

LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO: I- INTRODUCCIÓN. 1- EL PROBLEMA DE LA DEFENSA DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA EN EL VIEJO CÓDIGO DE VÉLEZ. 2- FUNDAMENTOS DE LA TUTELA. 3- ACCIONES POSESORIAS Y ACCIONES POLICIALES. ¿SUBSISTE LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES POLICIALES Y POSESORIAS? 4- EL ATAQUE A LA POSESIÓN. LA LESIÓN POSESORIA. 5- LOS INTERDICTOS PROCESALES. 6- LA ACCIÓN DE OBRA VIEJA O RUINOSA Y DAÑO TEMIDO. II- EL NUEVO ARTÍCULO 2238 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. III- INCIDENCIA DE LA NUEVA NORMA EN MATERIA DE CESIONES DE DERECHOS POSESORIOS. IV- PROHIBICIÓN DE OBRAR DE PROPIA AUTORIDAD EN EL NUEVO ART. 2239 DEL CCCN. V- LA DEFENSA EXTRAJUDICIAL. VI - ACCIÓN DE DESPOJO. VII- LA ACCIÓN DE MANTENER. VIII- SITUACIÓN CUANDO HAY DUDAS RESPECTO A CUÁL DE LOS CONTENIENTES TIENE LA POSESIÓN. IX- EL CAMBIO DE LA SITUACIÓN DURANTE EL PROCESO – LA “CONVERSIÓN” DE LA ACCIÓN. X- LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES POSESORIAS – LA POLÉMICA NORMA DEL ART. 2245 DEL CCCN. XI- EL PROCEDIMIENTO DE LAS DEFENSAS POSESORIAS.

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado de la UNC. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

I- INTRODUCCIÓN

Si en algún tema había unanimidad doctrinaria respecto a la necesidad de introducir modificaciones, era respecto a las defensas posesorias. En efecto la diversidad de opiniones generadas al interpretar los diferentes ataques que podía sufrir la posesión, y sus correlativas defensas, hizo de la temática un verdadero pandemonio, si se nos permite la expresión. Vanos resultaron los encuentros, jornadas y seminarios que pretendieron lograr una cierta uniformidad de criterios, pues más allá de la pura doctrina, no ayudaban en nada los preceptos involucrados.

Estaban las posturas dualistas y las monistas, referidas a quienes sostenían que el despojo era un ataque diferente a la desposesión, ya que el primero (art. 2492 C.de Vélez) exigía la expulsión violenta del ocupante; había quienes consideraban que la obra nueva, sea en terrenos del poseedor, sea en terrenos del atacante, eran ataques diferentes a la desposesión o turbación respectivamente. Finalmente, a estas interminables discusiones se sumaban las disputas sobre si los llamados “interdictos” receptados en los Códigos Procesales locales constituían defensas posesorias diferentes, o si simplemente eran la regulación procesal de las citadas acciones.

En definitiva, tal como dijimos al comienzo, pocos temas relacionados con los derechos reales, presentaban tanta polémica. Los nuevos dispositivos, en nuestra opinión, aunque criticables en algunos aspectos, mejoran considerablemente la regulación del viejo código, al adoptar posturas claras y acertadas.

1- EL PROBLEMA DE LA DEFENSA DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA EN EL VIEJO CÓDIGO DE VÉLEZ

Antes de adentrarnos en el análisis concreto de las nuevas disposiciones que regulan las defensas posesorias en el CCCN, se hace menester una breve introducción al problema.

Ocurre que, entre todas las prerrogativas que genera la posesión a favor de su titular, se encuentra justamente el derecho a ser tutelado en dicha relación de poder. En efecto, aun cuando no surja de manera expresa de las normas referidas a los derechos inherentes a la posesión en el nuevo Código (art. 1932 CCCN), ni tampoco de las normas del viejo Código (art. 2421 y ss.) el poseedor tiene fundamentalmente el derecho a usar y gozar de la cosa poseída; y para garantizar dichas prerrogativas cuenta también con las defensas pertinentes que son las acciones posesorias, regladas en el Nuevo Código a partir del art. 2238¹.

2- FUNDAMENTOS DE LA TUTELA

El fundamento de la tutela a las relaciones de poder, que como se sabe son sólo fácticas y no necesitan acreditación de la causa, según lo pregonan el art. 1917 del C.C. y C., ha sido, es, y probablemente será objeto siempre de enconado debate. Adviértase que, en ocasiones, aparece protegido un sujeto que no tiene ni el más mínimo derecho a ocupar la cosa, como un intruso oportunista que accede al bien y esgrime ser poseedor. Es esta situación la que ha hecho decir irónicamente a Ihering, que "(...) la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones (...)"².

Obviamente desarrollar aquí las diferentes tesis sobre el fundamento de la protección a la posesión excede la finalidad de nuestro análisis; sin embargo, a manera de síntesis, deseamos hacer especial hincapié en esa teoría que advierte que la posesión resulta tutelada por tratarse de una propiedad probable. En efecto, creemos que hay en la posesión una verdadera presunción de propiedad, puesto que lo más común es que quien posea sea el dueño de la cosa cuya posesión ostenta. Ese sería uno de los

¹ Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B. "Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles, en "Liber Amicorum" - Homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés - , Ed. Advocatus Córdoba, 2010, pág. 649 y ss.

² IHERING, Rudolf V. "Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria", Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 1.

fundamentos más antiguos que se han brindado, y que justificarían la protección de la posesión; el primer fundamento que aparece en Savigny³.

Ihering, en cambio, reniega de esa tesis; pero luego, al brindar su propia teoría, determina que el verdadero fundamento de la tutela posesoria radica en la necesidad de facilitar la protección a la propiedad, ya que la posesión resulta ser un complemento necesario de la misma. Las acciones concedidas al poseedor no serían sino un aditamento más de la protección que la ley debe brindar al dominio, puesto que “la posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad”⁴.

De nuestra parte, coincidimos con quienes advierten que la propia postura de Ihering no contradice en nada al fundamento de la propiedad probable. Al contrario, si hemos de considerar la necesidad de tutelar la posesión como medio de brindar una protección más sencilla e inmediata al dominio, evitando que el titular deba probar el derecho base de la relación real, que es el fundamento sostenido por Ihering, sin dudas ello se deberá al preconcepto de considerar que lo más probable es que quien se halle en posesión sea también el propietario de la cosa⁵. La idea de considerar la posesión como la probable propiedad (o propiedad posible), resulta de lo más ilustrativa, no sólo para hallar un sólido fundamento a su tutela jurídica, sino también para la adopción de una adecuada técnica legislativa al regular sus efectos. Este último punto sobre todo, será de aplicación en el análisis de las acciones posesorias; puesto que justamente, como dijéramos más

³ SAVIGNY, Federico C. de; “Traité de la Posesión en Droit Romain”, Ed. Joubert Libraire, París, 1842, pág. 3, N° 1.

⁴ IHERING, Rudolf V.; “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 190.

⁵ MARTÍNEZ, Zenón; “La Posesión”, Ed. de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1939, pág. 70 y ss. MUSTO, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 379, 380. En contra LAFAILLE, Héctor; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. EDIAR, Bs.As. 1943, Tomo I, N° 327, pág. 271 y 272. En definitiva estimamos que ambas posturas son coincidentes. Ver también sobre el punto de los fundamentos, amén de Ihering, Ob. y pág. cit., MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 150 – 151; MUSTO, Néstor J.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 372 a 385. BENEDETTI, Julio C.; “La Posesión”, Ed. Astrea, Bs.As. 1978, pág. 1 a 40.

arriba, entre los efectos de la posesión se encuentran las obligaciones y derechos que ella genera al sujeto que la ostenta.

Decían los romanos que las leyes estatuyen de lo que comúnmente ocurre (“lex statuid d’eo quod plerumque fit”) y no podríamos negar, haciendo un análisis fenomenológico de la realidad circundante, que lo que comúnmente ocurre es que quien posea sea también el propietario del objeto de esa relación real. Este proloquio confirma la necesidad de brindar una primera defensa al “dominus” tutelando “prima facie” su posesión⁶.

3- ACCIONES POSESORIAS Y ACCIONES POLICIALES

El tema de la distinción entre “acciones posesorias” y “acciones policiales” no ha sido pacífico en la doctrina; pero, en general, todos admiten la distinción. El Código Civil y Comercial de la Nación, en sus fundamentos, expresa de manera más o menos clara que era menester dar una regulación práctica y evitar la tentación de caer en academicismos teóricos, distinguiendo las policiales de las posesorias propiamente dichas.

Sin embargo cuando acudimos a las normas en concreto, no parecieran el resultado de tales móviles, sobre todo al reparar en el art. 2245 del CCCN. En efecto, en nuestra opinión surge de diversos artículos, y con más claridad aún que en el Código de Vélez, la distinción entre dos especies de acciones: unas, con una legitimación activa amplia, que tutelan tanto a tenedores como a poseedores; y otras con una legitimación restringida sólo a los poseedores.

Si nos atenemos al texto preciso de los arts. 2241 y 2242, advertimos que en ambas normas se expresa textualmente que: “...Corresponde la acción de despojo (o “de mantener” respectivamente)... a todo tenedor o poseedor...”. Pero cuando leemos el art. 2245, reparamos que esta norma, usando idénticas expresiones, se ciñe sólo a los poseedores; dice: “Corres-

⁶ VENTURA, Gabriel B. “Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles” Ob.cit., pág. 650-651.

ponden las acciones posesorias a los poseedores...”. El resto de este dispositivo, integrado por tres párrafos, brinda más argumentos para concluir que, en él se están previendo unas otras versiones de las mismas acciones, y con una legitimación acotada sólo a los poseedores. No podrían ser las mismas acciones si han merecido otra norma, y que además tiene legitimación activa diferente.

Nos preguntamos ¿qué fin cumple la primera parte de este artículo y su título, si ya se expresaba en los arts. 2241 y 2242 quiénes estaban legitimados? Para más, adviértase que el tercer párrafo del art. 2245 plantea un supuesto de excepción en el que un tenedor puede tener las acciones allí reguladas. Esta previsión refuerza en gran medida nuestra posición y nos lleva a deducir que el tenedor normalmente no tiene las acciones posesorias, pero en ese supuesto excepcional sí. Cuando el poseedor no accione y el tenedor tenga interés en ello; en tal supuesto hasta se prevé que el poseedor no quiera recibir la cosa habiéndose ganado ya la acción. Según este último dispositivo pues, el tenedor sólo tendrá acciones posesorias, por vía subrogatoria, a la manera de lo previsto en el art. 739 del C.C. y C. (y art. 1196 del Código de Vélez), cuando el poseedor no las ejerza. Volvemos a preguntarnos: ¿Qué sentido tendría esta disposición confiriendo acción al tenedor, si él hubiese estado ya legitimado, por su propia relación de poder, para el ejercicio de la acción posesoria?

Por lo que venimos expresando, obviamente disintimos con Vives, cuando alterando el texto de la norma del art. 2245, dice “Las acciones posesorias se acuerdan a los poseedores y tenedores de cosas (...)”, pues tales dichos no corresponden a la norma referida⁷.

⁷ Ver VIVES, Luis M.; en “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2014, Tomo 2, pág. 491, nota al art. 2245.

¿SUSBISTE LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES POLICIALES Y POSESORIAS?

Más allá de cuáles hubieren sido las intenciones de los legisladores, que de nuestra parte nos aparecen con claridad de los dispositivos involucrados, las leyes “hablan por sí”; se independizan de sus creadores y entran a regir con propia vida.

Por otra parte, no debería alarmarnos que las normas no se refieran a las acciones policiales asignándoles esa denominación, pues tal ocurría con el Código de Vélez y ninguna doctrina negaba su existencia.

Así las cosas, debemos concluir que la expresión “acciones posesorias”, tal como ocurría en el viejo código, está usada en un sentido amplio, abarcadora no sólo de las defensas que prodigan las normas a la posesión, sino también de las que se conceden a la simple tenencia.

Siempre desde el punto de vista doctrinario se han considerado acciones posesorias (propia mente dichas) las que tutelan la posesión en cualquiera de sus manifestaciones, y acciones policiales las que también defienden la tenencia. Así veremos que el art. 2241 regula la acción policial de despojo, en tanto que el 2242 se refiere a la acción policial de mantener. Pues bien, estas últimas son las que la doctrina denomina “acciones policiales”, por ello tienen una legitimación activa amplia que abarca tanto a los poseedores como a los tenedores, según surge de la propia letra de las normas citadas. Las acciones posesorias propiamente dichas, en cambio, tienen una legitimación activa acotada exclusivamente a la relación de poder posesión, según lo sienta de manera expresa el art. 2245 del C.C. y C.; sólo se conceden a los tenedores de manera excepcional por vía subrogatoria, cuando los poseedores de quienes aquellos tienen su tenencia, no las ejercieren por sí.

Esta opinión en la que, hasta la fecha, somos minoría absoluta (si se nos permite la expresión) es la aplicación coherente del sistema conforme a la tan precisa norma del art. 2245 que hemos analizado. Frente a la claridad

del dispositivo (“in claris non fit interpretatio”), no es dable buscarle otra explicación.

No desconocemos que, en definitiva, se encuentra en manos de los reformistas de los distintos Códigos Procesales de las Provincias y de la Nación, que deberán adecuar las normas a lo dispuesto en el CCCN, la adopción de una postura que llegue realmente a los estrados judiciales. A ese respecto, creemos que será la no distinción de las acciones policiales y posesorias, considerando que hasta la fecha, como habíamos adelantado, la doctrina solo apunta a lo expresado por los codificadores en los fundamentos, y no lo claramente determinado por la ley misma.

4- EL ATAQUE A LA POSESIÓN. LA LESIÓN POSESORIA

Comenzamos por dejar aclarado que la procedencia de cualquier acción posesoria, con el sentido amplio que hablábamos ut supra, exige que se haya producido un ataque a la posesión misma o a las ventajas que de ella devienen; no cualquier agresión debe considerarse una lesión posesoria. Por ello la norma que estamos comentando agrega en su parte final *“Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños”*. Siempre el atacante debe procurarse un beneficio posesorio; creemos pues que el sólo hecho de exigirse la ejecución de actos con intención de hacerse poseedor, como reza la última parte del art. 2238 que hemos transcripto, ya basta para advertir el beneficio posesorio que, para sí, debe procurar el atacante para configurar la lesión posesoria.

En verdad el viejo Código, en su art. 2497, también hacía aplicable la acción de daños y perjuicios frente a la falta del ánimo posesorio. El único supuesto en que el ánimo de ejercer acto posesorio no aparecía muy claro, era respecto de la obra nueva en terrenos que no son del poseedor lesionado. La acción de obra nueva como manutención, por construcción o destrucción de obras que se comenzaran a hacer en inmuebles que no fueran del poseedor, lo decía expresamente: el daño al poseedor debía redundar a

su vez, en un beneficio posesorio para el atacante; no obstante la claridad del dispositivo, doctrina encumbrada llegó a dudar de ello. Así, por ejemplo, Segovia anotando el artículo 2499 C.C. (el 2501, en los tiempos de Segovia), expresaba que “Lo que caracteriza la procedencia de la acción no es precisamente el beneficio que resulte al que ejecute la obra nueva, sino (sic) el perjuicio que cause al inmueble vecino, pues de otro modo el poseedor no tendría en que fundar su acción. *Sans intérêt point d’action*.”⁸

Con esta idea, compartida igualmente por Highton, y que consideramos desacertada, no se puede justificar la inclusión de la norma en el título “De las acciones posesorias”⁹.

Igualmente Musto explicaba que para la procedencia de la acción de obra nueva en terrenos que son del poseedor afectado, “... es irrelevante que se cause un perjuicio al poseedor o que la obra implique un beneficio para el innovador”¹⁰.

De nuestra parte reiteramos, y ello es general para todas las acciones posesorias, y quizás aparezca con más claridad aún en el nuevo Código, que siempre debe haber ataque posesorio: sea directamente por desapoderamiento, sea por la privación de algunos de los derechos inherentes a la posesión. En fin, para que el perjuicio sea de tipo posesorio, es decir el supuesto de hecho típico para hacer procedentes las defensas posesorias, forzosamente se deberán dar dos consecuencias: 1) un menoscabo o perjuicio posesorios para el atacado, y 2) un beneficio o ventaja posesorios para el atacante; de lo contrario la lesión no es posesoria, sino un simple daño y perjuicio. Vélez fue clarísimo en estos pronunciamientos y afortunadamente lo es más el nuevo Código, pues al haber insertado el requisi-

⁸ SEGOVIA, Lisandro; “El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Tomo 2, Ed. Coni, Bs.As. 1881, pág. 71, nota 91.

⁹ HIGHTON, Elena I.; “Derechos Reales”, “La Posesión”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, Vol 1, pág. 276.

¹⁰ MUSTO, Jorge N.; “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 442-443); y luego, al referirse a la acción cuando la obra se realizare en terrenos que no son del poseedor, al igual que Segovia, agrega que “... el hecho de que la obra ‘cediése e beneficio del que ejecuta...’ no es a nuestro juicio indispensable” Ob.cit. pág. 444. También LAFAILLE, Héctor, Ob.cit. pág. 327 y MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 176.

to en una norma general, no como Vélez referido sólo a la turbación, sino en el primer artículo que se refiere a los ataques, facilita su interpretación relacionando su aplicación a todas las lesiones posesorias, incluido el ataque por obra nueva en terrenos que no son del poseedor agredido.

Salvat, con todo acierto, explicando el tema en concordancia con lo que venimos expresando agregaba ejemplos interesantes. Decía el citado autor que el menoscabo aludido en la vieja norma del 2499 podría consistir en el desvío de agua que naturalmente deba llegar al fundo del poseedor, y merced a dicha obra las aguas serán aprovechadas por el atacante. Surge claramente del ejemplo de Salvat, el menoscabo o desmedro de prerrogativas posesorias del actor, y al mismo tiempo la ventaja para el autor de la obra¹¹. Cita además muchos casos jurisprudenciales en los que se ha resuelto sobre la improcedencia de la acción a causa de la falta de alguno de los elementos citados, la ventaja para el autor y el menoscabo posesorio al poseedor¹².

También el Maestro López de Zavalía, en concordancia con nuestra postura, remarcaba la necesidad del beneficio al atacante. “(...) Entendemos – decía el prestigioso jurista tucumano – que lo de *cediese en beneficio* debe entenderse con la inteligencia de que se diera un quid productor de una controversia de posesión, lo que se encuentra en armonía con la norma del artículo 2497 primer precepto” (hoy 2238 *in fine*)¹³.

5- LOS INTERDICTOS PROCESALES

Otro tema que merece mencionarse en esta genérica introducción, es la existencia de los llamados “interdictos procesales”, contenidos en algunos códigos de procedimientos locales, como el Código Procesal Civil y Comer-

¹¹ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs. As. 1961, Tomo I, pág. 404.

¹² SALVAT, Raymundo M. Ob.cit., pág. 405.

¹³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 495.

cial de la Nación, que han encendido una polémica entre quienes sostienen que se trata de la reglamentación práctica de las acciones previstas en el Código Civil, y quienes sostienen que constituyen un remedio posesorio diferente.

Por nuestra parte creemos que los interdictos constituyen la regulación procesal de las acciones contenidas en el Código Civil. Obviamente adentrarnos en profundidad en ese tema excedería con creces el objetivo de este comentario; sin embargo el problema adquiere cierta actualidad y relevancia, al analizarse el art. 2239, pues al parecer los legisladores han visto, aunque sea parcialmente en él, la regulación del interdicto de adquirir la posesión que surge del art. 607 del Código Procesal de la Nación. En nuestra opinión no es así; este interdicto no aparecía ni en el Código Civil de Vélez, ni tampoco surge de los nuevos dispositivos del C.C. y C. de la Nación, según veremos al comentar el art. 2239 de este cuerpo legal.

Es de esperar que prontamente las Provincias, en uso de sus facultades no delegadas a la Nación (art. 121 de la Constitución Nacional), adecuen su normativa a estos nuevos preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación, arrojando luz de una buena vez al tan intrincado problema de las defensas posesorias. Desearíamos también que, allanándose a la actualidad, las normas procesales dejen de aludir a “interdictos” para reglamentar las acciones posesorias. Estas expresiones sólo evocan el nacimiento del tema durante el procedimiento formulario en la Antigua Roma. Eran pues órdenes, generalmente prohibiciones (de ahí su nombre) emanadas del pretor, en la etapa *in jure*, para dar una solución inmediata a la violencia generada por un conflicto posesorio, que luego, en caso de desacuerdo, ingresaba a la etapa *in iudicio* propiamente de competencia de los magistrados. La expresión, usada hoy, cuando en todas las instancias intervienen los jueces, constituye en nuestra opinión un anacronismo arbitrario y dañino a la claridad del sistema.

6- LA ACCIÓN DE OBRA VIEJA O RUINOSA Y DAÑO TEMIDO

No podemos dejar de referirnos al agregado por ley 17711 en 1968 al artículo 2499 del Código de Vélez. Se incluyó allí la llamada acción de obra vieja, ruinosa o daño temido. Esta acción, conforme a dicho agregado, se concedía a quien temía que de un edificio u otra cosa proviniese un daño a sus bienes. Procedía así la también llamada “denuncia de daño temido”, para exigir por vía judicial que se tomaren las medidas del caso para evitar el daño, mediante cautelares físicas (apuntalamientos, destrucción de ruinas, etc.) y jurídicas (embargos, prohibiciones de innovar, etc.). Pues bien, un lector desprevenido del nuevo Código, puede pensar que ha quedado sin contemplación el supuesto; pero no es así. A partir del artículo 1710 del C.C. y C. de la Nación, bajo el título de “Función preventiva...” se regula la posibilidad que se encontraba en la norma derogada. En efecto, el nuevo Código, en el art. 1711 establece que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...”. Se encuentran legitimados para incoarla quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712).

En verdad consideramos más adecuada su regulación en forma general, tal como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial, pues no necesariamente el daño temido está relacionado con las defensas posesorias. Justamente habíamos criticado ya la ubicación de la norma que receptaba la acción de daño temido. Adviértase que para estar legitimado ni siquiera debe exigirse posesión alguna; tampoco el riesgo que motiva el temor aludido por la norma, ha de provenir necesariamente de un inmueble. Como puede advertirse, eran muchos los motivos por los que la norma se alejaba del tema de la protección posesoria. Se percibía claramente que se trataba de un dispositivo de carácter preventivo, cuyo verdadero lugar se hallaba entre las que regulan y previenen los daños con las cosas¹⁴.

¹⁴ Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Algunas reflexiones respecto de la acción de obra nueva y la obra vieja o ruinosa”, en JA. Número Especial, 2011 – IV, pág. 83.

II- EL NUEVO ARTÍCULO 2238 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

La norma del 2238 es un verdadero precepto en sentido técnico, pues nos da las generalidades para perfilar adecuadamente lo que es un ataque posesorio. Técnicamente diremos que se trata de una verdadera definición preceptual o doctrinaria, tal como las que debe contener un Código¹⁵. Nos determina cuáles son los ataques que pueden sufrir las relaciones de poder: Desapoderamiento o turbación. Ello con una buena técnica y acertadamente, conforme a lo que venía sosteniendo la doctrina.

Cuando se desposee totalmente de la cosa estamos en presencia del “desapoderamiento”, como ataque posesorio. Mientras que, cuando simplemente hay un intento de generar el desapoderamiento, o un actual menoscabo de las facultades que genera la posesión, por ejemplo el cierre de una ventana para servidumbre de vista, aparece el ataque “turbación”. Puede advertirse una diferencia de jerarquía, si se nos permite la expresión, entre ambos ataques, lo que nos permitiría calificar, tal como lo venía haciendo la doctrina, de “agravio o lesión mayor” el desapoderamiento, y “agravio o lesión menor” la turbación; ello a los fines de comprender más acabadamente la llamada “conversión” regulada en el art. 2244, que recepta justamente la expresada terminología.

Se remarca igualmente en la norma la necesidad de que se trate de actos materiales; es decir que repercutan directamente sobre la cosa; técnicamente deben ser intentos de ejercer actos posesorios (art. 1928 C.C. y C.). No bastan las meras amenazas verbales, aquellas que hacían procedente la llamada “acción de jactancia”, hoy desaparecida de casi todos los

¹⁵ Ver sobre la diferencia entre definición conceptual y preceptual NÚÑEZ LAGOS, Rafael; “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1953, pág. 25 y ss.

códigos procesales; es menester pues que la intención del atacante se manifieste en el mundo físico con repercusión inmediata en la cosa poseída¹⁶.

Aparece una novedad interesante en el nuevo dispositivo: la sola inminencia del ataque ya propicia la acción defensiva. Consideramos atinada la aclaración, pues se aminora considerablemente el daño al impedir su consumación. Sin embargo encontramos difícil la acreditación de la dicha inminencia como para hacer procedente una acción judicial. En efecto, si el atacante, por ejemplo, ha comenzado a excavar cimientos para una construcción que invadirá el fundo poseído, ello ya constituiría desapoderamiento y no inminencia de desapoderamiento; pero en teoría podrían darse casos en los que la invasión fuera primero puramente virtual, como la aprobación de planos constructivos o autorizaciones para edificar que implicarían sí una invasión futura.

Otro aspecto importante que aparece en la norma analizada y que también merece nuestra aprobación, es la valoración de la intención del atacante, pues si bien la norma acude en dos oportunidades a la “intención de poseer”, en el primero y cuarto párrafo, esa intención debe valorarse, podríamos decir, casi con abstracción del aspecto puramente subjetivo, pues si la conducta del atacante realmente desapodera o turba, vanas serán sus expresiones en cuanto a que no tiene intención de agredir la posesión del ocupante, ya que los hechos demuestran lo contrario. La falta de intención de atacar la posesión, aludida en el cuarto párrafo del art. 2238 CCCN, no se refiere a esa circunstancia, sino que procura distinguir claramente un ataque posesorio de un simple daño y perjuicio. Así, si el vecino todas las mañanas decide pasearse por el jardín del colindante pisando y destruyendo las flores, claramente se advierte que no hay en él intención de poseer, sino sólo de dañar. Por ello en tales casos procede, como ya se disponía en el viejo 2497 del Código de Vélez, una acción de daños y perjuicios.

¹⁶ VENTURA, Gabriel B.; “Conceptualización de los actos posesorios”, Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba, Nº 61, pág. 94 a 100.

Otro punto que debemos remarcar es que desaparece la discusión sobre si la acción de despojo es sólo procedente cuando ha habido desposesión violenta, interpretación surgida del viejo art. 2492 del Código de Vélez, o si ella procede existiendo el mismo ataque de desapoderamiento, pero amparando sólo el elemento “corpus” de la posesión, y no la posesión en su integridad (“corpus y animus”), por cuyo motivo se encuentra legitimado también el tenedor para incoarla. Las normas no hacen el distingo, de manera que, frente al ataque de desapoderamiento, tanto poseedores como tenedores tendrán la acción de despojo del art. 2241.

Tampoco surgen de los dispositivos exigencias concretas respecto del tiempo de posesión. La anualidad típica que aparecía en el Código de Vélez, desaparece en el Nuevo C. C. y C. de la Nación. Nos parece acertado el criterio, sobre todo si se tiene en cuenta que se trataba de un requisito relativo; es decir sólo se requería cuando el atacante era un poseedor anual. Esta circunstancia sumada al plazo de prescripción de la acción (art. 2564 inc. b. C. C. y C.) y a la solución frente a la prueba de la posesión (art. 2243 C. C. y C.) que presume que la posesión la tiene quien acredite la mayor proximidad de la misma con el instante de la lesión o, ante la imposibilidad de esta prueba, el que ostente la relación de poder más antigua, harían totalmente innecesario el requisito de la anualidad.

III- INCIDENCIA DE LA NUEVA NORMA EN MATERIA DE CESIONES DE DERECHOS POSESORIOS

En cuanto a la incidencia documental de la norma, y su correlativa repercusión en el ámbito de los contratos, ella aparecerá cuando se efectúen las llamadas “cesiones de derechos posesorios”, puesto que en la dicha cesión se transfieren los derechos generados por la relación de poder, y va de suyo, tal como habíamos adelantado, que entre las facultades emergentes de la relación posesoria, está la de protegerse mediante las acciones legales. Pues bien, si tal como pregona el art. 1616 del C.C. y C., todo dere-

cho puede ser cedido a no ser que esté prohibido expresamente por la ley o por la convención que lo originó o por la naturaleza del derecho, como el derecho a la tutela posesoria no presenta ninguna de estas cualidades excepcionales que la impiden, de ello resulta que puede cederse¹⁷. En verdad no creemos que, omitida la cesión expresa en las estipulaciones contractuales, no funcione una cesión tácita; pero tenemos expresado en nuestras clases, como principio de técnica notarial de acción, que no conviene, desde el punto de vista notarial, valerse de figuras tácitas, sobre todo cuando nada impide una consignación expresa e incuestionable teniendo a ambas partes en el acto.

Por ello desde el punto de vista contractual, frente a una cesión de derechos posesorios cuyo transmitente haya sufrido una lesión (turbación o desapoderamiento) o esté sufriendola en ese mismo momento, ello obligaría a insertar de manera expresa la cesión de las acciones pertinentes¹⁸. El único obstáculo que podríamos encontrar es que la pertinente acción hubiere ya prescripto por haber transcurrido ya el año previsto en ley, según lo sentado en el art. 2564 inc. b.

Demás está aclarar que el notario no puede ni debe inmiscuirse en la determinación de las cualidades y vicios de la posesión, así como tampoco debe acreditar ni garantizar su tiempo; él solo consigna lo expresado por las partes; mas no garantiza la existencia de los derechos que se transfieren. En efecto, si bien estamos acostumbrados a que el notario se involucre en las legitimaciones, es decir en la correspondencia de los derechos del que transfiere en el instrumento de su facción, en los casos de cesiones de derechos posesorios, por ser la posesión de naturaleza puramente fáctica, resultan de imposible corroboración en una audiencia notarial; solo son de incumbencia de las partes, y de los jueces en su momento. Obviamente el notario asesorará sí, respecto de estos aspectos, aconsejando al adquirente

¹⁷ VENTURA, Gabriel B. "La Cesión de Derechos Posesorios", Abeledo Perrot, Córdoba, 2008, pág. 839 y ss.

¹⁸ VENTURA, Gabriel B.; "Los títulos notariales y la posesión", en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, Tomo VIII, pág. 37.

la investigación fáctica necesaria para la eficacia de la transferencia por la tradición, pero, insistimos, el instrumentador permanecerá ajeno a la certeza de lo manifestado.

Para comprender acabadamente lo que acabamos de expresar en el precedente párrafo, conviene recordar que la posesión no se transfiere por el documento de la cesión, sino por la tradición posesoria (art. 1923 y 1924 del C.C. y C.) que no se produce en el acto notarial; por lo que el título a la posesión no lo constituye el instrumento de cesión. La cesión sólo se efectiviza para transferir los derechos que la relación de poder hubiere hecho adquirir al cedente (el llamado “ius possessionis”), y para asegurar igualmente la continuidad de la posesión, permitiendo unir o anexas los lapsos del cedente con los del cesionario, a los fines del cómputo de su tiempo¹⁹.

Obviamente, si el cedente no hubiera estado en posesión, o ya la hubiere perdido definitivamente, funcionará a favor del cesionario engañado, la garantía de evicción y saneamiento, según surge de los arts. 1033 al 1050 del C.C. y C. de la Nación.

IV- PROHIBICIÓN DE OBRAR DE PROPIA AUTORIDAD EN EL NUEVO ART. 2239 DEL CCCN

En el viejo artículo 2468 se consagraba el principio posesorio enunciado como “prohibición de obrar de propia autoridad”, cuya única excepción la configuraba, como en el actual Código, la llamada “defensa extrajudicial”. Lamentablemente, el título con que se ha precedido la norma equivalente, art. 2239 del nuevo CCCN: “Acción para adquirir la posesión o la tenencia”, no tiene ninguna relación con el mentado principio, pues no hay ni debería haber tal acción. En efecto, toda acción posesoria exige como primer recaudo la existencia de una relación de poder (usando las nuevas expresiones

¹⁹ VENTURA, Gabriel B., “La Cesión de Derechos Posesorios” Ob.cit.

del Código Civil y Comercial de la Nación); es decir tenencia o posesión. Si tal relación no existe ni existió, no es factible siquiera referirse a acción posesoria alguna.

Por ello Highton, acertadamente expresa que el interdicto de adquirir, que se encuentra regulado de manera expresa en el art. 607 del Código Procesal de la Nación, no participa de la naturaleza de los verdaderos interdictos posesorios o acciones posesorias, pues tiene por objeto una posesión nunca habida²⁰.

La única acción que podría haber nacido frente al supuesto previsto en el título de la norma, sería de tipo contractual, emanada de un contrato de compraventa cuyo objeto no ha sido entregado al comprador. El adquirente tendrá entonces la acción de cumplimiento de contrato, en este caso llamada "actio emptio" por los romanos (entrega de la cosa vendida). Igualmente, en relación a la tenencia, el inquilino tendrá esa acción emanada del contrato de locación. Pero, como puede verse, estas pretensiones no tienen nada de posesorias; en razón de lo cual la norma nada tendría que hacer en esta parte del Código. Es tan sólo el título con que se ha rotulado la norma, lo que nos permite advertir que el dispositivo de Vélez (art. 2468), fuente casi textual del art. 2239 del C.C. y C. de la Nación, ha sido mal interpretado.

En verdad estamos convencidos de que la norma del viejo art. 2468 del Código de Vélez, y el nuevo 2239 del C.C. y C. de la Nación, apuntan a evitar el recupero de la posesión "motu proprio", prohibiendo así la justicia por propia mano. No hay pues tutela para la adquisición de la posesión, sino sólo para su recupero frente a la pérdida. Por ello estimamos que, a pesar del título con que se ingresa al dispositivo, la norma no apunta al llamado "interdicto de adquirir" regulado en el art. 607 del Código Procesal Civil de la Nación, sino a impedir el recupero de la posesión perdida mediante propia autoridad. Obviamente la mala rotulación de la norma podría generar pro-

²⁰ HIGHTON, Elena I. "Derechos Reales", Vol. 1, "Posesión", Ed. Ariel, Bs.As. 1979, pág. 315.

blemas interpretativos y controversias; por lo que veríamos atinada una futura reforma.

Concretando la interpretación del art. 2239, se alude aquí a la necesidad de acudir a la Justicia para recuperar o impedir un ataque a la posesión. Salvo ante la imposibilidad de obtener una respuesta judicial a tiempo, en cuyo caso el poseedor o tenedor tendrá la acción extrajudicial del art. 2240, el agredido en su relación de poder debe acudir siempre a la vía judicial.

Destacamos una lamentable omisión en la norma del nuevo 2239. Se ha suprimido una parte del viejo Código de Vélez que exigía acudir a la vía judicial sólo “en caso de oposición” (art. 2468 Código de Vélez). Esta frase, aunque parecía ociosa, daba legitimidad al recupero “*motu proprio*”, cuando la cosa se hubiere abandonado con claros indicios de haber desaparecido la intención posesoria del usurpador o intruso. Creemos que, en una futura reforma, sería menester su agregación. Pero aún hoy, en base a una interpretación por sus fuentes, y acudiendo a la “*ratio legis*”, que es impedir la violencia frente a una oposición, podría hacerse igualmente aplicable, permitiendo también el recupero cuando ya no existe oposición del atacante.

Destacando la interpretación que surge del título de la norma, “acción para adquirir”, no podemos negar la relación que tiene el dispositivo con la llamada “*traditio cartae*” o tradición escrituraria, que suele aparecer siempre en las escrituras traslativas de dominio, en las que el “*tradens*” manifiesta que entrega o ha entregado la cosa al “*accipiens*”, y éste reconoce encontrarse en posesión. Al respecto corresponde advertir que el Nuevo Código C. y C. de la Nación, haciéndose eco de doctrina y jurisprudencia dominantes, confiere pleno valor entre partes a la dicha declaración, negándole efecto jurídico sólo respecto de los terceros que pudieran estar ocupando la cosa supuestamente entregada. En efecto, tal como ya habíamos interpretado el viejo art. 2378 del Código de Vélez, la mera declaración de las partes tiene ahora plenos efectos entre ellas, por lo que no podrá luego el transmitente negar que es un simple tenedor de la cosa, ni arrogarse por ello una po-

sesión. Si se mantiene ocupando el inmueble transferido, se habrá transformado en tenedor por “constituto posesorio” (art. 1923 del C.C. y C. de la Nación)²¹. Entre partes pues, el adquirente se transformó en propietario por la tradición a pesar de no haber existido el traspaso material del objeto del negocio²².

V- LA DEFENSA EXTRAJUDICIAL

La norma del artículo 2240 del nuevo CCCN, consagra de manera expresa una excepción al principio sentado en el dispositivo anterior: la prohibición de obrar de propia autoridad.

La doctrina elaborada en torno al viejo art. 2470, de contenido similar al actual, dividía acertadamente la regulación en dos instancias temporales: Una en la que el poseedor impedía el ataque a la relación de poder, frente a una “lesión menor”, es decir la turbación; y otra en la que, a pesar de haberse ya dado el ataque, y producida la pérdida del “corpus”, “lesión mayor” por despojo, legitima el obrar del poseedor o tenedor que va en persecución del agresor y recupera la cosa. Siempre, claro está sentado en la norma, que no pudiera racionalmente acudirse a la justicia o a la policía del lugar, que no hubiere intervalo de tiempo entre el ataque y la recuperación de la cosa (“in ipso congressu”), y que no se excedan los límites de la legítima defensa; es decir conforme a la previsión del art. 34 inc. 6 del Código Penal.

Corresponde agregar, por no surgir de manera expresa, que para que opere la legitimación de la defensa extrajudicial la agresión a la relación de

²¹ Ver VENTURA, Gabriel B. “Los Títulos Notariales y la Posesión”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, pág. 44, 45.

²² Tenemos estudiado el asunto, junto a Moisset de Espanés, en MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B.; “La Tradición Escrituraria”, en Zeus, Rosario, 1988, T. 40, J-50.

poder debe ser violenta. No podría configurarse el supuesto, por ejemplo, frente a la pérdida por clandestinidad de la relación de poder²³.

Debe tenerse presente que se trata de una prerrogativa excepcional, en razón de lo cual la norma debe ser interpretada en sentido restrictivo. Sin embargo, a pesar de esta regla interpretativa, y al hecho de que la norma alude sólo a la posesión, la legitimación para este proceder no está ceñido sólo a dicha relación de poder; sino que la tienen tanto poseedores como tenedores y aun los servidores de la posesión; es decir quienes se encuentren en contacto con la cosa en virtud de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad. En efecto, puesto que la autodefensa, en todo ámbito jurídico, es un principio del derecho natural cuando no pueda acudir a la justicia, por lo apremiante de la situación en razón de tiempo y lugar, la ley no ha podido evitar conferir legitimidad al ocupante, sea poseedor, tenedor o servidor de la posesión, para procurarse por sí mismo la protección frente al ataque. Si bien este proceder con justicia por mano propia estaría vedado en un orden jurídico racional y maduro, en ciertas situaciones excepcionales, como la que hemos perfilado, el derecho justifica, legitima o convalida este accionar del ocupante.

VI – ACCIÓN DE DESPOJO

El artículo 2241 del CCCN regula la llamada “acción de despojo” que, conforme a su nueva redacción, no deja dudas en cuanto a que procede frente a un desapoderamiento, sea cual fuere el medio empleado para lograr la exclusión del ocupante, violencia, clandestinidad o abuso de confianza. Ya habíamos adelantado en la introducción, que en la nueva ley desaparece la discusión sobre si la acción de despojo es solo procedente cuando

²³ LAFAILLE, Héctor; “Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales”, Tomo I, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, pág. 294, 295.

ha habido desposesión violenta, interpretación surgida del viejo art. 2492 del Código de Vélez, o si ella procede existiendo el mismo ataque de desapoderamiento, pero con una legitimación más amplia por tutelar sólo el elemento “corpus” de la posesión, y no la posesión en su integridad (“corpus y animus”). Tanto el poseedor como el tenedor tendrán esta defensa.

Las normas ahora en vigencia no hacen el distingo respecto de si el desapoderamiento fue mediante violencia u otros vicios; por lo que frente al ataque de desapoderamiento, definido en el 2238 (*“Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor”*), tanto poseedores, como tenedores podrán ampararse mediante esta acción. La duda podría surgir, respecto de la legitimación activa de los llamados servidores de la posesión, pues si bien el art. 2490 del Código de Vélez, modificado por ley 17711, consagraba expresamente la excepción en cuanto a legitimación para la acción de despojo, ésta particularidad no aparece en los textos del nuevo Código.

Esta circunstancia nos obliga a un pronunciamiento. En efecto, recordemos a esos efectos que los servidores de la posesión, según lo sentado en el art. 1911 del C.C. y C. de la Nación, son aquellos que se encuentran en contacto con la cosa en razón de una “... relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad”. De nuestra parte, frente a la omisión normativa respecto a la legitimación para la acción de despojo de quienes ostentan esta relación, a pesar de la contemplación del instituto en el citado art. 1911, creemos que a estos ocupantes les está vedada la acción. Ello por dos motivos: En primer lugar haciendo una interpretación por la fuente de la norma, ya que el art. 2490 del Código de Vélez expresamente les negaba la acción; y en segundo lugar porque se trata de una relación de poder de tan poca entidad jurídica, que ni siquiera ha merecido figurar en la enumeración que hace el legislador en el art. 1908 del Código Civil y Comercial en vigencia. El servidor de la posesión sólo tendrá legitimación, conforme lo hemos sentado al anotar el 2240, y no sin hacer también otro esfuerzo interpretativo, para la defensa extrajudicial, frente a los motivos expresamente determinados por ley.

No podemos dejar de reprochar al legislador que el artículo 1911 contemple las relaciones de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, diferenciándolas expresamente de la simple tenencia, si no ha sido para otorgar o negar de manera expresa alguna acción judicial que lo justifique. Recordemos que la agregación de los servidores de la posesión en el viejo 2490 por ley 17711, se hizo justamente para negarles la acción de despojo.

Adentrándonos ahora a la figura defensiva concreta de la acción de despojo, prevista en el 2241, diremos que es de naturaleza policial; es decir se procura con ella la defensa del “corpus” posesorio; y se concede tanto al tenedor (sea en interés propio, sea en interés ajeno), como al poseedor de una cosa o una universalidad de hecho. Remarquemos que según nuestra opinión reseñada *ut supra*, en soledad doctrinaria, se mantiene en el nuevo CCCN, la distinción entre las acciones posesorias y las policiales.

Siguiendo las pautas que originan las defensas posesorias y sus fundamentos, en el último punto del primer párrafo del art. 2241 se aclara que la acción de despojo procede aun contra el dueño de la cosa, o universalidad de hecho, que obra de propia autoridad pretendiendo o efectivizando el recupero; pues, como se ha dicho, el objeto de la tutela es la relación de poder con la cosa y no el derecho de dominio sobre ella. Se aplica aquí el proloquio latino de Ulpiano “*Nihil commune habet proprietatis cum possessione*”²⁴, y que aparecía ya, casi textualmente, en el viejo Código (art 2472). Es de destacar que se trata de un principio común a todas las acciones, no sólo la de despojo, por lo que correspondería una corrección de la norma colocándolo de manera general, abarcando también la acción policial de mantener (art. 2242 del C. C. y C.) y las acciones posesorias (art. 2245 C.C. y C.). Esta situación se agrava si, tal como hemos dicho, se interpreta erróneamente el art. 2240 como contemplando el interdicto de adquirir, pues en verdad esta última norma, bien explicada, refuerza el principio enunciado al declamar que, aunque el desposeído tenga derecho a poseer (“*ius pos-*

²⁴ Ulpiano, en el Digesto 41, 2, 12, 1.

sidendi”), no puede tomar por sí la posesión sino que debe demandarla por las vías legales.

Se incluyen también en la norma analizada, en nuestra opinión acertadamente, los ataques producidos por obra nueva. Mientras en los viejos dispositivos se contemplaban estas lesiones en normas diferentes, como si se tratara de otros ataques y otras acciones (art. 2498 y 2499 del Código de Vélez), en la norma analizada y en la del art. 2242 que regula la acción de mantener en cambio, aparece el ataque de obra nueva en el segundo párrafo de cada norma, y dentro de su misma regulación. Decimos que creemos correcta esta apreciación pues, aunque se trate de una obra nueva (construcción o destrucción) no deja de configurarse un desapoderamiento. Otro tanto ocurrirá con la obra nueva que no llega a desapoderar porque se realiza en terrenos que no son del agredido (*“in suo”*); hablaremos aquí de una simple turbación, como veremos al analizar la obra nueva del art. 2242.

A pesar de la contundencia de nuestras expresiones, el tema había sido debatido doctrinariamente en torno a las viejas normas. Mientras algunos autores consideraban que la obra nueva, en sus dos tipos (terrenos del atacante o del atacado) constituía una lesión diferente a la desposesión y a la turbación, la gran mayoría, en cambio, acorde a nuestra postura esbozada en el párrafo precedente, coincidían en darle la misma entidad²⁵.

López de Zavalía distingue el ataque por obra nueva, usando dos expresiones latinas que nos parecen muy apropiadas como vocabulario técnico: Cuando la lesión se produce por modificaciones en terrenos que son del poseedor, lo denomina obra nueva *“in meo”* (en el mío); en tanto que al referirse al ataque en terrenos que no son del poseedor agredido, la sindicada como obra nueva *“in suo”* (en el suyo, el del atacante)²⁶.

Finalmente, en el último párrafo del art. 2241 se determina el alcance de la sentencia, que deberá ordenar la restitución del bien, cuando se trate

²⁵ Ver HIGHTON, Elena I; “Derechos Reales”, “Posesión”, Vol 1, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, pág. 273, 274.

²⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 492, 493.

de un desapoderamiento común, o su devolución al mismo estado anterior en los supuestos de agresión por obra nueva previstos en el segundo párrafo (destrucción o construcción, según corresponda). Se aclara asimismo la inatacabilidad del pronunciamiento en cuanto a la acreditación de la relación de poder; es decir no podrá cuestionarse si existió o no tenencia o posesión. El dispositivo aclara que la sentencia produce cosa juzgada material parcial, por oposición a la cosa juzgada formal; pues si bien puede iniciarse otro proceso de mayor jerarquía, en ellos no podrán cuestionarse la existencia de las dichas relaciones de poder que hubieren quedado ya acreditadas. Estas acreditaciones integran la faz sustancial del proceso y exigir una nueva comprobación atentaría contra el principio de progresividad que juega en el derecho procesal, y que procura siempre el avance de la causa evitando su estancamiento. La aclaración de la norma es importante, pues en el caso de iniciarse un juicio petitorio posterior, no será menester la prueba de las dichas relaciones de poder que hubieren quedado ya acreditadas en la instancia policial. Se aplican a este respecto los principios de la cosa juzgada (“Res iudicata pro veritate habetur” – La cosa juzgada debe ser tenida por verdad).

VII- LA ACCIÓN DE MANTENER

En el artículo 2242 se regula la acción de manutención, en su versión policial, contemplada en algunos códigos procesales como “interdicto de retener”; (por ejemplo el art. 610 del Código Procesal de la Nación).

Ya hemos expresado que, según nuestra tesitura, a pesar de la intención de los codificadores, en el nuevo Código hay diferencia entre una acción policial y una posesoria; pues bien en esta acción de mantener, a diferencia de la posesoria (art. 2245 C.C. y C.), cuya legitimación es privativa de los poseedores, su legitimación activa es amplia, tal como surge de la letra del artículo 2242, y por ello procede tanto en favor del poseedor como del tenedor.

La norma originaria del Código de Vélez, equivalente al 2242 del nuevo Código, la hacía aplicable sólo en tutela de la posesión; pero luego de la reforma por ley 17711 en el año 1968, se modificó el art. 2469 dando así nacimiento a la misma. El texto modificado quedó expresando que “La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales”.

En un comienzo el nuevo texto confundió a los operadores, pues estábamos acostumbrados a expresar con simpleza que las acciones posesorias correspondían sólo al poseedor; y la única excepción a este principio rector era la acción de despojo que, justamente por esa circunstancia, por corresponder también al tenedor, se dio en calificarla como acción policial: “La acción policial de despojo”. Correspondió al Maestro platense Dalmiro A. Alsina Atienza, en un brevísimo y señero análisis del entonces nuevo dispositivo, arrojar luz sobre el asunto. En efecto, Alsina Atienza advirtió que la norma debía interpretarse como dando nacimiento a una nueva acción policial, puesto que no puede ser posesoria al haberse conferido también al tenedor; y bautizó la acción como “Acción policial innominada de manutención”²⁷.

Por lo expresado, ya la doctrina había aceptado más o menos pacíficamente una acción policial que tutelara también a la tenencia frente al ataque de turbación definida con gran precisión en el segundo párrafo del nuevo art. 2238; en razón de lo cual resulta de fácil interpretación ahora la dicha nueva norma. Tanto la posesión como la tenencia resultan tuteladas en el “corpus posesorio” frente al ataque de la turbación, confiriéndole el legislador la acción de mantener o de manutención.

Igualmente, tal como habíamos adelantado, se incorpora la obra nueva como turbación, cuando el ataque es por obras “in suo”, como expresaba

²⁷ ALSINA ATIENZA, Dalmiro A.; “La acción policial innominada de manutención en la tenencia” en L.L. 119-1104.

López de Zavalía²⁸; es decir cuando el ataque se produce por obra nueva que se comencare a hacer, o fuere inminente su inicio, en inmuebles que no sean del lesionado. Como toda acción policial su legitimación activa incluye tanto a tenedores como poseedores, siempre dejando aclarada nuestra solitaria posición, fundada en el texto del art. 2245, en cuanto a la subsistencia de ambas líneas de defensa (policiales y posesorias).

La sentencia favorable a la acción ordenará la suspensión de los trabajos, así como todas las medidas necesarias para evitar que vuelva producirse la lesión.

Finalmente, para el caso en que el accionante resulte perdidoso, al igual que para el despojo (art. 2241) se determina un efecto de cosa juzgada material respecto a la acreditación de la posesión o la tenencia en la instancia posesoria (art. 2242 C.C. y C. de la Nación); lo que equivale a expresar que el lesionado no necesita, en el proceso posesorio (art. 2245), probar su relación de poder, ni puede cuestionarse dicho pronunciamiento obtenido en la instancia policial.

VIII- SITUACIÓN CUANDO HAY DUDAS RESPECTO A CUÁL DE LOS CONTENDIENTES TIENE LA POSESIÓN

El artículo 2243 del CCCN, equivalente al art. 2471 del Código de Vélez, resuelve la situación que se presenta cuando no es factible determinar “*prima facie*” cuál de los dos contendientes es el poseedor. Como surge manifiestamente de la sola lectura del art. 2243, se ha tomado como base para adjudicar un mejor derecho, en este caso el “*ius possessionis*”, a quien temporalmente resulte más próximo al comienzo del ataque.

²⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 492, 493.

En caso de no poder acreditarse esta cercanía temporal con el momento del ataque, se presume que es poseedor o tenedor quien demuestre la relación de poder más antigua.

La norma de Vélez (art. 2471), en cambio, no atendía a la proximidad temporal del ataque, sino que directamente tomaba como elemento más favorable a la parte, la mayor antigüedad en la relación de poder. Si no podía probarse la antigüedad, la presunción de ser poseedor recaía en quien tuviese el “ius possidendi”, es decir el derecho a poseer, por ser titular de un derecho real que se ejerce por la posesión. Esta última apreciación lamentablemente no aparece en la nueva norma; como si nunca pudiera pasar que tampoco pudiera acreditarse convincentemente cuál es la relación de poder más antigua.

Creemos que sería importante tener en cuenta el derecho a poseer (o “ius possidendi”) o, en su caso, el derecho a tener.

IX- EL CAMBIO DE LA SITUACIÓN DURANTE EL PROCESO – LA “CONVERSIÓN” DE LA ACCIÓN

La doctrina venía sosteniendo la necesidad de facilitar el trámite al lesionado en su posesión, sobre todo en los supuestos frecuentes, en los que durante el trámite de la acción se produzcan cambios en la situación de hecho, que puedan hacer variar totalmente la acción procedente.

Dando satisfacción a este requerimiento práctico, el art. 2233 del CCCN, procura evitar que mientras se ventila en la justicia una acción de manutención, puedan generarse nuevos ataques, o continúen los ya iniciados haciendo variar la situación de hecho que motivó la demanda.

El atacante comenzó a desposeer al ocupante, pero aún no ha logrado su cometido; en razón de lo cual el agredido por esta, hasta ahora “lesión menor”, conforme a la expresión acuñada indirectamente por el dispositivo, y que hemos explicado al referirnos al art. 2238, inició la pertinente acción

de manutención; pero durante su tramitación el agresor continuó con su proceder y logró desposeer finalmente al ocupante. Recordemos que la turbación, para ser tal, exige la intención de ejercer actos posesorios (art. 1928), en razón de lo cual el supuesto no sería nada extraño. Pues bien, en tal caso, el ataque se ha modificado y sería absurda la manutención del “corpus” ya perdido.

La regulación prevista en este art. 2244, justamente procura evitar al agredido tener que iniciar nuevamente la acción adecuándola al nuevo ataque. Produce la llamada “conversión”; es decir que el accionante hará saber en el proceso que se ha modificado la situación de hecho, y que por ello, cambia su pretensión de manutención a recuperación o despojo.

Ahora bien, como el cambio de trámite asignado a las diferentes acciones, sobre todo atendiendo a la regulación procesal local, podría herir el derecho de defensa del demandado, garantía constitucional prevista en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, la parte final de la norma plantea justamente ese supuesto como excepción a la conversión. Más allá de la crítica que podríamos efectuar a su redacción (debería decir: “...salvo que con este proceder se lesionase el derecho de defensa del accionado”), elogiamos la prudencia del legislador. Plazos más breves, menos sustanciación, diferentes efectos de la sentencia, etc., resultarían determinantes para esgrimir la excepción.

X- LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES POSESORIAS – LA POLÉMICA NORMA DEL ART. 2245

Como habíamos adelantado, el art. 2245 del CCCN, será sin dudas la que más polémicas producirá frente a la tesis que entiende que el nuevo C.C. y C. de la Nación habría eliminado la distinción entre acciones policiales y posesorias. Ya hemos explicado en la introducción, que para nosotros la dicotomía subsiste, y de manera más expresa aún que en el viejo código.

Aclaremos aquí que daremos por sentada nuestra posición para evitar tener que fundarla a cada momento, como hemos venido haciéndolo.

El artículo 2245 es propiamente el que permite distinguir clara y didácticamente la división entre las acciones posesorias propiamente dichas y las acciones policiales, lo que no surgía tan claramente de las viejas normas de Vélez. En efecto, si bien ya pacíficamente se había determinado la dicha división, no puede negarse que a ello se arribó mediante un esfuerzo interpretativo. Las normas estaban dispersas y, para más, la reforma por ley 17711 había introducido en el año 1968 en el art. 2469 la defensa también de la tenencia, lo que generó otra discusión en doctrina, pues el ingreso de la tenencia a la tutela posesoria de manera expresa pero sin las aclaraciones pertinentes, subvertía todo el régimen hasta entonces vigente. Las acciones posesorias, por la propia disposición legal, exigían no sólo posesión (y no tenencia), sino que debía ser, además, una posesión calificada (arts. 2473 a 2481); por lo que el ingreso de los tenedores como legitimados activos exigió esfuerzo interpretativo conciliador.

Como dijimos al comienzo de este estudio, no podía disentirse en la necesidad de reformular las normas regulatorias en este intrincado tema dentro de los derechos reales, puesto que existían a su respecto, tantas opiniones como autores, con la inseguridad que ello produce.

En nuestra opinión la norma analizada y en general todo su entorno, aclaran el panorama de las distintas legitimaciones en materia de defensas posesorias. Adviértase con cuánta precisión el dispositivo expresa que las acciones posesorias corresponden a los poseedores; por oposición a las normas que dan nacimiento a las acciones policiales de despojo (art. 2241) y policial de recuperar (art. 2242), que comienzan diciendo “Corresponde... a todo tenedor o poseedor...”. Esta simple aclaración al comienzo de cada norma, significa un avance extraordinario en toda la regulación defensiva de las relaciones de poder.

En el segundo párrafo, tal como se prevé en la norma refleja referida a las acciones reales, art. 2251, se determina que cada uno de los coposeedores, puede accionar por el todo en contra de terceros agresores de la

posesión común. Ya el viejo Código preveía el supuesto, tanto para las acciones posesorias (art. 2489) como para las acciones reales (art. 2679). Igualmente estará legitimado para accionar en contra de los otros coposeedores que lo excluyeran de la posesión común.

En este mismo párrafo aparece reglada una muy interesante situación, pues cuando lo cuestionado sea la extensión mayor o menor de cada parte, se niega legitimación para acción posesoria alguna.

Estamos de acuerdo con el pronunciamiento de la norma. Son varias las situaciones que pueden presentarse en referencia a esta previsión; en primer lugar podría existir un convenio de uso entre los condóminos, por el cual éstos hayan determinado partes materiales para cada uno; pues bien, en este caso el incumplimiento de alguno, generará para el afectado la acción emanada del contrato, saliéndose de la esfera de los conflictos y acciones posesorios. Otro caso se daría cuando sin existir ocupación de partes concretas en violación de pacto alguno, hubiere una diferencia entre condóminos respecto a la determinación de la alícuota. Si existe título, por tratarse de una coposesión legítima, éste debería determinar en forma precisa la proporción de cada comunero, por lo que también escapa en lo esencial a un conflicto posesorio.

En el último párrafo del artículo que estamos analizando, se prevé el supuesto de excepción en que el tenedor puede ejercer acciones posesorias; ello se da cuando el ataque sea al poseedor de la cosa y éste no accionare en defensa. La norma hasta faculta al tenedor, en estos supuestos, a tomar él directamente la cosa recuperada mediante la acción. Esta facultad, al mismo tiempo, resulta contundente a la hora de determinar que estas acciones posesorias no son normalmente facultad o prerrogativa del tenedor, sino sólo en estos supuestos excepcionales, y contribuye a afianzar nuestra tesis en cuanto a la subsistencia en el Código Civil y Comercial de la división entre acciones posesorias y policiales, tal como ocurría por vía interpretativa en el viejo Código de Vélez.

XI- EL PROCEDIMIENTO DE LAS DEFENSAS POSESORIAS

En materia de procedimiento de las acciones defensivas de la posesión y la tenencia, en todos los códigos procesales, en cumplimiento de la vieja norma del 2501 del Código de Vélez, se había regulado el trámite de las acciones posesorias mediante un procedimiento dinámico en cuanto a la brevedad del tiempo de sustanciación. No necesariamente el más rápido. Así encontramos códigos procesales en los que se les da trámite sumario, sumarísimo o abreviado, según la provincia.

A manera de ejemplo, vemos que el C.P.C. y C. de la Nación, en su artículo 623 les confiere un trámite sumario; es decir el previsto en el art. 320 del mismo Código. En Córdoba tramitan por juicio abreviado (art. 779 inc. 1); en Santa Fe por juicio oral (art. 534); etc.

El art. 2246 del CCCN, en lo principal, el criterio determinado en el viejo código de Vélez, que brevemente hemos reseñado en el párrafo anterior: Procedimiento más rápido y con pronunciamiento inmediato. Pero con buen criterio, atendiendo a las distintas terminologías empleadas en cada código provincial, define el trámite como el “más abreviado”, exigiendo así la máxima celeridad en la resolución. Igualmente, por cuanto cada caso tiene sus particularidades, deja en manos del juez la determinación del trámite en concreto a seguirse, aun cuando no deje de ser una instancia posesoria.

En algunas jurisdicciones, por ejemplo las regidas por el Código Procesal de la Nación, no es rara la determinación por el juez del trámite a seguir, puesto que ello está expresamente previsto en el art. 316 de dicho cuerpo; pero en otras legislaciones formales, en cambio, en caso de duda se determina justamente el trámite más sustancioso (art. 420 C.P.C. y C. de Córdoba). Creemos que, a tenor del nuevo dispositivo del C.C. y C. de la Nación, este tipo de normas deberá expresamente evitarse en los temas posesorios. En fin, lo que debe tenerse presente, dado la naturaleza de la acción (herencia de los viejos interdictos romanos) y atendiendo a la “ratio

legis”, es la premura en el pronunciamiento. El juez, en definitiva, deberá apuntar a esa finalidad.