado por la obligación de restituir, nos habla de una indemnización, y ésta constituye el primer aspecto que da pie a la cesión de la acción reivindicatoria; un tema, que está cuestionado en cuanto a si puede o no cederse la acción reivindicatoria.

En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en setiembre de 1999, reunida en Santa Fe, salió un pronunciamiento: “no es cesible la acción reivindicatoria”, por supuesto siguiendo también la postura del proyecto del 98, que expresamente niega la posibilidad de la cesión. Por nuestra parte, estimamos que la cesión podría funcionar en el ámbito de la indemnización, pero hablar de la cesión de acción reivindicatoria, separado del derecho real que le sirve de complemento, nos parece una idea absurda.

OTRAS SUPUESTAS ACCIONES REALES

diamos dice que las acciones reales tienen por objeto hacer reconocer en juicio la *existencia, plenitud y libertad* de los derechos reales.”

Ahora bien, estas acciones ¿son las únicas acciones reales que tenemos dentro de nuestro derecho civil?. Este es un tema muy controvertido. Ustedes saben que de la tripartita división ya existente del Derecho Romano, las acciones reales, las personales y las mixtas. Vélez reniega en alguna nota por allí. De las acciones mixtas dice “[...] En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales”¹².

Sin embargo y a pesar de las expresiones de Vélez, las acciones mixtas siguen existiendo entre nosotros, más allá de si participamos o no de la idea de consideráramos mixtas. En efecto la jurisprudencia es variada sobre el tema, pero no son pocos los fallos en los que se alude a la naturaleza mixta de la “actio familia ersirscudae” por ejemplo, que es en definitiva la partición de herencia; la “communi dividundo”, que se rige por aquellas mismas normas, porque Vélez utiliza la vía de la remisión (art. 2698 C.C.) y la partición de condominio se regirá por la partición de herencia (art. 3462 C.C.); y todos los que sean supuestos de comunidad, partición de condominio, sociedad conyugal (art. 1313 C.C.), sociedades en general (art. 1788 C.C.), se van a regir por las reglas de la partición de herencia. La “communi dividundo” abarcaría todos esos supuestos de comunidad, no solo el condominio. Y finalmente la “finium regundorum”, punto en el que Vélez hace un aporte fundamental y original. Soluciona el problema de los límites confusos, generando un condominio, razón por la cual, en nuestro derecho no deja de ser una “actio communi dividundo”; es decir una acción de partición de condominio¹³. Y ese condominio

¹² Nota al art. 4023 del Código Civil.

¹³ En efecto el art. 2746 del Código de Vélez establece que “El que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, **repútase condómino con el poseedor de ese terreno[...]**”. LLOVERAS, Alberto Miguel. “El condominio por confusión de límites en el Código Civil Argentino”, Ed. de la Dirección Gral. De Catastro de La Rioja. La Rioja, 1983, en pág. 37

al partirse, tiene el típico efecto declarativo y retroactivo determinado por el art. 2695 a 2698 del Código Civil respecto de la acción de partición de condominio. Pero además tenemos unas otras acciones, que van a surgir si repasamos los códigos de procedimiento de las provincias y también el de la Nación. Estos códigos van a tener que decir: “Se consideran reales...”, es decir, tienen que hacer lo que se dice propiamente una definición de conceptos legales. Porque recordarán ustedes que siempre se ha criticado a Vélez, quien a pesar de expresar en la nota al art. 495 que “Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un Código de Leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina [...]”, luego define constantemente al comenzar cada instituto regulado, los contratos, los derechos reales, etc.

El propio Vélez explica que hay conceptos fundamentales que deben ser determinados, porque el legislador acota el concepto general, que campea en el léxico jurídico común. En una hermosa obra de Nuñez Lagos que se llama “Esquema conceptual del instrumento público”, tangencialmente este autor se refiere al problema de los conceptos y de los preceptos y nos habla allí que hay conceptos que son uniformes, por ejemplo si en una reunión jurídica se habla de la mayoría de edad, todos sabrán a que se alude con esa expresión; pero cuando intentamos averiguar desde que momento se adquiere la mayoría de edad, allí ya empiezan a jugar los

dice: “[...]cuando existe confusión de límites entre dos predios rústicos confinantes, la superficie de terreno situada en el mencionado confín y pretendida por ambos colindantes, o por uno con la oposición del otro, que viene a ser lo mismo, está en condominio entre ellos. Este condominio que es de carácter particularísimo nace de la ley[...].”

preceptos¹⁴. Entonces lo normal, lo que quiere decirnos Vélez en la nota del 495 “un código no debe tener definiciones”, se refiere a que no debe tener esos conceptos que se manejan dentro de la doctrina jurídica, que si bien es cierto no son conceptos vulgares porque son técnicos jurídicos, se manejan en el mundo doctrinario y no en el mundo de los preceptos jurídicos ya que son universales. Sin embargo es necesario a veces acotar algún concepto legal y aparecen allí los que, en la mencionada nota, Vélez llama: la *definición legislativa*, es decir la “[...]que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva [...]” para hacerlo asimilable al caso concreto que se le quiere dar solución por parte del legislador.

Además de estas acciones, la *finium regundorum*, la *familia erciscundae*, la *comuni dividundo*, (partición de herencia, partición de condominio, y deslinde por confusión de límites), tenemos otras que surgen de los Códigos de Procedimiento y algunas que surgen del propio Código Civil. Por ejemplo: la acción hipotecaria... ¿Es una acción real?; la acción de petición de herencia ¿es una acción real?

Aquel heredero que se ve despojado, no puede entrar en posesión de la herencia por que los bienes están todos en poder de un sólo heredero y no los entrega o en poder de cualquier tercero, tendrá una acción de petición de herencia. En efecto así lo prevé el art. 3421 del C.C. cuando expresa que: “El heredero puede hacer valer los derechos que le compe-

¹⁴ Núñez Lagos, Rafael. “Los esquemas conceptuales del Instrumento Público”, Madrid 1953, pág. 26. “[...]Mayoría de edad es un concepto común a todas las legislaciones latinas. Los *preceptos* de los diversos códigos civiles, establecen que se es mayor de edad a los veintiún años, a los veintitrés, a los veinticinco, etc. Otro tanto sucede con el concepto de *prescripción*, con independencia de los

ten por una acción de petición de herencia, a fin de que se le entreguen todos los objetos que la componen, o por medio de una acción posesoria para ser mantenido o reintegrado en la posesión de la herencia, o por medio de acciones posesorias o petitorias que corresponderían a su autor si estuviese vivo”. Ahora bien, esta acción de petición de herencia que repercute sobre una cosa concreta, sobre un patrimonio ¿es acción real o personal?. Adviértase que hasta de la norma surge que no se trata de una acción diversa de las posesorias y petitorias que tendría el causante y lo único que la norma precisa es la legitimación directamente atribuída por la ley al heredero que no puede obtener la posesión de los objetos que componen el acervo hereditario. En ese sentido la acción de petición de herencia no genera problemas interpretativos dado que no se la establece como una acción autónoma y separada de las otras.

En la acción hipotecaria lo que se persigue fundamentalmente, es la realización del bien para obtener con esa realización el cobro de un crédito del cual la hipoteca es nada más que su accesorio. Lo principal es el crédito. En esta acción se ven con nitidez todos los principios y mecanismos de la famosa acción cuasi-serviana de la antigua Roma. Recordemos que la “actio serviana” procuraba el desahucio de los bienes por parte del accionado. Pues bien en la cuasi-serviana se procura la restitución y desocupación del bien hipotecado o el pago del crédito garantizado por parte de su ocupante (sea deudor o tercero)¹⁵. Le llamaban “cuasi-serviana”, porque era “como si fuera” una acción serviana¹⁶, pero referida exclusivamente a la cosa que estaba afectada a este gravamen. Puede perseguir

plazos que los distintos preceptos le señalan. Precio, plazo, deudor solidario, interdicción, simulación, reserva emtnal, etc., son otros tantos conceptos independientes de sus preceptos positivos”

¹⁵ PETIT, Eugène. “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Ed. Araujo, Bs.As. 1943, pág. 700.

la cosa, tiene el efecto re persecutorio típico del derecho real. Si el deudor hipotecario ha transferido la cosa, eso no afecta la ejecución porque el acreedor podrá perseguirlo en manos de quien este y ejecutarla (art. 3162 del C.C.). Existe expresamente la posibilidad de transferir la cosa hipotecada, con una regulación minuciosa y detallada, distinguiéndose entre el tercer adquirente, aquél a quien se ha delegado la deuda en los términos del art. 814 del C.C. y el mal llamado “tercer poseedor” quien simplemente es adquirente del bien pero no ha asumido la deuda por no habersele delegado¹⁷.

La usucapión, ¿será una acción real?. Repercute sobre la cosa sin dudas y constituye un modo de adquirir el dominio. Pero tengo que accionar para que el juez declare adquirido el dominio ya que se trata de una acción declarativa¹⁸.

La expropiación por causa de la utilidad pública, regida por la ley 21499 en el orden Nacional y la 6394 provincial, que genera una acción cuando no avenimiento, no hay acuerdo en la indemnización por ejemplo. Por imperio del artículo 18 al 20 de la ley provincial 6394 se debe acudir

¹⁶ “Quasi” debe traducirse “como si fuera” o simplemente “casi”.

¹⁷ Decimos “mal llamado tercer poseedor” porque en realidad el tercer adquirente también es un tercer poseedor dado que tiene la posesión de la cosa y no ha contratado la hipoteca. Igualmente el llamado por Vélez tercer poseedor puede ser también tercer adquirente a quien no ha sido delegada la deuda. Por ello aprobamos las denominaciones adoptadas por MUSTO, Néstor J. en sus “Derechos Reales” Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 1989, Tomo IV, pág. 96, quien se refiere a los distintos supuestos titulándolos “tercer adquirente sin delegación” (tercer poseedor) y “tercer adquirente con delegación” (el tercer adquirente propiamente dicho).

¹⁸ La sentencia de usucapión es sólo declarativa y no constitutiva del derecho adquirido. Ver LEVITAN, José; “Prescripción adquisitiva de dominio”, 2 da. Ed. Bs. As. Ed. Astrea, 1979, pág. 138.

LAPALMA BOUVIER, Nestor D.; “El Proceso de Usucapión”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, pág. 19

MARCOLIN de ANDORNO, Marta N.; “Prescripción Adquisitiva”, 2da. Ed. Zeus, 1975, pág. 119-121.

AREAN DE DIAZ DE VIVAR, Beatriz; “Juicio de Usucapión”, Bs. As. Ed. Hammurabi, 1984, pág. 297-298.

a un procedimiento judicial, para que el juez determine a través del asesoramiento de sus peritos, cuánto es el monto que se debe por la indemnización. Esa acción, ¿será real o personal?

La acción de deslinde por confusión de límites, regulada a partir del art. 2746 del C.C. y tantas otras situaciones que podrían presentarse y que nos generarán dudas en cuanto a la naturaleza real o personal de la acción conferida por el derecho de fondo. Adviértase que hasta pueden ser absolutamente novedosas por el nacimiento de nuevas acciones defensivas de figuras jurídicas que puedan surgir de futuras reformas.

NUESTRO POSTURA – INTERPRETANDO EL CRITERIO DE VÉLEZ - PARA DETERMINAR SI UNA ACCIÓN ES REAL O PERSONAL

¿Cómo resolvemos el asunto?. Creo, personalmente, que sería muy importante determinar cuál ha sido el criterio de Vélez, para determinar de manera bastante contundente en el art. 2756 y ss. que las acciones reales son nada más que estas tres: Las acciones reales, que como la doctrina les llama “Acciones Reales Típicas”. Yo agregaría que además de típicas son nominadas, porque no sólo las regula con cierta precisión, sino que toma el recaudo de darles un nombre propio a cada una de ellas. El codificador toma estas acciones del derecho romano y, siguiendo sus lineamientos, la única acción que deja de regular como tal, como acción real, es la de petición de herencia. Creemos, interpretando las normas por

VENTURA, Gabriel B. “La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión antes de la sentencia que declara su dominio”, en Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Ed. Academia Nac. De Derecho de Córdoba, Córdoba, 2000, Tomo III, pág. 171.

inducción, que podemos llegar a percibir los puntos particulares que Vélez Sársfield ha visto en las acciones reivindicatoria, negatoria y confesoria, para considerar sólo a ellas y no a otras como acciones reales. Veamos cuáles son esos puntos:

- 1- En primer lugar, ha visto una situación patológica, de tipo anormal, por eso los autores hablan de que las acciones reales tienden a proteger el derecho. Hay una actitud que no es la normal, porque lo normal, lo que comúnmente ocurre, es que los derechos se respeten. Lo anormal es cuando los vulneramos, los desconocemos o violamos. Decimos entonces que debe haber una patología, el derecho no está siendo reconocido. Allí acude la ley y mediante un procedimiento determinado procura proteger y restituir la relación jurídico real alterada a su situación normal. Así funciona, por ejemplo la acción reivindicatoria típica. El propietario se ve desposeído, razón por la que la ley le confiere la reivindicatoria para que por la vía jurídica recupere la posesión de la cosa (art. 2758 C.C.). Con este criterio, al mismo tiempo, sacamos la acción hipotecaria del ámbito de las acciones reales. En efecto, cuando el acreedor hipotecario tiene que ejecutar la hipoteca, aunque parezca mentira está haciendo un normal de su derecho, no hay aquí patología en cuanto al ejercicio del derecho real. Sí lo hay por cierto, desde el punto de vista del derecho personal, dado que el incumplimiento del deudor, que da vigor a la acción hipotecaria, es sin dudas un comportamiento anómalo. Lo que normalmente ocurre es que los deudores paguen. Pero el derecho real hipotecario en sí, no está siendo desconocido ni está siendo vulnerado. Por ello podemos afirmar que

no es una acción real, falta la patología que aquí analizamos. Es normal, no es patológica, por eso Vélez no consideró la acción hipotecaria como una acción real.

- 2- También se va a exigir que haya una cierta contenciosidad, si se nos permite la expresión ajena a nuestro idioma. Es decir que haya partes que estén disputándose prerrogativas. Estamos induciendo, qué es lo que Vélez consideró en cuanto a la contenciosidad. Generalmente, para que una acción sea real, debemos tener dos partes que quieren cosas distintas. Por eso, por ejemplo, vamos a negar el carácter de acción real a la acción de deslinde, en donde por propia definición, más allá del trámite procesal que se le dé, es una de esas acciones en donde cada una de las partes es actor y demandado al mismo tiempo¹⁹.
- 3- En tercer lugar, vamos a exigir que sea una acción ejecutiva, que sea de condena y no meramente declarativa. Por eso les llamamos ejecutivas y de condena. Dejamos fuera de las acciones reales, por esta interpretación inductiva y exigiendo la ejecutividad, la acción de usucapión. El procedimiento de usucapión y la sentencia a la que aspiramos es declarativa, no constituye el derecho de dominio. Sabemos que el derecho quedó constituido con el transcurso del tiempo y la posesión en las condiciones que la ley establece.

Lo mismo ocurre con la división de condominio, que es también declarativa y retroactiva, al momento que se constituyó el condominio (art. 2695 del C.C.). Y, en materia de deslinde, también tenemos el mismo sistema de la división de condominio, ya que Vélez prevé la solución a la confusión de límites considerando que hay un

¹⁹ Final de la nota de Vélez al art. 2746.

condominio en la fracción confundida. Es lo que surge del art. 2746 del Código Civil cuando expresa que “El que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, repútese condómino con el poseedor de este terreno, [...]”.

IMPORTANCIA DE DETERMINAR LA NATURALEZA DE LA ACCION

La importancia de este pronunciamiento, determinar si una acción es real o personal, es básica, porque fundamentalmente repercute en materia de competencia territorial de los jueces. La regla general es que las acciones reales hagan competente al juez de lugar de ubicación de la cosa tanto respecto de muebles como de inmuebles (art. 6, inc. 1 y 2, Código Proc. C. y C. de Córdoba). Si son muebles debería presumirse que el lugar de ubicación de la cosa es el domicilio de quien las posee, “[...] ya que generalmente se encuentran en el domicilio del demandado[...]”²⁰. Y en materia de acciones personales, la competencia va a estar determinada por el lugar establecido en el contrato, y a falta de éste el del domicilio de celebración (art. 6 inc. 4 C.P.C.y C.).

Ante la incertidumbre que genera la falta de principios rectores para la determinación de la naturaleza de la acción y la carencia de una respuesta apropiada por parte de los procesalistas en este sentido²¹. Hay ac-

²⁰ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2da. Ed. Ediar, Bs.As. Tomo II, pág. 543.

²¹ El propio Alsina elude pronunciarse al respecto de manera expresa cuando dice “[...]No sería posible, sin una larga exposición, establecer la naturaleza de las distintas acciones que nacen de los derechos reales, y como ello nos interesa al solo efecto de determinar la competencia de los jueces, parece más práctico reservar para esa oportunidad su enumeración”. (Alsina, Ob.Cit. cit. Tomo I, pág. 360). Luego, en el Tomo II, cuando trata de la atribución de competencias, tampoco se pronuncia sobre principios rectores o reglas generales para determinar la naturaleza de la acción.

ciones que se considerarán reales sólo para lo procesal ya que para lo sustancial aparece con claridad su naturaleza personal. Un clarísimo ejemplo es la acción de medianería que, por el Código Procesal de la Provincia (art. 6, inc. 1) queda incluida en las reglas de competencia de las acciones reales; pero que analizada en lo sustancial no deja de ser una típica acción por cobro de pesos de naturaleza netamente personal.

Los códigos de procedimientos se ven en la obligación de hacer una enumeración, no pueden acudir a otro método, con todo el riesgo que significa una enumeración. Parafraseando a Javoleno, en el Digesto, cuando expresaba *omnis definitio in iure civile periculosa est; parum est enim ut non subverti possit*, (toda definición es peligrosa porque difícilmente no pueda ser alterada)²² nosotros solemos expresar que “toda enumeración es peligrosa”, porque luego de una enumeración, a veces el legislador no se toma la molestia de aclarar si enumera con carácter taxativa o ejemplificativo. Tendremos, en consecuencia con esta mala técnica legislativa, cincuenta mil volúmenes de autores -a veces muy destacados- postulando la enumeración es taxativa y otros tantos y de igual prestigio, diciendo que es sólo ejemplificativa, cuando en realidad podrían usar sus tan valiosas neuronas en dirimir otras cuestiones más intrincadas del mundo jurídico.

Nuestro Código de Procedimiento en el artículo 6 , luego de decir que para las acciones reales será juez competente el juez del lugar de ubicación de la cosa, nos dice “**se consideran reales**” y enumera algunas

²² ALLENDE, Guillermo “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 18 –19.

de las acciones cuestionadas de las que habíamos hablado. La división de condominio, mensura y deslinde, el desalojo (¡Qué absurdo!), las acciones posesorias, las de restricciones y límites al dominio, la acción de medianería (que es una acción por cobro de pesos como habíamos adelantado), la prescripción adquisitiva y las derivadas de la ley de expropiación.

CRITERIO DISTINTIVO ENTRE ACCIÓN REAL O PERSONAL SEGÚN SEA REGULACIÓN PROCESAL O SUSTANCIAL

De nuestra parte estimamos que hay un error bastante grueso en pretender aplicar el concepto de acción real en lo sustancial, al concepto de acción real en lo procesal. Y el error radica en no haber tomado en cuenta que el “fundamentum divisionis” para determinar si la acción es real o personal en lo sustancial, es bien diferente del que se toma en cuenta para determinar si es real o personal en lo procesal. En efecto, en lo procesal lo que interesa al legislador es la proximidad del juez con la cosa, la proximidad de las partes con el juez, tanto si se tratare de acción real como de acción personal; mientras que en materia sustancial lo que se toma como base para el distingo entre acciones reales y personales, son los elementos de protección frente a lo patológico, cuando el derecho ha sido vulnerado, cuando el derecho ha sido atacado o la prestación incumplida.

Nos atrevemos a ensayar una terminología teniendo en cuenta esta distinción que acabamos de explicar, para que nos pongamos de acuerdo en el diálogo técnico. Recordemos que toda nueva terminología tiene el tremendo peligro de que si no se arraiga, que es muy probable que llegara

a ocurrir con la que propongo, vamos a quedar hablando en chino, porque vamos a usarla en determinado medio y, a lo mejor allí nadie va a saber de qué se trata. Para colmo, debo reconocer que un procesalista muy prestigioso de nuestro medio, me encontró en una esquina y me recriminó justamente eso, que, en charlas anteriores, me hubiese tomado la licencia de hablar de “acciones reales en lo sustancial y acciones reales en lo procesal”, aduciendo que era una terminología que confundía y nada aportaba al derecho procesal. Como me encanta la polémica esa crítica, lejos de enervar mi espíritu, más incentivó mi creatividad y por ello, y a pesar de ello, les voy a proponer la terminología que estimo apropiada. Sostengo pues que es conveniente distinguir entre “acción real en lo procesal” y “acción real en lo sustancial”, para recavar en el distinto fundamentum divitionis que caracteriza a cada una de ellas en sus distintos ámbitos. Cuando el Código de Procedimientos dice “se consideran reales”, se está refiriendo a las acciones reales en lo procesal, pero desde el punto de vista sustancial una acción de desalojo, es obvio, no puede ser una acción real y nos duele, si me permiten la expresión, verla “considerada” acción real; aun cuando sólo fuera “considerada” como bien reza la norma. En cambio si aclarásemos que lo es en lo procesal ya el concepto encaja más armónicamente y científicamente con los motivos del legislador y de nuestra hermosa disciplina jurídica.

ACCIONES REALES TÍPICAS

Las acciones reales típicas, aquellas a las que Vélez alude en esas tres expresiones: la plenitud, libertad y existencia de los derechos reales,

son la reivindicatoria, la negatoria y la confesoria (art. 2758 del C.C. para la acción reivindicatoria, 2800 para la negatoria y 2795 para la confesoria). Es tremenda la cantidad de posiciones que hay en la doctrina procurando determinar, con reglas claras, en qué caso se hace aplicable cada una de ellas, así como lo referido a la legitimación activa y pasiva de las mismas. Desde ese punto de vista el tema es apasionante, y les aseguro que no vamos a sacar nada en limpio si leemos toda la doctrina, porque tanto el prestigio de los autores que se enrolan en cada postura como sus argumentos son muy convincentes. Hay también jurisprudencia muy ilustrativa, que ayuda a enfocar adecuadamente el problema de la legitimación activa y pasiva: Acción reivindicatoria ejercida por quien no ha probado su título al dominio²³, por ejemplo; acción reivindicatoria ejercida por quien no ha llegado a ser propietario²⁴, etc. Una de ellas es el famoso fallo plenario que marca una etapa interpretativa en la legitimación activa de la acción reivindicatoria: es el plenario Arcadini – Maleca²⁵, que hace importantes reflexiones generales, acerca de todas las acciones reales.

²³ “En la acción reivindicatoria la prueba se rige por una serie de presunciones que no se ajustan estrictamente a lo que podría ser la prueba teórica del dominio, exigiéndose que el reivindicante demuestre que su derecho es preferible al del poseedor actual; de ahí que bien puede contemplarse en la sentencia la mera posesión invocada por el reivindicante, que alega haber dado el bien en locación al demandado, quien luego habría intervertido su título de permanencia en el inmueble, pues aquel no tiene porqué expresar la causa de su dominio”. Acdeel Sálas, Código Civil Anotado, Bs.As. Depalma, 1974, 2da. Ed. Tomo 2, nota al art. 2789, pag. 753.

²⁴ “Cuando se ejercita la acción reivindicatoria mediante la cual se tiende a lograr la recuperación de la posesión ejercida y no la declaración de la adquisición del dominio por la usucapión no son aplicables las normas contenidas en la ley 14159, y la circunstancia que no siguiera con anterioridad la reivindicante con los trámites para obtener el título informativo, no obsta a la admisión de la acción reivindicatoria, si en el juicio demuestra haber ejercido la posesión, con los caracteres requeridos por la ley, y durante el tiempo necesario para que se produzca la usucapión, con anterioridad a la desposesión por el demandado”. Cámara 1ra. Civil y Comercial de Tucumán. 7/4/78, JA, 1978-IV-471.

²⁵ “ARCADINI, Roque (Sucesión) c/ MALECA, Carlos” en L.L. Tomo 92, pag. 463.

Estimamos que el autor que más apropiadamente ha dilucidado la cuestión, ha sido Guillermo Allende en una obra, relativamente vieja (año 1967), que quedó un poquito en el olvido ahí, porque después vino la reforma del 68, entonces a veces el abogado litigante, dice “no esta obra ya es vieja porque la reforma pudo haber tornado inútiles sus argumentos”. Allí Allende, con su simpleza y profundidad características, nos hace aportes fundamentales, entre ellos, por ejemplo, el partir de dos puntos cruciales, pre-nociones dice él. Para poder hablar de las acciones reales y cual es el ámbito de aplicación de cada una de ellas, tenemos que tener dos pre-nociones. En primer lugar, que cada acción tiene que tener un ámbito distinto, porque o para qué la ley va a generar varias acciones. Bien puede ocurrir que una misma situación quede protegida por varios tipos de acciones, por ejemplo por una acción posesoria y una acción real (supuesto contemplado expresamente en el art. 2482 del C.C.). Pero si el legislador ha dado nacimiento a distintas acciones reales, es obvio que cada una de ellas debería tener su aplicación concreta frente a determinada situación (ataque, condiciones y legitimación –activa o pasiva-). Lo importante como expresa también Guillermo Allende es que, entre las tres, tienen que quedar protegidos todos los derechos reales²⁶, tanto más cuando tenemos un sistema de número cerrado que nos dice que los únicos derechos reales son los que crea el legislador, art. 2502 C.C.

ACCIÓN REIVINDICATORIA Y NEGATORIA

²⁶ ALLENDE, Guillermo. Ob.Cit. pág. 328: “[...]entre las tres deben defender a todos los derechos reales”.

La acción reivindicatoria va a promoverse cuando haya una desposesión del propietario. Para hablar de desposesión tenemos que remitirnos forzosamente a los conceptos que se vierten en materias de acciones posesorias. Es la pérdida absoluta de la posesión. Cuando se habla de absoluta no significa que sea el total de la cosa, sino que se priva por completo al titular real de ejercer actos posesorios sobre la cosa. Los titulares de esa acción, van a ser los titulares de derechos reales que se ejercen por medio de la posesión. Esto también encierra toda una discusión doctrinaria, hay una postura también encabezada por Guillermo Allende, que dice que cuando Vélez habla de derecho real de propiedad, no se está refiriendo a derecho real de dominio, postura que es la que adopta Salvat quien sostiene que propiedad para Vélez es sinónimo de dominio. Allende, en cambio opina que cuando Vélez habla deice propiedad se esta refiriendo a todos los derechos reales que se ejercen por medio de la posesión. Por supuesto que entre ellos queda el dominio, el condominio, usufructo, uso, habitación, prenda y anticresis. Esos serían los derechos que quedarían protegidos por la acción reivindicatoria. La acción negatoria la ponemos al lado de la reivindicatoria porque la legitimación activa es la misma y el ataque es exactamente el mismo, pero más leve (lo explica Maynz) y el propio Vélez cita a Maynz en la nota al 2800²⁷, es lo que técnicamente conocemos con el nombre de turbación para las acciones posesorias. Vélez, didácticamente, se molesta en explicar lo que es una turbación en el 2496, “Sólo habrá turbación [...] cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase EXCLUSIÓN ABSOLUTA del poseedor.

²⁷ “Esta acción, dice Maynz, no difiere de la reivindicación, sino por la extensión de la lesión [...]”.

No se logra excluir al poseedor, pero se lo está atacando, el ataque es más leve que una desposesión. Pone luego Vélez, en la misma nota al art. 2800, el ejemplo de cuando alguien se arroga una servidumbre sobre nuestro inmueble: Nos está atacando, pero no nos está desposeyendo. Imaginemos al vecino que pasa muy tranquilo por una de las colindancias, va y viene, entra con su automóvil, pasa con sus animales al campo, está evidentemente arrogándose una servidumbre activa sobre mi fundo y en realidad no tiene constituido a su favor ese derecho. Técnicamente este vecino estaría turbándome y haría pasible su acción de una acción negatoria en su contra, según el esquema que nos propone Guillermo Allende²⁸. Corresponde la acción reivindicatoria y la negatoria a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por medio de la posesión, dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, propiedad horizontal.

LA ACCIÓN CONFESORIA

La acción confesoria sería una acción fundamentalmente dirigida a proteger las servidumbres, cuando hay un impedimento en su ejercicio o un desconocimiento total de una servidumbre activa, servidumbre real o servidumbre personal. Hay que aclarar también, que una parte de la doctrina entiende que las servidumbres personales son el usufructo, uso y habitación y, diría yo, que es casi la mayoría de la doctrina argentina la que sostiene eso. Hay otros, en cambio, que sostienen que las servidumbres personales no tienen nada que ver con el usufructo, uso y habitación, sino que las personales son servidumbres en las que también pueden exis-

²⁸ ALLENDE, Guillermo. Ob.Cit. pág. 341.

tir dos fundos, ello no sería esencial y hasta podría existir uno solo. Se caracterizan estas servidumbres personales por que ventaja que reportan no es real, o sea no es ventaja para el fundo dominante propiamente, sino que es ventaja para su titular concreto, que, como habíamos adelantado, hasta podría no ser titular dominial. Y en el caso de que el titular activo venda el inmueble la servidumbre no lo va a acompañar ya que el mismo no tendría reipersecución. Vélez da nacimiento a estas servidumbres en lo que suelo denominar “normas capciosas”. Hemos generado esta expresión “normas capciosas”, con una cierta irreverencia a nuestro legislador, lo sé; pero nos parece acertada la expresión. Así como existe la pregunta capciosa que se le hace al testigo y que está prohibida en el procedimiento, también hay normas capciosas en las que el legislador, queriéndonos decir una cosa, nos está diciendo otra que es mucho más trascendente y que, a veces, justamente por ser capciosa, no resulta fácilmente perceptible. En efecto en materia de servidumbres personales hay dos artículos, el 3003 y el 3004 del C.C., que establecen la presunción de ser personal la servidumbre cuando la ventaja es meramente personal, pero el legislador no nos había dicho antes que esas eran servidumbres personales. En estos dos artículos, Vélez, tangencialmente, pareciera dar asidero a la posibilidad de existencia de estas servidumbres personales que serían también, volviendo a nuestro tema, las que estarían amparadas por medio de la acción confesoria. Entonces, el desconocimiento e impedimento del ejercicio de la servidumbre, personal o real - personal no en el sentido de usufructo, uso y habitación - procedería la acción confesoria²⁹. Y también por vía de una serie de remisiones normativas, llegamos a la conclusión de

²⁹ El usufructo, uso y habitación están amparados por la reivindicatoria.

que todo lo que sea atinente, como derecho inherente a la posesión (que la propia norma lo dice), los que surgen por ejemplo por las relaciones de vecindad, podrían estar también dentro de la acción confesoria. Nadie instrumenta las defensas por medio de estas acciones, ni la carátula de los expedientes las titulan como acciones confesorias, pero lo cierto es que en rigor de verdad, el propio Vélez hace una remisión expresa en el artículo 2796, cuando dice que todos los derechos inherentes a la posesión cuando son vulnerados, son protegidos también por la acción confesoria. Los derechos inherentes a la posesión tienen también su correlato que lo constituyen las obligaciones inherentes a la posesión. Si el obligado en esa obligación inherente a la posesión, todas las relaciones de vecindad por ejemplo, la colocación de las ventanas en una forma determinada, los árboles y arbustos a ciertas y determinadas distancias, etc.

Ahora vamos a la reina de las acciones, porque a la hora de buscar jurisprudencia, que me pide también el Dr. Vallespinos para el taller, brillan por su ausencia los fallos sobre acciones confesorias y acciones negatorias. Pareciera ser que hubo alguien que habló de una acción confesoria, por allá como el año 58, pero no logré hacerme de ese fallo, lo encontré citado pero no pude finalmente encontrar eso. ¿Por qué? Jurisprudencia y doctrina unánimemente sostenían que todos estos ataques podrían ser defendidos a través de la acción reivindicatoria, que es la postura que asume el código del 98, cuando en una sola acción, como ya dijimos, subsume todas estas situaciones. El concepto que nos da Vélez de la acción reivindicatoria, coincidimos con Arean, es bastante defectuoso. Es cierto que si después recorremos el código vamos a ir saneando cada una de las falen-

cias, pero si nos proponemos dar un concepto legal en los términos de Vélez en la nota del 495, procuremos que ese concepto sea completo y que no mueva a cuestión. Nos dice que la acción reivindicatoria es una acción que “[...]nace del dominio[...]”, y ese es el primer error del concepto legal. Hemos dicho que no nace del dominio, sino de todos los derechos reales que se ejercen por medio de la posesión. “[...]Que cada uno tiene de las cosas particulares[...]”, sigue diciendo, “[...]por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella”. Aquí habría dos errores (dice la doctrina), la acción reivindicatoria se da para que el actor reclame y la “reivindique”, está colocando la palabra definida dentro de la definición. Esa es una crítica que a mí no me gusta que hagan de los textos legales, porque nosotros los operadores del derecho nos manejamos con el lenguaje vulgar, y lo hacemos no porque seamos ordinarios y vulgares, si no porque el derecho fundamentalmente está destinado a la gente vulgar, expresión que alude al lego, a quien no necesariamente tiene que tener formación jurídica. Entonces es necesario que el derecho se maneje con terminología vulgar, de más está decir que a veces ni los que estamos en el tema podemos comprender que es lo que ha querido decir el legislador, sobre todo con las últimas leyes que nos está dando el Congreso Nacional. Pero la regla general es que debería ser comprensible por la comunidad medianamente culta, razón por la que las normas apelan al lenguaje vulgar, lo que a su vez ha peyorativizado mucho la profesión del abogado. Yo suelo citar como broma, caso real, que cuando los estudiantes comparten departamento, vienen los arquitectos y los médicos y se encuentran al estudiante de abogacía en el 2311 tratando de memorizar qué son las

cosas. Y dice el arquitecto “mira las pavadas que estudia los abogados y encima se hacen los científicos”. Ello ocurre porque nos manejamos en el lenguaje vulgar; pero ojo que le damos un sentido técnico a esa expresión vulgar. Aquí pasa lo mismo, cuando Vélez utiliza la palabra “la reclama y REIVINDICA”, está usando la palabra en el sentido vulgar, que significa justamente que la cosa vuelve a sí. Entonces, es una crítica, diría yo maliciosa, que no respeta la realidad. Nos llama la atención que Musto, nuestro amigo Musto, diga que Vélez no debió dar una definición de acción reivindicatoria, porque el propio Vélez había dicho que toda definición era peligrosa y que no debía contener definición ³⁰. Cómo será de importante dar una definición de acción reivindicatoria, que creemos que todo el problema interpretativo y los fallos dispares que hay, se han generado justamente porque no se ha llegado a un acabado concepto. Problema que acabaría con la norma que nos propone la reforma del '98, a pesar de que no creemos que sea conveniente ni oportuna una modificación global como la propuesta en este proyecto.

EL TITULO Y EL MODO

El tema del título y modo como elementos constitutivos del derecho real, que de por sí constituye un problema tan arduo que tendríamos horas y horas para discutir, y es muy probable que no lograríamos ponernos de acuerdo en toda la noche, está tremendamente vinculado al problema de estas acciones reales.

³⁰ MUSTO, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1989, Tomo IV, pág. 322, nota 15.

Tenemos que partir de lo básico, de lo común, de aquello en lo que más o menos todos estamos contestes. Hay título y modo, como particularidad de nuestro derecho para la constitución del derecho real; pero con el agravante de que con la reforma del 68 y la incorporación del 2505 al C.C. y la correlativa ley registral 17.801, ha venido la inscripción a adosarse, a complementar o a completar, según la posición que adoptemos, estos dos elementos básicos el título y el modo. Para una parte de la doctrina, la inscripción completaría el modo para otra parte de la doctrina, la inscripción completaría el título y para otra parte de la doctrina la inscripción es un requisito aparte, que no complementa el título ni complementa el modo. Adviértase la cantidad de posturas, y todas estas posiciones repercuten sobre las acciones reales. El proyecto del 98 tiende a dar una solución y entra a jugar, con las mismas normas de Vélez y los mismos principios, pero introduce también el problema inscriptorio, tratando de dar una solución que estimamos, en este punto (acciones reales), resulta coherente.

El título es la causa generadora, idónea y válida que da nacimiento a un derecho. Estamos aludiendo al expresar idónea y válida, tanto a los aspectos formales como a los sustanciales. Por eso se habla de un título en sentido formal y un título en sentido material. Ahora la pregunta es, ¿todo el que intente una acción real necesita título y modo?, ¿tiene que ser titular del derecho real que se ejerce por la posesión?. Imaginemos por ej. una acción reivindicatoria. En principio sí, pero ya veremos algunos casos excepcionales en que podemos admitir la acción aun sin haberse cumplido el modo en cabeza del reivindicante.

Se hace necesario aclarar, en este punto, que la titularidad material está dada por la existencia de una causa generadora, por ejemplo una compraventa, una permuta, donación y cuanta causa generadora de derechos reales podamos imaginar, porque hay también contratos innominados que tienen la fuerza de transferir el derecho de propiedad pero no han sido nominados por el legislador. Pero además podríamos exigir una cédula, un documento acreditativo de la existencia y veracidad de esa causa o título en sentido material. En el proceso vamos a tener que esgrimir una titularidad en sentido formal que pruebe la titularidad material. ¿Pero qué exigencia le vamos a dar a esa formalidad que nos acredita la existencia de la causa? Encontramos varios fallos sobre el punto, en general la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo, quería hacer alusión a la jurisprudencia), es bastante prudente en esto y exige ambos, exige que haya título material y exige que haya título formal. Pero se está viendo paulatinamente, y nos alegra, una disminución de la exigencia de la titularidad en sentido formal. Porque, en algunos casos, este aspecto de la exigencia meramente ritual o formal, puede generar injusticias.

TITULARIDAD REAL, CARTULAR Y REGISTRAL

Se hace necesario forzosamente hacer una breve alusión al significado de la expresión titularidad de un derecho, que puede hacer referencia a tres aspectos distintos, y como lo hemos repetido muchas veces, pido

disculpas quienes nos hayan ya escuchado en otras oportunidades, referirnos a esto³¹.

Cuando decimos que “una persona es titular de un derecho real” podemos adudir a tres circunstancias que a veces pueden manifestarse juntas, pero a veces están separadas, que es lo que hace interesante la terminología que proponemos. En efecto, se puede ser titular real, cuando se tiene el título y se tiene el modo. Además se puede ser titular cartular, cuando ese título ha quedado plasmado en una cédula, en un documento acreditativo con lo cual yo puedo acreditarle al señor juez “aquí está mi escritura traslativa, yo soy propietario”. Y además por virtud del art. 2505 que incorpora el requisito de la registración, vemos aparecer la que llamaremos titularidad registral, como otro tipo de titularidad dentro de nuestro esquema. De manera que es importante y la jurisprudencia a veces no lo hace, esgrimir a qué titularidad hacemos alusión en cada caso. Pueden darse casos en que sin ser titular cartular ni registral, se ostente una titularidad real, por ejemplo en poseedor por veinte años en las condiciones previstas por la ley (art. 4015 y 4016 del C.C.). Este poseedor es ya titular real del bien poseído: tiene título y tiene modo. Otro sujeto tendrá la titularidad cartular y registral. Advirtamos sin embargo que únicamente podremos tener la titularidad registral si tenemos la titularidad cartular, porque lo único que accede al registro, salvo supuestos excepcionales, es la cédula, el documento acreditativo de la causa. Esto es fundamental a la hora de ver, por ejemplo si el adquirente por usucapión, que no ha obtenido una sentencia favorable todavía, puede no defenderse frente a un ataque a la posesión. Nosotros estamos acostumbrados cuando se nos con-

³¹ VENTURA, Gabriel B. “Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión regis-

sulta, es decir “Dr. tengo 80 años de posesión, porque ya mi abuelo estaba allí, y mi padre estaba allí, pero no tengo el título, somos poseedores nada más y ahora un sin vergüenza vecino aprovechando que yo no estaba, se ha introducido y hace tres años que está dentro de la propiedad. ¿Cómo puedo hacer para sacarlo? Ya prescribió mi acción posesoria. ¿Podré sacarlo por ser titular dominial por usucapión?” Y ahí viene el problema. Usted tiene titularidad real, le diremos, pero no tiene titularidad cartular. ¿Podrá o no podrá?. Fíjense la importancia de reflexionar sobre esos temas y también la de acordar una terminología apropiada³².

Ahora bien hay algo que no es opinable: El juez jamás podrá basarse para considerar la titularidad y hacer proceder una acción reivindicatoria solamente en la titularidad registral. Lamentablemente hemos visto fallos que se han basado solamente en la titularidad registral. Me atrevería a decir que la titularidad registral es la que menos refleja la realidad. Si bien es cierto genera un importante efecto que es la oponibilidad, esa oponibilidad no puede estar vacía, la registral sola no nos basta. Puede haber errores en el título, el título puede ser nulo y estar pregonándose en el registro, y si el juez considera que existe el título porque está registrado si bien parte del principio registral de exactitud, ello no le exime de recaer en la existencia formal y sustancial de dicho título. También debe tenerse en cuenta que la registración no nos garantiza ni nos dice que se haya efectivizado la entrega de la cosa, sin la cual no se habría constituido el derecho real (art. 577 y 2601 al 2603 del C.C.).

tral”. En Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, Tº 1, 1994, pág. 186.

Reflexionemos un poco ahora sobre el modo, para ver cómo trabaja aquí, dentro de las acciones reales. Decimos que el modo, es siempre un hecho, es decir que se manifiesta en el mundo de los fenómenos.

En materia de acción reivindicatoria les aseguro que el tema de la posesión es crucial, a tal punto que nos vamos a volver a acordar del artículo 2384 del C.C., aquella norma que nos determina qué son los actos posesorios. Para definir los actos posesorios Vélez hace una enumeración y, de nuestra parte siempre reprochamos al legislador cuando enumera y no dice el carácter de tal enumeración; pero aquí, el Codificador enumera correctamente, porque pone al final aclara “[...]y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga [...]”, con lo cual, al haber usado esa expresión tan amplia, nos aclara de manera directa que la enumeración es meramente enunciativa y puede haber otros supuestos acreditativos de actos posesorios que no sean los enumerados. Dice el 2384 C.C.: “Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes”.

Sin embargo, la falta de un concepto preciso de acto posesorio ha generado confusión en alguna jurisprudencia, que ha llegado a considerar acto posesorio, por ejemplo, el pago de impuestos. Nuevamente aplicamos la inducción, para que no quede inutilizado ese método que, tal como nos enseñaban en introducción al derecho: “el método en la ciencia del

³² El tema lo tenemos estudiado en nuestro “La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión...” Ob.Cit. y fue sintéticamente presentado en ponencia a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, Setiembre de 1999). Ver libro de conclusiones y ponencias, pág. 123.

derecho es inductivo - deductivo”. Aquí trabajamos con la inducción. ¿Qué ha querido decir Vélez con actos posesorios?. Actos posesorios son aquellos que implican una modificación sobre la cosa, modificación física sobre la cosa, no jurídica. Si hacemos un plano de mensura desde el cabelle del ingeniero, eso no es una modificación física, pero si el ingeniero, como corresponde, se constituye in situ, verifica mojones o los coloca, verifica los linderos, allí sí hay un acto posesorio. Agregamos también modificación física sobre la cosa con intención de poseer, porque nadie puede decir que cuando viene con el coche por una ruta y se le rompe la dirección y se incrusta contra un alambrado y lo tira, “ahí realicé un acto posesorio”, no eso no es un acto posesorio, tiene que haber una intención de poseer, que es lo que estamos exigiendo acá. Y en tercer lugar, requisito puramente práctico y fundamental a la hora de la acción reivindicatoria también, haber dejado huella. Una vez más los procesalistas españoles con sus frases sentenciosas: “tanto tienes cuanto pruebas”, nos hacen un aporte fundamental y pragmático. Si tu ocupación no ha dejado huella por más que haya habido un acto posesorio, ese acto posesorio no va a tener eficacia probatoria. Porque no vamos a poder, en definitiva convencer al juez. Debe pues quedar huella, en sentido metafórico por supuesto. Tiene que haber un árbol, tiene que haber un cercado, como lo dice propiamente Vélez allí en el art. 2384, norma básica que, en nuestras clases, obligamos a remarcar y concordar apropiadametne. Esos son los elementos que Vélez rescata de manera enumerativa en el 2384.

Continuando con el modo, recabamos en que no es correcta la sinonimia con que trabajan algunos abogados y jueces: Modo igual tradi-

ción. Hay unos otros modos que no son la tradición³³. Por otra parte tampoco es correcto que creamos que si tenemos modo tenemos posesión pues bien podemos tener modo en la constitución del derecho real y no tener posesión por haberla perdido luego. Asimismo puedo tener posesión actual sin que se haya dado un modo, cuando “de motu propriom”, tomé la cosa y no esperé que me fuera entregada³⁴.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

¿Cuál es la legitimación activa de la acción reivindicatoria? Ya dijimos que por regla general tiene esta acción el “dominus” y que por la interpretación doctrinaria y de la jurisprudencia, la ampliábamos a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por medio de la posesión. Es decir, técnicamente: los propietarios, utilizando esa terminología técnica propuesta por Guillermo Allende y explicada anteriormente.

Hay una frase que nos sintetiza una regla general y dice que “la acción reivindicatoria se da **al propietario que no posee, en contra del poseedor que no es propietario**”. Es ésta una hermosa regla general que merced a su enunciación en forma de paradoja literaria, nos brinda también un recurso de memorización. Nos determina requisitos legitimantes activos y pasivos. Desde el lado activo de la acción necesitaremos pues a un propietario (en el sentido amplio que hemos explicado) que haya perdido la posesión; y desde el lado pasivo de la acción necesitamos a un poseedor (art. 2351 C.C.) que, al mismo tiempo, no sea propietario (tam-

³³ Ver enumeración del art. 2524 del C.C.

³⁴ Recordemos que la traditio exige entrega voluntaria y recibir voluntario conforme al concepto general vertido por el art. 2377 del C.C.

bién en ese sentido amplio: titular de derecho real que se ejerce por la posesión). Sin embargo, esta regla general no es totalmente exacta. En efecto, si nos ponemos a analizarla con fría minuciosidad advertiremos que el reivindicante no siempre va a ser el propietario. El propietario a quien no se le hizo entrega de la cosa, todavía no es propietario, por más que le queramos llamar así. Y tampoco vamos a exigir que siempre sea poseedor aquel contra quien accionamos. Numerosa jurisprudencia y muy reciente, (una de ellas, la más interesante, nos la proveyó Gustavo De Castro, un destacado adscripto a nuestra cátedra, aquí presente), hace procedente también la acción frente a alguien que no es poseedor.

El que no es propietario no puede accionar, sí puede accionar el cesionario. Ya desde el derecho romano, era indiscutida la posibilidad de ceder la acción reivindicatoria, el propio Salvat quien tiene una postura muy estricta en materia de legitimación activa, toma con beneplácito la idea de que la acción reivindicatoria se ceda, pero exige una cesión expresa. No admite la posibilidad, sostenida por la mayoría doctrinaria y jurisprudencial, de la cesión tácita que tiene tanto asidero en la actualidad y que nos la proporciona fundamentalmente el plenario Arcadini - Maleca, que se pronuncia en el año 58.

Como sabemos, todo derecho y toda acción, nos dice Vélez en el 1444 del C.C., puede cederse, salvo que su cesión esté expresamente prohibida por ley, por ejemplo todos los derechos personalísimos, también, por prohibición legal expresa, la acción que nace de la lesión subjetiva que solamente es atribución del perjudicado y sus herederos y su acción no puede cederse. El proyecto del 98 prohíbe expresamente la cesión de la acción reivindicatoria. ¿Cómo vamos a solucionar aquellos casos en

que el propietario transfiere la cosa, pero no puede efectuar la tradición porque la cosa se encuentra ocupada por terceros poseedores? Vendo la propiedad, pero a la hora de procurar el cumplimiento de la entrega de la cosa (art. 1323 del C.C.) hay un tercer poseedor, que por supuesto impide que ingrese el nuevo propietario. ¿Cómo vamos a solucionar ese problema, si evitamos la posibilidad de cesión aunque sea tácitamente a través del acto escriturario de la acción reivindicatoria?. El proyecto, apreciado en su integridad, lo soluciona generando una acción para adquirir la posesión³⁵, que a diferencia del interdicto de adquirir, que ya tiene el Código Procesal de la Nación y el Código de la Provincia de Buenos Aires sólo se concede a los titulares de derechos reales y no a los tenedores quienes también tendrían el interdicto de adquirir. Frente a esa acción ya pareciera no ser necesaria la cesión de la acción reivindicatoria, por lo menos la cesión tácita de la que se nos hablaba doctrinariamente y en el plenario Arcadini. El adquirente sin tradición no es propietario (art. 577 del C.C.) por ello para Salvat directamente no tiene la acción reivindicatoria. Salvat adopta una postura extrema. Vélez lo dice expresamente la acción reivindicatoria es la acción que “nace del dominio” y el dominio como derecho real, por el art. 577, únicamente se constituye una vez que se ha efectivizado el cumplimiento del modo. No hay derecho real pues, sin entrega de la cosa. Afortunadamente la gran mayoría doctrinaria sostiene una tesitura distinta que parte de la idea de la cesión tácita. Si el vendedor, al momento de la transferencia, no hizo reserva de ninguna de las facultades que emergen del dominio, no se reservó nada y dijo “vendo tal inmueble al señor fulano de tal”. ¿Qué nos autoriza a pensar que no le cedió tam-

³⁵ La acción ya existe como interdicto en el C. Procesal de la Nación (art. 607 y ss) y en varios dispo-

bién todas las facultades que le posibilitaban obtener el recupero de la cosa? Eso surge del voto del Dr. Cichero, en el famoso plenario Arcadini - Maleca, que lo hemos repetido tantas veces, incluso en el fallo que hemos traído, hay varias partes que están tomadas de ese voto también. Como suele pasar en las jurisprudencias, se transfieren casi textualmente a veces, las partes que son más ilustrativas. El propio Vélez en la nota 2109, hace alusión al Derecho Romano y dice que los romanos no concebían la cesión de la acción reivindicatoria, si no fuera de manera expresa. No se podía adquirir acción sin cesión expresa. No ocurre lo mismo en nuestro derecho, lo dice en la misma nota (al 2109), cuando se está refiriendo a la citación de evicción. Se entiende que si se vende, se vende “cum omni sua causa”, es decir con todos los accesorios que yo tenía en mi derecho. Así, tal cual yo los tenía, así se los transfiero al adquirente. Por eso el adquirente, quien compra la cosa y se encuentra con que no puede ser poseída porque hay un tercero contradictor, va a tener tres vías de solución a su problema. En primer lugar va a tener, si se trata de una compraventa o un acto traslativo oneroso, la famosa “actio emptio” entrega de la cosa vendida como acción de cumplimiento de la obligación que expresamente Vélez prevé en el 1409. ¿Por qué? Porque no se pudo efectivizar la tradición ya que hay una norma especial en materia de tradición de inmuebles, y nosotros estamos bregando para interpretar la norma haciéndola aplicable también, en su medida y para ciertos supuestos, a las cosas muebles, que dice que no se considerará hecha la tradición cuando haya un contradictor que se oponga a que el adquirente la tome (art. 2383 del C.C.). El adquirente puede considerar que no se le entregó la cosa y

sitivos procesales provinciales. En Córdoba no tenemos dicho interdicto.

en consecuencia exigir el cumplimiento de la obligación y el vendedor se las arreglará para entregar la cosa que ha comprometido en venta o afrontará los daños según lo preceptuado por el art. 505 inc. 3 del C.C.

Por otro lado ese adquirente tiene la posibilidad de la citación de evicción prevista expresamente en el art. 2089 del C.C. para cuando el adquirente es turbado en la posesión. Se cita al transmitente para que defienda al adquirente frente a esta evicción que está sufriendo. Y en tercer término, relacionado con nuestro tema, tendría la posibilidad de accionar por reivindicación si aplicamos esta teoría que surge de las propias notas de Vélez al 2109, de la cesión tácita.

El tema fue profundamente debatido, como decíamos, en el plenario Arcadini Maleca en el año 58, y hay algunas partes que aunque no sean totalmente compartidas resultan sin embargo muy interesantes. Por ejemplo, nos dice Cichero, citando al Senador Martínez, que una cosa es derecho real y otra cosa es acción real. La acción real, continúa, encierra casi un derecho personal. Personalmente yo no estoy de acuerdo con eso de que la acción real encierre un derecho personal, o por lo menos no estoy del todo de acuerdo, salvo cuando la acción real genera ese efecto supletorio o sustituto que es la indemnización del daño causado (art. 505 inc. 3). Ahí sí lo veríamos como un derecho personal, porque en definitiva se transforma en una obligación dineraria. En segundo lugar, otro de los pronunciamientos que rescatamos del fallo plenario, es que la cesión de la acción real no implica necesariamente la enajenación del derecho real correspondiente. El hecho de que se nos haya cedido la acción reivindicatoria y no seamos propietarios no resulta coherente. No podemos comprender para qué podremos querer acción si no es para ejercer la posesión que

a su vez es la figura que permite extraer los beneficios del derecho real protegido. Es lo que sostiene constantemente Alterini y lo que evidentemente le ha hecho incluir (porque él ha sido el autor de esa parte) la prohibición expresamente en el artículo 2200 del proyecto del '98, de la cesión de la acción reivindicatoria. Textualmente, quiero leerles un trozo también del voto del Dr. Cichero, en el plenario Alcadini - Maleca, que nos dice “no sería razonable que el comprador estuviera facultado para reclamar del verdadero dueño de la cosa, la entrega, que éste la ha vendido y no pudiera hacerlo contra un tercero que la posee o detenta sin derecho”. Señores, si puede reclamársele al dueño que se la ha vendido, con mayor motivo tiene que poderlo hacer de un tercero que ni siquiera es dueño. Tampoco nos convence mucho ese argumento en particular, porque encierra un sofisma, entre vendedor y comprador hay un contrato que puede variar la situación, mientras que para ese tercero ese contrato constituye un “res inter alios acta” según lo preceptúa el 1199 del C.C. al expresar que “los contratos no pueden oponerse a terceros, [...]”.

Este tema también se relaciona mucho con la “traditio cartae”, la entrega de la cosa por vía contractual, a la que Vélez le niega virtualidad jurídica en el artículo 2378 del C.C. que expresa que la mera declaración de la parte de darse por desposeído y el adquirente de tomar la cosa, no suple la tradición que deberá efectivizarse por uno de los modos establecidos expresamente en el código. Es decir mediante la entrega voluntaria y el recibir voluntario. Sin embargo y a pesar de la norma expresa del art. 2378, la jurisprudencia ha resuelto que entre partes tiene plena validez esta cláusula de estilo a la que personalmente yo llamo “cláusula traditio-

ria”³⁶. El 2378 sólo tendría aplicación respecto de terceros que pudieran estar poseyendo el bien transferido.

Entre otras, una de las finalidades de la traditio cartae es también posibilitar esa cesión tácita de la que nos habla el plenario Arcadini. La fórmula que nos viene de la tradición notarial hispana, en los actos traslativos hace que los notarios repitamos con monotonía: “y el vendedor dice que **vende, cede y transfiere**”. Allí pues estría esa cesión tácitamente establecida, conforme a la explicación que da Vélez en la nota al art. 2109 que ya hemos citado. Ahora bien, en el caso en que sepamos de antemano que la cosa esta ocupada por un tercero, no hagamos el experimento de intentar aplicar la cesión tácita; en ese supuesto pondremos expresamente en el título la cesión de la acción reivindicatoria para dejar incuestionado el derecho de adquirente de obtener el recuperó, lo que, al mismo tiempo libera de la obligación de evicción al vendedor.

¿Contra quién se da?. Entramos en el tema de la legitimación pasiva. En principio, como decíamos, se da contra el poseedor que no es propietario; pero puede ocurrir que no sea poseedor; sea porque él ocupante reconozca abiertamente que no es poseedor; sea porque acreditamos una causa de ocupación que le reconoce como tenedor. Ej. Un contrato locativo, un contrato de depósito. Obvio es que en estos casos la acción que correspondería más apropiadamente sería la acción de desalojo; pero,

³⁶ En el Código Civil Español, art. 1462, la traditio cartae tiene sanción legislativa y funciona de manera automática, tanto entre las partes como respecto de terceros. En la norma citada se prevé que si el acto traslativo ha sido formulado en escritura pública, esta escritura hace las veces de tradición, salvo que se hubiese estipulado expresamente que no se hace tradición.

como ya hemos adelantado, en algunos casos puntuales puede ser viable también la reivindicatoria.

Si el demandado manifiesta que él no es poseedor, “yo simplemente ingresé, estaba desocupado e ingresé”. A ése, expresamente Vélez lo condena ab initio, por así decir, al expresar que si el poseedor, aquel contra quien se dirige la acción, artículo 2783, manifiesta no ser poseedor, debe ser condenado inmediatamente a la entrega de la cosa al demandante. Con ciertos riesgos, verdad, pues se parte de una presunción de propiedad. Quizá hubiera sido necesario recavar en la necesidad de que acredite su derecho el actor. Pero la ley lo toma como un allanamiento a la demanda que nos recuerda la “in iure cessio” de la antigua Roma.

También puede ocurrir que reconozca la posesión en el reivindicante. Resulta que cuando el actor reclama que se le restituya la cosa, el ocupante, imaginemos un locatario o un comodatario, dice “no, no se la voy a devolver porque no tengo a donde irme, no la voy a restituir; sé que Ud. es el dueño, pero no se la puedo devolver”. Fácilmente se advierte que debe allí articularse la acción de desalojo prevista por el art. 750 del código de procedimientos de Córdoba. Los códigos de procedimiento siempre dicen “procede a la acción de desalojo contra todo tenedor de lo previsto en el artículo 2462 del C.C.”, y uno de esos supuestos, el del último inciso, inciso sexto, dice “El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”. Pero ¿Qué ocurre si no tiene contrato?, nos referimos al instrumento por cierto; el documento acreditativo del contrato se ha extraviado o se ha destruido en un incendio. ¿Qué ocurre si ha prescrito la acción correspondiente?. Siempre quedará pues, como última medida, la acción

reivindicatoria. Así lo ha resuelto la jurisprudencia, no una ni dos veces sino en reiteradas ocasiones. No es necesario que aquel contra quien se dirija la acción, se diga necesariamente poseedor. Él tiene la obligación, si posee para otro que no es el reivindicante, nombrar al poseedor (“la nominas auctoris”), de quien él obtuvo la ocupación de la cosa y a quien representa en los términos del art. 2352 del C.C. Cumple sólo con eso, no necesita presentarse al proceso (art. 2782 C.C.). Operada pues la nominas auctoris, la acción debe dirigirse contra el nombrado, para quien el ocupante posee. Si en cambio, prefiere hacerse pasar por poseedor, va a recaer sobre sí la acción de daños y perjuicios prevista en el art.2784 del C.C..

ARTS. 2789 AL 2792 C.C.

Ya habíamos adelantado la importancia que tenía el título y el modo, no sólo en la constitución de los derechos reales, sino también en el desenvolvimiento de las acciones reales.

Hay cuatro normas del código de Vélez que son hermosas, son una verdadera poesía. Han quedado algo anticuadas sí, pero aun conservan su belleza jurídica. Se trata de los arts. 2789 al 2792 del C.C. Son normas tan impecables, tan autónomas diría yo, que hubieran merecido quizá un título aparte. Propongo el siguiente capítulo “El título y el modo en las Acciones Reales”, ese es el título que yo le he puesto, lo tengo así en mi código escrito. Estos dispositivos nos hacen, en definitiva, una especie de síntesis de los problemas que se puedan plantear y sus correspondientes soluciones. Generalmente estamos acostumbrados a ir con un título domi-

nial y enfrentarnos contra alguien que no tiene su título dominial. Este supuesto si bien es lo más común, no es el único que puede presentarse. En materia de acciones reivindicatorias, suelen darse muchísimos casos en donde actor y demandado son buenas personas. Habrán notado Uds. que en un juicio hay un malo que curiosamente, no se porque, pero no es nuestro cliente, sino el otro, el que está defendiendo el otro abogado. Pues en materia de acciones reivindicatorias suelen darse casos, pero con bastante frecuencia (no los más, pero con frecuencia) en donde las dos partes han obrado con arreglo a derecho y que, o han sido engañadas por una tercera persona o simplemente se han confundido. Estos casos generan las llamadas superposiciones dominiales, expresión que enferma a quienes estamos habituados a los Derechos Reales, porque los dominios jamás pueden superponerse, no puede haber dos dominios sobre una misma cosa. El dominio es exclusivo nos dice Vélez, categóricamente en el 2508, no puede haber dos personas que se arroguen derecho de dominio sobre una misma cosa. Pero cuando existen estas superposiciones dominiales, son superposiciones dominiales generalmente cartulares, en algunos casos, pero la gran mayoría suelen ser registrales, y habrían aparecido con motivo de la proliferación en tiempos remotos de títulos falsos o por falencias en las mensuras originales.

Cuando el título de actor es posterior a la posesión del demandado no es suficiente para que prospere la acción, salvo que el antecesor de ese título, aquel a quien yo le compré haya sido poseedor. Porque allí si aplicamos lo que acabamos de decir, plenario Arcadini - Maleca que por tan aceptado parece ser ya ley en la práctica. Es un plenario del que ni alumnos, ni jueces, ni abogados pueden escapar. Es cita obligada. Ha habido

una cesión tácita, se le habría transferido la acción reivindicatoria y por ello el adquirente la tiene.

Para que prospere la acción, art. 2790, el título del actor debe ser anterior a la posesión del demandado, allí prospera la acción porque evidentemente la posesión le fue privada al titular dominial. Porque comenzó. Se cumplió respecto de él el modo y la acción en consecuencia debe prosperar, como regla general por supuesto. Este caso del 2790 está previsto para cuando el demandado no presentase títulos. Pero si los dos tienen título el caso está contemplado en el art. 2791 del C.C. Ya no estamos con un título y un poseedor, sino que aquí los dos tienen título, que pueden haber emanado de autor común (supuesto que contempla la norma citada) o que provengan cada uno de distintos autores (supuesto del art. 2792 del C.C.). Si es de autor común, el primero que ha sido puesto en posesión triunfará sobre el otro. Se pone de manifiesto la general coherencia del Código velezano, ya que no debemos olvidar la norma del art. 577 del C.C. que establece que antes de la tradición no se adquiere sobre la cosa ningún derecho real. También de los arts. 2601 al 2603 que se refieren a la tradición traslativa del dominio y del 3269 C.C. que expresamente establece que, cuando una persona se hubiere obligado a entregar una misma cosa a varias personas, tendrá mejor derecho aquel a quien se le entregó primero. Cierra con toda coherencia ese esquema.

El último supuesto, es cuando los títulos emanan de distintos autores. Los dos entran al proceso con sendos títulos los que emanan de distintos autores. Si no se puede saber cuál es el verdadero propietario, a pesar de que hacemos un estudio de títulos y cuantas investigaciones podamos efectuar. El juez no llega a convencerse sobre quién es el verdade-

ro propietario entre los transmitentes que han generado esos distintos títulos sobre una misma cosa. Allí aplicamos el famoso brocárdico, “in pari causa melior is conditio occupantis”, en igualdad de condiciones se prefiere al ocupante de la cosa. Por eso es que debemos procurar, antes de un proceso, tanto posesorio como petitorio, estar en posesión de la cosa cuando iniciamos la acción. Ojo, no quiero que les quede la idea de que insto a tomar la posesión motu proprio para cumplir con este consejo, sino que si se da la oportunidad hay que procurar iniciar la acción cuando estamos en posesión. Sobre todo teniendo en cuenta que este principio también debe aplicarse en el ámbito de las acciones posesorias por la tácita remisión que efectúa el art. 2471 al establecer que: “Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene [...] el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho de poseer”.

No quisiera terminar, perdónenme, sin sembrarles una tremenda inquietud que tengo. No pretendo aquí pronunciarme y tranquilizarlos, sino todo lo contrario quiero contagiarles mi inquietud. Es respecto del art. 3955 del C.C., que siempre nos ha afligido y no encontramos una doctrina acabada que nos convenza sobre qué solución le podemos dar. A Vélez, creo que por un plumazo, como solemos decir, se le escapó sin querer en el 3955 que cuando hay una donación inoficiosa, el heredero tendría una acción reivindicatoria en contra del donatario. Se trata de una norma capciosa porque no lo dice de manera directa sino que se ocupa de determinar cuándo comienza a correr el plazo de prescripción de la reivindicación en tales supuestos. Me parece una norma terrible, que habría

que eliminarla del código. También se repite en el proyecto del '98, lamentablemente no recuerdo el número de la norma proyectada, pero contiene una disposición similar, cometiendo el mismo error de llamarle acción reivindicatoria. Fíjense que nos dice el art. 3955 (se los leo para que ustedes también se queden inquietos y no duerman bien esta noche, como me pasa a mi cada vez que recuerdo la norma) “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles, comprendidos en una donación sujeta a reducción, por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”. Nos está determinando cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción de la acción. Quiere decir que por vía de regularnos cuando comienza la prescripción, nos está diciendo que el heredero a quien se lo ha lesionado en su porción legítima, tiene una acción reivindicatoria en contra del donatario. Me parece terrible. En toda esa angustia, apelamos a leer otras normas similares a las que se refiere Vélez, por ejemplo cuando habla de la acción de reducción, en el 3477 llegamos a la conclusión de que Vélez ha querido referirse a los valores de las cosas y no a la cosa misma, con lo cual le negamos ese efecto reipersecutorio que pareciera querer darle al 3955 del C.C.

Cabe aclarar que los títulos de donación siempre han sido considerados endebles por la doctrina, en especial por la doctrina notarial. Hay como una suerte de maldición sobre quien ha adquirido por donación y si no, intenten por ejemplo, sacar un crédito con un título de donación en el Banco de la Nación o en el Banco de Córdoba. Los bancos oficiales, por lo general no se juegan frente a esos riesgos, prefieren el “no”, tienen el no fácil. A veces los bancos privados lo dan.

¿A que obedece esta suerte de precariedad del título donación? Si recorremos el código comenzamos con un art. 967 que dice que no es necesario que el acreedor, cuando el deudor se ha colocado en insolvencia mediante un título gratuito, pruebe el “consilium fraudis” por ejemplo, directamente embarga y ejecuta el bien. Primera cosa que hace riesgoso un título de donación. Quiere decir que si quien a mi me donó, se quedó en insolvencia merced a esa donación, el acreedor puede perfectamente embargar mi propiedad, sobre la que yo sembré todas mis expectativas. Lo ejecuta directamente por una deuda del donante sin necesidad de acreditar que el adquirente sabía de la insolvencia del donante. Otra de las normas culpables del menoscabo de las donaciones es el art. 1051, que protege al adquirente de buena fe, a título oneroso y no cuando ha habido título gratuito. Y la otra norma fundamental y drástica a estos fines es la que estábamos estudiando, la del 3955, que hace que se pueda perseguir al adquirente de título gratuito, por el heredero que ha sido preterido.

Procurando interpretar correctamente el art. 3955 (para terminar ya, por que veo que hay algunos que están mirando el reloj, y hay otros que ya lo sacuden directamente), fíjense que Vélez en la nota del 3477, dice que deben devolverse los valores en la colación y aclara “designamos los valores dados por el difunto y no las cosas mismas[...]” (eso es importantísimo para la acción reivindicatoria de la que estamos hablando) “[...] como lo dispone el código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño, ese dominio no se revoca por la muerte del donante y los frutos de las cosas donadas deben permanecer al donatario aún después de abierta la sucesión”. Fíjense ustedes la importancia de esta nota

en la que Vélez aclara su pensamiento, apartándose del modelo francés, e impide la reipersecución. Por suerte, las citas que efectúa alrededor del 3955 (sobre todo el 3953), hacen alusión a las mismas normas del código francés, a las que Vélez está criticando en éste artículo. Entonces, quizás un poquito aventurado, nos atrevemos a decir que no es acción reivindicatoria aquella la que se refiere Vélez, sino que sólo procura que el heredero preterido obtenga el valor entregado por el causante, y sólo en contra del donatario y no de los terceros adquirentes.

Me queda otra norma malísima, la del art. 3923 del C.C., que al establecer que “El vendedor de cosas inmuebles que no ha dado término para el pago, puede reivindicarlos del comprador, o de terceros poseedores”. Idéntico reproche que las normas anteriores nos merece este dispositivo al que negamos el efecto reipersecutorio que el legislador ha querido (tal vez no) otorgarle. Esto quedará para otra oportunidad. Muchísimas gracias por la atención que me han dispensado y perdónenme la demora.