



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

ACCIONES POSESORIAS, ACCIONES REALES Y ACCIONES DE REPARACION DE DAÑOS

Por Gabriel B. Ventura¹

SUMARIO: INTRODUCCION. I- RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LAS ACCIONES REALES. II- LA TUTELA DE LA POSESIÓN. III- ELEMENTOS REGULATORIOS DE LAS ACCIONES POSESORIAS Y REALES EN LO SUSTANCIAL. A) ACONTECIMIENTOS DE PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POSESORIAS. B) ACONTECIMIENTOS DE PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES REALES. IV- ACCIÓN DE REPARACIÓN DE DAÑOS.

INTRODUCCION

En ciertos casos un hecho o una acción humana dañinos, genera una reacción jurídica negativa o disvaliosa para su autor; pero esta consecuencia no siempre resulta contemplada por una sola acción o línea defensiva. En la gran mayoría de los casos pues, el agredido tendrá un cúmulo de posibilida-

¹ Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Propiedad Industrial y Comercial de la Carrera de Posgrado "Especialización en Derecho de los Negocios", Universidad Nacional de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado UNC. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba. Académico de Número de la Academia Nacional del Notariado.

des a su alcance para procurar una respuesta satisfactoria del sistema. La vinculación entre las tres acciones que titulan nuestro ensayo obedece a esa situación. En efecto, no es propósito de este trabajo desarrollar cada una de las acciones posesorias, ni las reales, ni la acción general de daños y perjuicios, sino analizar las relaciones entre ellas, buscando la unidad de todo el sistema, marcando, por así decir, todo el camino que deberá seguir el atacado en su relación de poder o su derecho.

En definitiva, será la estrategia usada por el abogado actuante la que lleve al éxito las pretensiones queridas.

La ejecución forzosa de una prerrogativa, garantizada por el estado, ante el incumplimiento de un deudor o cualquier ataque o desconocimiento de un derecho subjetivo, recibe el nombre genérico de acción. En nuestra opinión, en lo sustancial el legislador brinda lo que hemos dado en llamar el “acontecimiento de procedencia” como elemento de regulación de cualquier acción; mientras que en lo procedimental, son los códigos de rito los que determinan el trámite y su sustanciación en general, a los fines de diligenciar, probar y, en definitiva, lograr un pronunciamiento oficial que perfile las prerrogativas de los contendientes, para efectivizar el cumplimiento compulsivo o reconocimiento de los derechos conculcados.

Como puede apreciarse en el precedente párrafo, nos enrolamos en la postura de doctrina que sostiene que las leyes procesales no hacen más que brindar las herramientas a quienes hubieren sido lesionados en ciertos derechos, para posibilitar la realización o reconocimiento de los mismos, de manera compulsiva, mediante la intervención oficial del Estado. Se evita así la justicia por propia mano.

Alsina define la acción como “... *un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función*

jurisdiccional".² La pretensión jurídica de la que habla el Maestro Correntino, sin dudas, proviene de un derecho sustancial conculcado.

Ahora bien, en algunos casos, cuando la agresión es bien precisa, es decir que se encuentra perfectamente tipificado el ataque, como ocurre con las embestidas contra la posesión (arts. 2241 y 2242 CCC), el marco o desenvolvimiento de la acción se encuentra perfecta y nítidamente perfilado, no solo en lo sustancial, sino fundamentalmente en lo procedimental. En cambio, cuando la lesión no es consecuencia directa de un obrar o una omisión tipificada en el sistema jurídico, el encuadre se logra mediante la aplicación de normas con previsiones genéricas: daños y perjuicios, cumplimiento de contratos, enriquecimiento sin causa, etc. y pueden aparecer, como es obvio, diversas acciones que se involucran a veces de manera sucesiva, y a veces en forma supletoria.

El art. 730 del CCC, al regular las prerrogativas que generan las obligaciones, resulta muy ilustrativo respecto de lo que venimos exponiendo, pues determina una especie de graduación: Si el obligado no cumple el acreedor podrá exigir, vía judicial, el acatamiento forzoso del deudor. En caso de no poder éste o no querer hacerlo, al acreedor le asiste el derecho de buscar el cumplimiento de la obligación por un tercero que pueda sustituirlo; y finalmente, ante la imposibilidad total de lograr el objetivo, el acreedor podrá exigir la reparación mediante la acción de daños y perjuicios.

I- RELACIÓN ENTRE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LAS ACCIONES REALES

En el caso de la defensa de la posesión y su ejercicio, aparece muy nítidamente el escalonamiento o progresión que veníamos exponiendo. El agredido tendrá primero una instancia posesoria que le proteja del ataque o lo haga cesar; pero si no resultare exitoso en esta etapa, y es titular de un

² ALSINA, Hugo; "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 2da. Ed. Ediar, Bs.As. 1963, Tomo I, pág. 333.

derecho real (le corresponde también el “ius possidendi”), estará legitimado igualmente para la acción real que le corresponda según la entidad de la agresión. Finalmente, tal como lo expresáramos en los precedentes párrafos, aparece la posibilidad, sea conjunta o alternativa, de exigir la reparación de los perjuicios (art. 1716 y ss; y art 2250 del CCC.).

En el viejo Código de Vélez se agregaba un “escalón” más a los referidos, pues existía una instancia previa a las posesorias que también podía o no utilizarse por el agredido. Se trataba de las llamadas “acciones policiales” y que, sin dudas, contribuía a enmarañar aún más este tema de las defensas posesorias. Afortunadamente, el CCC ha eliminado estas instancias policiales, según expresan sus autores en los fundamentos del Código³. Pero corresponde aclarar que, en nuestra opinión por inadvertencia, ha quedado una norma ideológicamente ajena al pensamiento monista que quisieron imprimir al Código, y que da pie a sostener la vigencia de las defensas policiales. Sostenemos que se ha filtrado el art. 2245 del CCC que, analizado con cuidado, denota que su redactor tenía en mente el esquema dualista. En efecto, 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 solo a los poseedores; dice: “Corresponden las acciones posesorias a los poseedores...”. El resto de este dispositivo, integrado por tres párrafos, brinda más argumentos para concluir que, en él se estarían previendo unas otras versiones de las mismas acciones, y con una legitimación acotada solo a los poseedores. No podrían ser las

³ Dicen en los fundamentos: “Tal vez técnicamente hubiera sido más completo el ejercicio académico de aclarar, pero manteniendo un doble juego de acciones, unas denominadas ‘policiales’ y las restantes conocidas como ‘acciones posesorias propiamente dichas’ ... No obstante, la normativa debe existir para actuar en una sociedad moderna, rápidamente, a fin de restablecer la situación fáctica violentada. Sin dejar ninguna situación desprotegida, debe prevalecer lo práctico sobre lo académico”.

mismas acciones si han merecido otra norma, y que además tienen legitimación activa diferente.

Nos preguntamos ¿qué fin cumple la primera parte del artículo 2245 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 CCC plantea un supuesto de excepción en el que un tenedor puede tener las acciones allí reguladas. Esta previsión nos llevaría a deducir que el tenedor normalmente no tendría las acciones posesorias, salvo en ese supuesto excepcional previsto en la norma: cuando el poseedor no accione y el tenedor tenga interés en ello. Téngase presente igualmente, que hasta se prevé que el poseedor no quiera recibir la cosa habiéndose ganado ya la acción. En definitiva, según este último dispositivo pues, el tenedor solo tendría acciones posesorias, por vía subrogatoria, a la manera de lo previsto en el art. 739 del CCC, cuando el poseedor no las ejerza. Volvemos a preguntarnos: ¿Qué sentido tendría esta disposición confirmando acción al tenedor, si él ya está legitimado "*motu proprio*", para el ejercicio de la acción posesoria? No cabe dudar pues, que el dispositivo del art. 2245 CCC ha quedado inadvertidamente y ha sido redactado con una idea dualista de las defensas posesorias. Es de esperar que en una próxima reforma esta norma sea abrogada⁴. Mientras, serán las provincias las que, al remozar los códigos procesales, tendrán la palabra final en esta cuestión.

Sin embargo, esta cadena de acciones no resulta un camino obligado. Cada una de ellas puede incoarse separadamente mientras se hayan configurado los diferentes acontecimientos de procedencia. En efecto, bien puede ocurrir que, frente a un hecho ostensiblemente similar al ataque posesorio, cuando el agresor no pretenda hacerse poseedor, tal como lo prevé el art. 2238 "*in fine*" CCC, directamente procederá la acción de daños y perjuicios. Igualmente puede ocurrir, aun cuando el ataque sea realmente posesorio,

⁴ Tenemos desarrollado este tema en nuestro "Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial", La Ley, Diario 16/10/2015, pág. 1 - 6.

que haya prescrito la acción posesoria o que, para evitar posibles demoras, el agredido disponga directamente acudir a la vía petitoria, cuyo pronunciamiento resulta indudablemente más contundente.

En nuestra opinión, como veremos, en la defensa de la posesión está ínsita la defensa de la propiedad, ya que se protege aquella, en mira a defender ésta, es por ello que no resulta nada desatinada la idea de proceder directamente reclamando la propiedad y desdeñando “*ab initio*” la instancia posesoria.

Esta relación simbiótica entre lo fáctico y lo jurídico, lo teórico y lo práctico que se advierte entre posesión y propiedad, es lo que genera en los hechos situaciones no fáciles de resolver. Por ello, también desde el punto de vista defensivo aparecen una y otra vez elementos de contacto entre las defensas posesorias y las acciones reales, generándose así una serie de normas reflejas que resultan regulatorias de situaciones similares, pero en diferentes entornos⁵. Podemos ver también merced a lo que venimos expresando que las acciones posesorias y las reales son verdaderas “líneas de defensa”, si se nos permite la expresión acuñada por la jurisprudencia. En consecuencia, no es lógico que la última se inicie primero; salvo que haya un tácito renunciamiento al juicio posesorio, o se haya prescrito ya la acción.

⁵ Este tipo de situaciones, cuando un instituto se encuentra dentro de otro mayor que lo comprende o incluye, genera lo que hemos dado en llamar “normas reflejas o simétricas”. En efecto, en una suerte de simetría fractal de grado, podemos encontrar dispositivos que parecieran estar repetidos innecesariamente, pero en verdad, no constituyen una patología de la legislación, sino que más bien resaltan su coherencia, pues son la consecuencia de este tipo de simetrías. Vemos por ejemplo, cómo el legislador ha debido reiterar normas que aparecen en la regulación de los actos jurídicos, por ejemplo el art. 285 CCC que determina que el incumplimiento de la solemnidad impuesta de manera relativa genera la obligación de cumplir con la forma adecuada, aparece como reiterada en materia de contratos, en el art. 969 CCC, ya que el contrato es también un acto jurídico, y nuevamente aparece el efecto citado ante la exigencia concreta de escritura pública en el art. 1018 CCC. Otro tanto ocurre, por mencionar solo algunos, con la regulación general de los instrumentos públicos, cuando el legislador exige la firma como recaudo de validez, que aparece reiterada en los art. 290 inc. b), arts. 305 inc. f y 309 CCC. También se advierte nítidamente el fenómeno en la previsión de los supuestos de extinción de la representación establecidos en el art. 380, que se reiteran en el art. 1329 CCC al regularse la extinción del mandato; en los supuestos de tradiciones abreviadas de la posesión en el art. 1923 que aparecen luego repetidos en la regulación de la tradición en los derechos reales, art. 1892 CCC, etc.

Vélez sentaba claramente estas básicas premisas en el art. 2482 de su Código, ya que un ataque posesorio nos abre tanto el camino de las acciones posesorias, que constituirían la “primera línea de defensa”, como de ciertas acciones reales. El agredido tomará la decisión estratégica que le convenga, según su grado de legitimación, ya que bien podría ocurrir que el agredido no fuera propietario y solo buscara amparo en su relación de poder.

A estos efectos dice el art. 2473 del CCC que *“El titular de un derecho real puede interponer la acción real que le compete o servirse de la acción posesoria; si intenta la primera, pierde el derecho a promover la segunda; pero si interpone la acción posesoria puede iniciar después la real”*.

Suponemos en principio que, para no perder una instancia, el poseedor ha de preferir el camino lógico iniciando primero el posesorio, en cuyo caso tendrá luego, si fracasa en su pretensión, la segunda línea defensiva, que estará dada por la acción real que le corresponda según el ataque. Pero si se decide por la última no podrá recurrir luego a la de menor sustancia que sería la posesoria. En tal sentido el proloquio latino reza: *“Electa una via, non datur recursus ad alteram”*, que es aplicable no solo a nuestro tema, sino también en todos los casos en los que, en el proceso, se brindan varias defensas o acciones escalonadas. Esta sabia sentencia romana resulta también consecuencia de la preclusión, fundada en el llamado “principio de progresividad o no regresión” en materia procesal, que impide mientras haya habido un trámite regular, volver a una etapa anterior. Por otra parte, si frente a un ataque a la posesión el actor fracasa con la acción más importante y de mayor sustanciación, como lo es la petitoria que protege el derecho real, será inútil conferirle la posibilidad de intentarlo mediante una acción de inferior jerarquía que solo respalda o tutela la relación de poder. Remarquemos una vez más que, en nuestra opinión la protección a la posesión busca en verdad amparar el derecho de propiedad, por lo que resulta un verdadero contrasentido volver a la posesoria cuando ha quedado probado en el petitorio que no tiene el derecho real.

Como una necesaria consecuencia de la distinta naturaleza de las acciones posesorias y petitorias, y frente a la prohibición expresa de acumulación de ambas, sentada en la norma del art. 2269 del CCC, si por alguna circunstancia se pretendiese iniciar por el mismo hecho, acción posesoria y acción real simultáneamente, deberá suspenderse ésta hasta el definitivo resolutorio de aquella, pero no sólo nos referimos a la sentencia, sino también al cumplimiento de todas las condenaciones que la misma haya dispuesto, según surge de las normas de los artículos 2271 y 2272 del CCC.

Dice el art. 2271 del CCC que *“Iniciado el juicio posesorio, no puede admitirse o continuarse la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado”*. El art. 2272 agrega que quien sea vencido en el posesorio *“...no puede comenzar la acción real sin haber satisfecho plenamente las condenaciones en su contra”*.

En el caso de que se pretendieran las dos simultáneamente, sea que se intente iniciar el petitorio antes de la conclusión del posesorio, sea que ya se haya iniciado, el juez, como habíamos adelantado, deberá negarse a admitir la acción o suspender la misma, según cual fuere el supuesto.

La situación es similar a la planteada cuando hay posibilidad de accionar civil o penalmente, caso en el que se impide el dictado de la sentencia civil hasta que no se haya concluido el proceso penal, conforme a lo sentado en el art. 1775 del CCC. Pero en estos casos, cuando no hay una superposición entre lo penal y lo civil, sino que se trata de dos acciones civiles, pero una instancia es sustancialmente superior, como lo es el petitorio frente a la más precaria, o sea el posesorio, se habla de “prejudicialidad civil”. Ésta se pone de manifiesto cuando es necesario decidir sobre alguna cuestión que, a su vez, constituye lo principal de otra acción procedente ante otro tribunal, y siempre que no fuere posible la acumulación de autos. En definitiva, el objetivo de este instituto es evitar sentencias contradictorias que amén de generar desconcierto por la incoherencia de la situación, desprestigian el sistema judicial. En estos casos (posesorio - petitorio), por la prohibición legal

expresa pues, al juez le está vedado acumular las acciones, haciéndose aplicable por ello el citado principio de prejudicialidad.

Se exige, no solo que la instancia procesal de la previa acción posesoria se encuentre terminada, sino que también se hayan satisfecho totalmente las condenas dispuestas. Obviamente se apunta aquí no solo a la satisfacción de las costas generadas, sino fundamentalmente al cumplimiento de cualquier otra orden judicial, como podría serlo la prohibición de continuar con actos turbatorios (art. 2242, 3º párrafo, CCC), o la restitución concreta de los bienes involucrados en la acción (art. 2241, 3º párrafo, CCC). En definitiva, lo que se busca es que no se obstaculice la realización efectiva de la sentencia posesoria⁶. De lo contrario el petitorio aparecería como una verdadera dilación de su cumplimiento, amén de que, en la etapa de ejecución de sentencia de la acción real, forzosamente se verían acumuladas ambas actuaciones, lo que está expresamente vedado por el art. 2269 CCC al que ya nos hemos referido.

II- LA TUTELA DE LA POSESIÓN

De las tres acciones que se encuentran involucradas en este ensayo, las posesorias, las petitorias y las de daños y perjuicios, sin dudas las posesorias son las que más intriga generan. En efecto, la posesión, su naturaleza, efectos y fundamentos de su defensa, constituye una de las instituciones que más discusiones y encuentros ha motivado en la doctrina universal.

No ocurre lo mismo con las petitorias ya que éstas no escapan, en cuanto a su fundamento y objetivos, del objeto general del derecho positivo: tutelar los derechos reales, que están regulados de manera precisa a partir del art. 1882 del CCC, enumerados (arts. 1887) y acabadamente tipificados en cada uno de sus elementos característicos. Es obvio pues que, frente a

⁶ LAFAILLE, Héctor; "Tratado de los Derechos Reales", "Tratado de Derechos Reales", Ed. EDIAR, Bs.As. 1943, Tomo III, pág. 515.

un ataque a sus titulares, el sistema reaccione legitimando a éstos con una acción pertinente para su protección, lo que se procura a partir del art. 2248 del CCC.

En cuanto a la acción de daños y perjuicios, fundada en uno de los preceptos del derecho, el “no dañar a otro” (“*alterum non laedere*”)⁷, aparecerá siempre como una consecuencia de toda transgresión al orden jurídico que genere un daño, obvio siempre que haya un factor de atribución (art. 1721 a 1724 CCC).

Respecto de la posesión, como lo deja bien claro hoy el Código Civil y Comercial (art. 1909 CCC), es una relación puramente fáctica y, como tal, no necesita la acreditación de la causa (art. 1917 del CCC)⁸. Ese es, sin dudas, uno de los motivos por el que la posesión y su tutela han sido siempre objeto de enconados debates. 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 (...)”⁹. Los legos quedan absortos cuando se enteran que hay que usar remedios jurídicos ante la intrusión de algún sujeto inescrupuloso que esgrime ser el

⁷ Dice Ulpiano en el Digesto: “*Los preceptos del derecho son éstos: Vivir honradamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo*” (“*Iuris praecepta haec honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”). (Digesto 1, 1, 10, 1). “Las Instituciones de Justiniano”, Universidad de Madrid, Facultad de derecho. Madrid 1961, pág. 18.

⁸ Es importante aclarar, para dar coherencia a nuestro sistema causal, que el título de la norma puede resultar confuso, pues expresa “innecesariedad de título”, cuando en verdad lo que ha querido decir es que no es menester que se pruebe el título o la causa. No es el único caso en el que el CCC contiene un pronunciamiento erróneo en el título que presenta la norma: Entre otros, lo hace el art. 1911, cuando pareciera determinar que se presume el carácter de servidor de la posesión, lo que no es cierto; el art. 2239 que pareciera dar pie a una acción para adquirir la posesión cuando el actor no ha sido nunca poseedor, resucitando en cierta manera el tan criticado “interdicto de adquirir la posesión” del art. 607 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En verdad la norma se ocupa del poseedor que ha perdido la relación de poder, no al que jamás la ha tenido.

⁹ IHERING, Rudolf V. “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 1.

dueño de la cosa. Para ellos debería bastar con buscar a la autoridad policial y hacer sacar al intruso sin más ni más.

Excedería la finalidad de este ensayo desarrollar aquí, en profundidad, las diferentes tesis que se han sustentado sobre el fundamento de la protección de la posesión; pero no podemos dejar de hacer un somero análisis y destacar en particular esa teoría que advierte que la posesión resulta tutelada por tratarse de una propiedad probable. En efecto, creemos que la posesión genera 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 fundamentos más antiguos que se han brindado, y que justificarían la protección de la posesión. Es, aunque luego pareciera desdecirse, el primer fundamento que aparece en Savigny¹⁰.

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”*¹¹.

De nuestra parte, coincidimos con quienes advierten que en verdad la 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

¹⁰ SAVIGNY, Federico C. de; “Traité de la Posesión en Droit Romain”, Ed. Joubert Libraire, París, 1842, pág. 3, N° 1.

¹¹ IHERING, Rudolf V.; “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 190.

preconcepto de considerar que lo más probable es que quien se halle en posesión sea también el propietario de la cosa¹².

Por otra parte, 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, es de aplicación en el análisis de las acciones posesorias, puesto que justamente entre los efectos de la posesión se encuentran las obligaciones y derechos que ella genera al sujeto que la ostenta¹³, y si apuntamos a los derechos en concreto: usar y gozar de la cosa, no cabe dudar que el poseedor se verá vulnerado en tales prerrogativas ante la intrusión de otro sujeto.

Fundando lo de "*propiedad probable*" acudimos al derecho romano: Decían en sus sabios brocados 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 de poder. La sencillez y didáctica de este proloquio, en nuestra opinión, confirma la necesidad de brindar una primera defensa al "*dominus*" tutelando "*prima facie*" su posesión¹⁴.

Sin embargo, el propio Vélez nos desconcierta en su desacertada nota al art. 2470, cuando, citando a Savigny, dice que no es cierto que las ac-

¹² 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, Nº 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.; Ob. cit. Tomo I, pág. 372 a 385. BENEDETTI, Julio C.; "La Posesión", Ed. Astrea, Bs.As. 1978, pág. 1 a 40.

¹³ Tenemos expresado que, tanto en el Código de Vélez como en el nuevo CCC, brilla por su ausencia el principal derecho inherente a la posesión, que es usar y gozar de la cosa. Ver nuestro "Derechos y obligaciones del poseedor de inmuebles" en "Liber Amicorum" (homenaje al Prof. Dr. Moisset de Espanés), pág. 650-651

¹⁴ VENTURA, Gabriel B. "Derechos y Obligaciones..." Ob. Cit. en nota anterior.

ciones posesorias hayan nacido de la presunción de propiedad del poseedor. Expresa que “... esta presunción no tiene ningún fundamento jurídico, porque las acciones posesorias se conceden también al que manifiestamente no es dueño de la cosa, al que no tenga el derecho de poseer, y contra el que tenga el derecho a la posesión, y aun contra el verdadero propietario”. Decimos que es desacertada esa nota, porque el sabio jurista alemán incurre aquí en un error, que Vélez hace suyo al citarlo. En efecto, salvo en el puntual caso de un poseedor por boleto de compraventa, especialmente apartado de estas lucubraciones¹⁵, ni las leyes ni los jueces pretenden semejante desatino. Si sabemos a ciencia cierta que el ocupante poseedor no es el dueño de la cosa, el sistema lo condena y desplaza. El lapso en que el poseedor no propietario aparenta ser protegido resulta ser un efecto necesario, pero no querido por el derecho positivo. El punto es que no podemos saber *prima facie* que no le asiste el derecho hasta que no se haya rendido una prueba acabada, tanto sea en la instancia posesoria como en la petitoria.

Ocurre pues que en todo sistema jurídico que prevea la posibilidad de adquirir el dominio por usucapión, siempre existirá la duda sobre cual de los dos contendientes resulta ser realmente el propietario del bien ocupado, en razón de lo cual se hará menester una diligencia probatoria adecuada, aportando las causas o títulos, actos posesorios concretos y los tiempos de la posesión. Decir que sabemos a ciencia cierta que no es el dueño el poseedor protegido, como sugiere Savigny, implica desconocer que, en el mundo

¹⁵ El adquirente de un inmueble mediante boleto de compraventa es un poseedor ilegítimo, no es “*dominus*”, ya que le falta el título, que por imperio del art. 1017 CCC solo puede obrar en escritura pública. Para más, como conoce la situación de irregularidad de su título, y teniendo presente que el sistema no tolera la ignorancia de la ley “*ignorantia legis neminem excusat*” (art. 8 CCC) resulta inevitablemente ser también de mala fe (art. 1916 y 1918 del CCC). Tenemos estudiado el problema de la posesión por boleto de compraventa en nuestro “El Boleto de Compraventa”, Abeledo Perrot, Córdoba, Fasc. 5 – 2009, pág. 478, 479. También en la Página Web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/08/elboletodecompraventa.pdf>

del derecho, tanto se tiene cuanto pueda probarse. La exhibición de un título de adquisición por el actor solo aportará una presunción de ser su dueño, pero no nos da la contundencia necesaria como para desplazar a un ocupante que bien podría ser ya el verdadero propietario. En definitiva, la necesidad de iniciar una acción judicial en contra de un supuesto intruso busca justamente el aporte de dichas pruebas.

Luego de todas estas lucubraciones queda claro, en nuestra opinión, que el verdadero objetivo de las defensas posesorias no lo constituye la posesión misma, como sugieren algunos. En efecto, salvo el especialísimo y excepcional caso del poseedor de inmueble por boleto de compraventa, como ya explicamos, proteger a un poseedor ilegítimo constituiría todo un desatino jurídico. La finalidad de las acciones posesorias es tutelar la propiedad en sentido genérico, presumiendo que lo que comúnmente ocurre es que quien posea lo haga como propietario¹⁶. Obvio es que, como entre las facultades que el dominio genera está el derecho a disponer física y jurídicamente de su objeto lo que solo puede lograrse plenamente a través de la posesión, de manera indirecta pareciera que el sistema está tutelando dicha relación de poder.

En la defensa de la posesión, reiteramos, está ínsita la tutela a la propiedad, ya que se protege aquella, en mira a defender ésta. Es por ello que, como habíamos expresado, no resulta nada desatinada la idea de proceder directamente reclamando la propiedad y desdeñando “*ab initio*” la instancia posesoria. No debemos olvidar que la posesión misma integra el activo patrimonial de los sujetos, con independencia de si es legítima o ilegítima, según la clasificación efectuada en el art. 1916 del CCC, ya que, al colocar al sujeto en contacto con el objeto, es la posesión en verdad la que permite extraer los beneficios y satisfacciones que la cosa está destinada a generar.

¹⁶ Sin dudas la presunción de legitimidad prevista en el art. 1916 del CCC obedece también al mismo principio, puesto que el único poseedor legítimo es el propietario; y refuerza al mismo tiempo nuestra posición.

Por todo esto podemos afirmar que las defensas posesorias, en todas sus manifestaciones, confluyen en sus objetivos finales con las petitorias. Así, resulta la lógica consecuencia de no considerar tan acertado el principio posesorio que reza que la posesión no tiene nada de común con la propiedad, como dice el antiguo proloquio *“nihil commune habet proprietas cum possessione”*, prácticamente transcrito por Vélez en el art. 2472 de su Código. Decía esta norma del código derogado que *“Fuera del caso del artículo 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”*. Sin dudas este pronunciamiento tiene asidero en lo que respecta a la prueba, y solo parcialmente, porque tanto en el Código de Vélez como en el nuevo CCC, en el proceso posesorio se generan acreditaciones que hacen cosa juzgada para un petitorio posterior (art. 2241 CCC *in fine*). En el ámbito sustancial pues, el axioma resulta manifiestamente exagerado.

En este sentido consideramos más acertado el Código Civil y Comercial que el derogado, pues en el art. 2270, acotando el proloquio solo al aspecto probatorio, expresa directamente que *“En las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real...”*; pero el juez, en caso de faltarle elementos de convicción para determinar quién es el poseedor más antiguo, o quién tiene mejor derecho a poseer podrá examinar los títulos presentados para hacer una ponderación sobre la naturaleza y extensión de la posesión. Vemos cómo, en estos supuestos, el *“ius possidendi”* se encuentra, aunque sea puntualmente y para un fin específico, con el *“ius possessionis”*.

Reforzando lo dicho, no cabe dudar que la posesión determina un claro efecto presuntivo de ser dueño de la cosa cuando no es factible saber quién tiene un mejor derecho a poseer en la acción reivindicatoria. Así lo determinaba el viejo art. 2792 del Código de Vélez, y lo hace hoy el 2256 inc. d del CCC. Cuando no es posible determinar cuál de los contendientes tiene el derecho a poseer (el *“ius possidendi”*), el legislador presume que lo es

quien se encuentre en posesión. Se aplica aquí el principio *“in pari causa melior est conditio possidentis”* del antiguo derecho romano. Por eso decíamos que tampoco desde el punto de vista probatorio es del todo cierto que nada tiene que ver la posesión con la propiedad. Nos hacemos propietarios para ser poseedores, esa es pues la principal finalidad de nuestra conducta cuando adquirimos las cosas.

III- ELEMENTOS REGULATORIOS DE LAS ACCIONES POSESORIAS Y REALES EN LO SUSTANCIAL

Tenemos expresado que la regulación de toda acción debe determinar en forma lo más precisa posible cuatro elementos: 1) Acontecimiento de procedencia; 2) Finalidad; 3) Legitimación activa y 4) Legitimación pasiva¹⁷.

El tema de las acciones posesorias constituía, en el Código de Vélez, el más conflictivo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mostraban diferentes opiniones, a veces totalmente encontradas. En este sentido el Código Civil y Comercial ha significado un incuestionado avance jurídico en la temática¹⁸. En efecto, en dos normas que consideramos bastante prolijas (art. 2241 y 2242 CCC) los legisladores nos presentan prácticamente todo lo concerniente a los básicos elementos regulatorios que hemos perfilado párrafos más arriba.

¹⁷ VENTURA, Gabriel B. “Acciones Reales Según el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2017, pág. 24 y ss.

¹⁸ VENTURA, Gabriel B.; “Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial” en LL; diario del 16/10/2015, pág. 1. Decíamos ahí que: *“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”*.

En nuestro análisis nos enfocaremos principalmente en el acontecimiento de procedencia de cada acción.

A) ACONTECIMIENTOS DE PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POSE- SORIAS

Así, queda muy claro que los acontecimientos de procedencia básicos, en materia de acciones posesorias, pueden ser: el desapoderamiento o la turbación (primeros párrafos de los artículos 2241 y 2242), que el legislador perfila luego como lesión mayor y lesión menor, respectivamente. También aparecen en ese primer párrafo las legitimaciones, tanto activas como pasivas.

Sin embargo, respecto del acontecimiento de procedencia en la obra nueva como manutención (art. 2242, segundo párrafo CCC), puede presentar algunas disidencias. Es fácil interpretar el desapoderamiento, que en el Código de Vélez enunciábamos como “desposesión”, lo que no es posible en el CCC dado que este cuerpo normativo encara conjuntamente la posesión y la tenencia. Se ha buscado así una expresión que sea más comprensiva de ambas relaciones de poder. En efecto, “desapoderamiento” involucra tanto agresión a la posesión como a la tenencia y es por eso que el legislador utiliza esta expresión, en vez de “desposesión” que venía usándose en doctrina. Sin dudas la hoy impuesta resulta a estos efectos mucho más abarcativa.

Pero, amén de la manifestación fáctica, hay una gran diferencia jurídica entre el desapoderamiento y la turbación como ataques posesorios. Así vemos que, frente al desapoderamiento, no cabe dudar que el poseedor o el tenedor se verán privados de su relación real sobre una cosa o sobre una universalidad. En estos casos la intención del agresor surge más que manifiesta, puesto que ya está clara por sus efectos. Por ello, si bien tiene trascendencia, poco importa aquí la subjetividad del atacante, y es a esta circunstancia a la que debería apuntar solamente el tercer párrafo del art. 2238

CCC, y no a la turbación. Es el desapoderamiento el que no exige, en principio, una carga subjetiva de querer ejercer actos posesorios, elemento que la diferencia del simple daño y perjuicio, ya que mediante este ataque resulta toda una obviedad la intención, ya que se ha desplazado al ocupante (tenedor o poseedor). En la turbación, en cambio, sí puede confundirse una “turbación” como expresión vulgar, como acontecimiento de procedencia de la acción de daños, con una turbación técnicamente posesoria. Pues sin la carga subjetiva de querer poseer u obtener una ventaja posesoria, no existirá el ataque que haga procedente la acción de mantener. Adviértase que a esta observación sutil se debía que Vélez había reenviado al actor a la acción de daños y perjuicios solo al referirse al ataque de turbación y su correspondiente acción de mantener (art. 2497 del Código derogado); mientras que nada aclaraba al referirse a la desposesión o al despojo.

En la turbación no resulta tan claro perfilar el ataque. Solo trayendo a colación el último párrafo del art. 2238, podemos definirlo: Se trata de menoscabar la relación de poder, sin llegar a desposeer, o de un intento frustrado de desapoderar que no llega a consumarse. Como puede advertirse hay una importante carga subjetiva que se exige para describir este ataque, ya que no basta una mera molestia o una gran molestia, sino que es menester, como ya lo hemos expresado, el intento de ejercer actos posesorios¹⁹.

Como vemos, el concepto de turbación, como ataque, no presenta toda la claridad que sí advertimos en el desapoderamiento. Hay que tener pre-

¹⁹ Remarcamos que el acto posesorio necesariamente resulta la manifestación física de la posesión; es la prueba misma de esa relación de poder. Por eso hemos reprochado al legislador el segundo párrafo del art. 1891 CCC, en el que se ignora olímpicamente el concepto de acto posesorio que brinda el mismo cuerpo legal en el art. 1928. En efecto dice el 1891, segundo párrafo, que “... *Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión*”. Ver sobre el punto nuestro comentario al art. 1891 en “Código Civil y Comercial de la Nación y Normas complementarias – Análisis doctrinal y Jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2017, Tomo 4A, pág. 62, 63. VENTURA, Gabriel B.; “Conceptualización de los Actos Posesorios”, en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba, N° 61, pág. 94 a 100. También en “Los títulos notariales y la posesión”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, Tomo VIII, pág. 37.

sente que la norma solo le asigna la denominación al ataque, en la primera parte del art. 2242 CCC, pero no consigna su ocurrencia, salvo para la obra nueva prevista en su segundo párrafo.

Tampoco pareciera exigir que exista la intención de obtener una ventaja posesoria, pues al no haber desapoderamiento, no podríamos inducir tal intención. Esta falencia se hace patente, sobre todo, en el segundo párrafo del art. 2242 CCC, cuando se encara la acción de obra nueva como manutención. En efecto, ante la situación de la obra nueva como manutención; es decir cuando el ataque provenga de la realización de un trabajo de edificación en terreno vecino, ha llegado a sostenerse que no sería menester que el atacante obtenga una ventaja posesoria.

Autores de envidia y bien merecido prestigio, consideraron innecesaria esta consecuencia de la ventaja posesoria para el agresor, como exigencia para que exista el ataque de obra nueva. Para nuestra mayor extrañeza, esto ocurría en el entorno del Código de Vélez que expresamente lo exigía en el art. 2499: *“Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra”*. La última parte de la norma transcrita hace referencia concreta a la ventaja posesoria que se exigía como recaudo necesario para la existencia del ataque.

La norma aludía al ataque de turbación por obra nueva que López de Zavalía calificaba de *“in suo”*, por oposición a *“in meo”*, significando la primera expresión que la obra se realiza en terreno de otro, mientras que el ataque *“in meo”* apunta a la obra que se realiza en el terreno del atacado²⁰. Pues bien, a pesar de que la norma lo exigía con claridad, veíamos a diario iniciar acciones de obra nueva frente a daños generados por construcciones en terrenos vecinos (caídas de mampostería, daños por herramientas que

²⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 492, 493.

golpeaban baldosas en terrazas, etc.). También, como adelantamos, numerosa doctrina consideraba innecesaria la ventaja posesoria en el atacante. En efecto, hemos encontrado varias opiniones al respecto. Por ejemplo, Segovia, anotando el artículo 2499 del Código de Vélez (el 2501, en los tiempos de Segovia), expresa 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”*²¹. Con esta opinión, compartida igualmente por Highton, no se podía justificar la inclusión de la norma en el título “De las acciones posesorias”²².

De nuestra parte estimamos que, a pesar de que el CCC no lo aclara como el art 2499 del Código de Vélez, siempre el atacante debe procurar un beneficio posesorio. Por otra parte, creemos que el solo hecho de exigirse la intención de ejecutar actos posesorios, conforme a la norma del artículo 2238 CCC que reclama en el atacante la *“... intención de hacerse poseedor”*, ya basta para advertir el beneficio posesorio que, para sí, debe procurar el atacante.

Por idéntico motivo no podríamos tampoco acordar con Musto, cuando explicaba que, para la procedencia de la acción de obra nueva en terrenos que son del poseedor afectado (*“in meo”*), *“... es irrelevante que se cause un perjuicio al poseedor o que la obra implique un beneficio para el innovador”*²³. Luego agrega que *“... el hecho de que la obra ‘cediese en beneficio del que ejecuta...’ no es a nuestro juicio indispensable”*²⁴.

Estamos de acuerdo, en cambio, con Salvat, quien dice que el menoscabo aludido en la norma del 2499 del Código derogado, podría consistir

²¹ 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.

²² HIGHTON, Elena I.; “Derechos Reales”, “La Posesión”, Ed. Ariel, Bs.As. 1979, Vol. 1, pág. 276.

²³ MUSTO, Jorge N.; “Derechos Reales”, Ob. Cit. Tomo I, pág. 442 - 443.

²⁴ MUSTO, Néstor J.; Ob.cit. pág. 444. También LAFAILLE, Héctor, Ob.cit. pág. 327 y MOISET DE ESPANÉS, Luis; “Clases de Derechos Reales”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 176.

en el desvío de agua que naturalmente debía llegar al fundo del poseedor, y merced a la obra nueva las aguas serían aprovechadas por el atacante. Con este ejemplo, el Maestro Entrerriano deja claro el menoscabo o desmedro de prerrogativas posesorias del actor, y al mismo tiempo la ventaja del autor de la obra²⁵. 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 poseedor²⁶.

También López de Zavalía remarca la necesidad del beneficio al atacante. “(...) *Entendemos –dice 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*”²⁷.

Por nuestra parte ponemos los siguientes ejemplos: El vecino colindante se encuentra cerrando una ventana que da aire, luz y vista al inmueble del atacado en virtud de una servidumbre convenida. En tal caso, por imperio del artículo 1932 del CCC, la posesión del atacado sufrirá la privación de un derecho inherente a la posesión: la ventaja real que le significaba la servidumbre. Merced a la previsión normativa, el actor podrá, en tal caso, iniciar una acción de obra nueva por turbación en la posesión. Adviértase que también la posesión del atacante tendrá la ventaja posesoria, en caso de concretarse la obra, de evitar la limitación de su posesión; hasta podría techar la zona de ubicación de la ventana. La liberación en los hechos, del gravamen que lo sometía como deber inherente a su posesión (art. 1933 CCC), constituye sin dudas, la ventaja posesoria que aleja por completo este ataque de un simple daño y perjuicio (art. 2238 *in fine*). Otro ejemplo ilustrativo, y

²⁵ SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales”, Ed. TEA, Bs. As. 1961, Tomo I, pág. 404.

²⁶ SALVAT, Raymundo M. Ob.cit., pág. 405.

²⁷ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 495.

quizás más frecuente en la vida jurídica cotidiana, lo puede constituir el hecho del cerramiento de un paso, sujeto a servidumbre, o la obstaculización del mismo, angostando el ancho o entorpeciendo su recorrido con sembrados u otras ocupaciones. Sin dudas la ventaja posesoria para el atacante aparece prístina si puede llegar a sembrar en el terreno que antes debía dejar libre para el paso del titular activo de la servidumbre, que resulta ser el agredido posesoriamente mediante ese accionar.

También, como contrapartida de los ataques mencionados, puede darse el caso inverso en el que el atacante se arroge una servidumbre que no tiene, y comience a realizar actos en procura de ejercerla. Así, por ejemplo, transita por el inmueble vecino del atacado o produce inmisiones directas desagotando líquidos sobre él. También podrían darse las llamadas “inmisiones indirectas”, aquellas que ocasionan molestias como: el humo, el calor, los olores, la luminosidad o vibraciones que exceden la normal tolerancia (art. 1973 CCC). Veremos más adelante que este ataque, en el ámbito petitorio, por contemplación expresa de la ley, generará la acción confesoria (art. 2262 CCC).

B) ACONTECIMIENTOS DE PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES REALES

En cuanto a las acciones reales (salvo para la acción de deslinde, art. 2266 CCC), sus respectivos acontecimientos de procedencia se encuentran muy bien perfilados en el art. 2248 CCC y sus tres primeros párrafos. Fácilmente podemos ver la correspondencia entre cada acción regulada en la etapa posesoria, y la que se hará procedente para el titular del derecho real, en la etapa petitoria. Sin embargo, veremos que el ataque de turbación en todas sus manifestaciones, si bien en materia posesoria brinda una sola acción: la de mantener o manutención (art. 2242 CCC), en materia petitoria, en

cambio puede habilitar para dos acciones: la negatoria y la confesoria, según los casos.

La acción reivindicatoria que tiene el titular de un derecho real que se ejerce por la posesión (art. 2248 primer párrafo) procederá frente a la desposesión²⁸, y constituye un remedio similar o concurrente con la acción de despojo del art. 2241 CCC, cuya legitimación activa también involucra al tenedor.

La acción negatoria surge del segundo párrafo del art. 2248 CCC, y es la defensa petitoria que corresponde frente al ataque de turbación al que ya nos hemos referido al tratar de la acción de manutención. Es un remedio similar y concurrente con dicha acción, prevista en el art. 2242 del CCC. El atacante menoscaba la propiedad y posesión del agredido arrogándose una servidumbre activa que en verdad no tiene, o por lo menos no la tiene en la extensión que intenta ejercerla, pero no llega a desposeerlo (art. 2262 CCC). Como puede advertirse, tal como habíamos explicado al referirnos al segundo párrafo del art. 2242 CCC, que no resultaba muy claro, el ataque fundamentalmente se produce por el ejercicio de una servidumbre que no existe.

Respecto de la acción confesoria, art. 2262 CCC, ésta viene a ser la contrapartida de la negatoria. El titular de una servidumbre se ve impedido de ejercerla o limitado en cuanto a su extensión. La norma abarca, en nuestra opinión acertadamente, el impedimento del ejercicio de otros derechos inherentes a la posesión (art. 1932 CCC), como las limitaciones impuestas a partir del art. 1970 del CCC, en especial la previsión de impedir las inmisiones indirectas contempladas en el art. 1973 CCC²⁹.

²⁸ Aquí, en materia de acciones reales, podemos expresar directamente “desposesión”, puesto que el tenedor no tendría, en principio, acciones de esta naturaleza, salvo supuestos de excepción.

²⁹ A este respecto, en relación al Código derogado, acotaba con toda coherencia, Nelson COSSARI, en su brillante tesis doctoral, publicada por Editorial Hammurabi: “Daños por molestias intolerables entre vecinos – Exceso de la normal tolerancia” Bs.As. 2006, pág. 246, que “... Si las acciones reales son aquellas que tienen como objeto hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales (...) es de toda evidencia que la acción que emana del art. 2618 del Cod. Civil (hoy 1973 CCC) es, en principio, una ac-

En cuanto al deslinde del art. 2266 CCC, tenemos asumido, ontológicamente hablando y con independencia del pronunciamiento legal, que esta acción no participa de la naturaleza de una acción real, sino personal. En efecto, advertimos que en su acontecimiento de procedencia no se prevé una agresión o ataque, que en nuestra opinión es uno de los elementos tipificantes de toda acción real; tampoco se advierte la característica finalidad tutelar de derecho alguno. Remarquemos que hasta sería imposible, o dificultoso al menos, determinar en el proceso quién es el actor y quién el demandado. Si bien suele asumir el papel de actor el primero que plantea judicialmente la cuestión, cuando la otra parte acepta la situación de límites confundidos, y ambas se encaminan a su tramitación para dejarlos perfectamente determinados, deja de ser demandante y pasa a estar en la misma situación que la otra parte.

Por eso el propio Vélez Sarsfield, en la instructiva nota al artículo 2746 de su Código, decía: *“La acción conocida bajo el nombre de ‘finium regundorum’ (...) La acción por confusión de límites es una de esas acciones en las cuales cada una de las partes es a la vez demandante y demandado, y debe por consiguiente probar su derecho”*. No debemos confundir estas expresiones con la situación que se plantea cuando el demandado reconviene. Es cierto que también en estos supuestos el demandado es actor a su vez de la nueva pretensión aparecida en la causa, y el actor es también demandado; pero no lo son por la exigencia sustancial de la acción, sino por las nuevas pretensiones del antes demandado.

La finalidad de esta acción es promover la investigación y demarcación de los límites que configuran las propiedades colindantes. Exige una actuación compleja y multidisciplinaria, en las que convergen tanto los aspectos jurídicos que involucran la interpretación y descripción de los títulos,

ción real (...). Dentro de las mismas es la acción confesoria, en nuestro Derecho, la que más se asemeja a la del mencionado artículo”. Lo entre paréntesis es nuestro.

apreciación de sus bondades, como las características propias del terreno y los signos materiales o vestigios que pudieren existir.

Dice el art. 2266: *“Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno. No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites”*.

En el Código de Vélez, una vez determinados los límites y acordados entre las partes, éstas podían optar por efectuar la partición de común acuerdo, mediante escritura pública. La doctrina designaba este trámite como “deslinde amigable”³⁰.

No creemos que esta prerrogativa haya desaparecido en la nueva regulación prevista en el CCC, pero hubiéramos visto con beneplácito que tuviera una contemplación expresa.

Creemos que la implicancia que tienen los derechos reales en el orden público general, entorpece la adopción de un arreglo privado sin ninguna intervención oficial de control sobre la nueva configuración de las parcelas. Kiper, en cambio, no ve inconveniente alguno en admitir la delimitación puramente privada. Este autor expresa que la omisión legal no “... impide que los interesados lleguen a un acuerdo privado sobre la cuestión limítrofe”³¹, a pesar de no estar contemplada la posibilidad expresamente en norma alguna. De nuestra parte, como adelantamos, dudamos que no haya inconvenientes en admitir el convenio privado sin participación oficial, ya que, al tratarse de derechos reales, y como tales derechos absolutos, los dominios de

³⁰ LAFAILLE, Héctor; Ob. y Tomo citados, pág. 340. SALVAT, Raymundo M. Ob. y Tomo citados, pág. 226.

³¹ KIPER, Claudio; “Tratado de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tomo II, pág. 525.

los involucrados en el conflicto requieren poder ser opuestos a toda la comunidad, puesto que son derechos oponibles “erga omnes”.

No se trata pues, de un acuerdo que simplemente relacione a dos sujetos, como ocurre en el campo obligacional y contractual en el que la oponibilidad es solo respecto del cocontratante, u oponibilidad “*erga aliquis*” (respecto de algunos), tan típica del derecho personal y su principio de alteridad, surgido del efecto vinculante de la obligación. En estos casos, se encuentran involucrados fundamentos sociales, generales y comunitarios y su repercusión será “*erga omnes*” (respecto de todos).

Por ello se determina que los derechos reales son de orden público; cada constitución, adquisición o modificación, obliga o repercute, por decirlo de alguna manera, respecto de toda la comunidad. También se encuentra vinculado a la cuestión, lo relacionado con el sistema causal tan característico de nuestro sistema, no solo en el Código de Vélez, sino también en el CCC, cuerpo en el que se ha puesto más de manifiesto aún, al precisarse normas generales y especiales sobre las causas de los derechos, en los artículos 281, 282 y 283 del CCC; en las obligaciones, art. 726, y en los contratos, artículos 1012 y 1013 del CCC.

El acuerdo amigable admitido en todos los casos, sin un debido control jurisdiccional como se establecía en el Código derogado, como si se tratara de una cuestión puramente privada, se prestaría a transferencias encubiertas para evitar normas administrativas de parcelamiento mínimo, y hasta para la evasión impositiva, generando causas falsas y puramente virtuales.

El artículo 228 del CCC, tal como ya lo hacía el art. 2326 del Código derogado, modificado por ley 17711, exige que la división de los inmuebles no atente contra las leyes locales de parcelamiento mínimo, ni contra la unidad económica mínima, o como más modernamente se expresa, la unidad económica agraria. Dice la norma citada en su tercer párrafo: “... *Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su*

uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales”.

Con esta restricción a la disposición material de los inmuebles, se procura en lo urbano, evitar la insalubridad de espacios de vivienda demasiado acotados; y en el ámbito rural, el sistema busca vedar la existencia de parvifundios o minifundios, que no permitan la subsistencia de una familia tipo y sus dependientes, que es el criterio legal para determinar el tamaño de las parcelas rurales, según su ubicación. Como se ve, éstos son intereses de orden público que no afectan solo a las economías particulares de los involucrados en el contrato, sino también a la comunidad toda al afectarse la tierra, con la natural incidencia futura en las transmisiones y constituciones de derechos reales, que quedarán durante mucho tiempo, sino perpetuamente, sometidas a estas contrariedades³².

También debemos tener presente que, de admitirse la simple contratación, sin un control judicial de la configuración de las parcelas, se posibilita una transmisión dominial convenida, desoyendo la tal restricción. Las partes, aduciendo confusión de límites, convienen una verdadera “transmisión dominial” que quedaría totalmente oculta al ampararse en la incompleta norma que estamos criticando.

Se facilita así, lo que hemos dado en llamar “*fraude a la ley imperceptible*”. Al mismo tiempo da lugar a la evasión impositiva, legalmente irrepro-

³² Igual situación se plantea si los jueces no exigen la acreditación de los supuestos legales para la adquisición por usucapión, aun cuando el demandado se hubiere “mansamente” allanado a la acción de prescripción. Pues, bien puede ocurrir que las “partes procesales” sean en verdad “partes contractuales”, soslayando de esta manera las restricciones al parcelamiento, mediante una venta simulada tras una usucapión, y evadiendo al mismo tiempo los importantes tributos que genera un acto traslativo dominial. También puede presentarse esta situación que hemos calificado de “fraude a la ley imperceptible”, mediante la figura de la invasión de inmueble colindante, prevista en el art. 1963 del CCC. Ver nuestro “La invasión de inmueble colindante en el Código Civil y Comercial” en La Ley, Diario del 04/07/2017 (Tomo La Ley 2017-D).

chable, pues aparecerá el acto como arreglo extrajudicial, y no como una verdadera transferencia dominial³³.

Creemos que, entre otras cosas, era por ello que el Código de Vélez erigía a este procedimiento, también al generado de manera amigable mediante el acuerdo de los propietarios de límites confundidos, en una cuestión pública, exigiendo la participación del juez que homologará el acuerdo y ordenará la registración del mismo. En efecto, la vieja norma del art. 2753 expresamente ordenaba que el acuerdo, la mensura y todos los antecedentes que hubieren concurrido a formarlo debían presentarse al juez para su aprobación. Finalmente, y esta es la parte que más sostiene nuestra tesis, expresaba que *“... si fuese aprobado, la escritura otorgada por personas capaces, la mensura practicada, servirán en adelante como título de propiedad, siempre que no se causase perjuicio a tercero. En lo sucesivo el acto puede únicamente ser atacado por las causas que permiten volver sobre una convención”*. Rescatamos de la vieja norma, la expresión *“siempre que no se causase perjuicio a tercero”*.

Salvat, en apoyo de nuestra idea, explica la norma transcrita del Código derogado, y dice: *“...el legislador ha pensado que el deslinde puede comprometer, no solo el interés particular de los linderos que han celebrado el acuerdo, sino también el interés colectivo y es por ello que se exige su presentación al juez correspondiente y la aprobación del mismo”*.³⁴

Por eso el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece un minucioso procedimiento, tanto para el deslinde judicial (art. 674 del CPCCN), como para el extrajudicial o “amigable deslinde” (art. 673). La norma nacional que recepta esta última posibilidad resulta muy ilustrativa, para fundar nuestra posición, en cuanto a la necesidad de la intervención pública

³³ El acto no tributará sellos en la cuantía realmente debida, ni impuesto a la transferencia de inmuebles, o ganancias.

³⁴ SALVAT, Raymundo M. “Derechos Reales”, Ed. TEA, ob.cit, Tomo III, pág. 227.

en el acto de delimitación. Exige ineludiblemente el pronunciamiento también del Departamento Topográfico de Catastro.

Dice el art. 673: *“La escritura pública en que las partes hubiesen efectuado el deslinde deberá presentarse al juez, con todos sus antecedentes. Previa intervención de la oficina topográfica se aprobará el deslinde, si correspondiere”*.

Estimamos, sin embargo, y en ello acordamos con Kiper, que las partes podrían arribar a un acuerdo sí, pero esta circunstancia no los debería liberar de solicitar la homologación del acuerdo, tal como lo exigía la vieja norma de Vélez. El juez controlará en estos casos, la realidad de lo esgrimido, exigiendo los títulos y demás pruebas, para evitar los fraudes a los que hemos aludido. La remisión a la oficina topográfica impedirá igualmente un parcelamiento prohibido³⁵.

IV- ACCIÓN DE REPARACIÓN DE DAÑOS

La agresión posesoria en cualquiera de sus manifestaciones, amén de legitimar al atacado a las acciones específicas que hemos venido analizando, no escapa a la normal consecuencia que evoca el *“alterum non laedere”* de Ulpiano, aludido en el artículo 1716 del CCC. En efecto también legitima al poseedor o tenedor agredido, en su caso, para la reclamación de los perjuicios.

Si bien es cierto que la reparación de daños corresponde cada vez que se efectiviza una lesión a un sujeto, sea en su persona o en sus bienes, por lo que pareciera alejarlo del objeto de nuestro ensayo, el legislador ha brindado normas expresas para estas acciones en lo que respecta a la etapa petitoria. Es por eso que surge un especial interés en traer a colación aquí también esta consecuencia general del llamado “derecho de daños”.

³⁵ VENTURA, Gabriel B.; “Acciones Reales según el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Bs.As. 2917, pág. 181 a 184.

Ahora bien, la indemnización puede tener un carácter subsidiario o sustitutivo, como le llama el art. 2250 del CCC. Ello ocurre, como regla general, cuando no es posible la restitución o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Pero corresponde aclarar que ésta no es una consecuencia típica de las acciones reales, sino que, como habíamos dicho, obedece a los principios generales de la responsabilidad civil. Ya por las viejas normas del Código de Vélez, arts. 1109 y 1077, todo el que ocasiona un daño está obligado a la reparación del perjuicio³⁶. Hoy, el art. 1716 del CCC determina que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado...”.

El art. 730 del CCCN inc. d) se ocupa de la reparación sustitutiva o subsidiaria, tal como lo hacía el viejo 505, inc. 3, del Código de Vélez. De no ser factible el cumplimiento de la obligación, en nuestro caso la restitución de la cosa o el restablecimiento al estado anterior, el demandado deberá reparar integralmente el daño causado; es decir abonar el valor de la cosa más los perjuicios.

En atención a ello, el art. 2250 del CCC prevé la posibilidad de pedir la indemnización correspondiente al atacante del derecho real. En efecto, la norma establece que el actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener la indemnización sustitutiva del daño. Y luego agrega que si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento complementario; pero, si opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño, pierde el derecho a ejercer la acción real.

Las normas equivalentes de Vélez arts. 2756 y 2779 ayudan a interpretar la *ratio* del nuevo art. 2250 CCC. En efecto, el código derogado en el art. 2756 expresaba al final “...*con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado*”; y el art. 2779, también del código de Vélez, solo hacía aplicable la opción a la que alude ahora el 2250, cuando el

³⁶ ALTERINI, Jorge H. “Acciones Reales - Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2000, pág. 13.

objeto a reivindicar hubiere caído en manos de terceros, por lo que este dispositivo habría sido sacado del entorno fáctico originario que le daba coherencia. Hoy aparece como un raro supuesto aislado, desprovisto de fundamentos y hasta en algunos casos, manifiestamente injusto.

La novedosa prerrogativa del actor a ejercer una opción en cualquier caso, en la vieja norma del art. 2779 del Código derogado, estaba solo prevista para la acción reivindicatoria y asimismo para cuando ésta pudiera dirigirse contra el tercer poseedor actual. En tales casos es plenamente justificable que el propietario tenga esa facultad alternativa: que a cambio de intentar el recupero pueda directamente exigir los daños y perjuicios ocasionados en contra de quienes hicieron posible el traspaso dominial de la cosa a los que actualmente la tienen; es decir contra los enajenantes o sus herederos.

En ese entorno, también resultaba lógica y coherente la consecuencia final del dispositivo del 2779 del Código de Vélez; pues si el actor obtenía ya una reparación integral de los enajenantes: el valor de la cosa más los daños, sería absurdo que pretendiera también que el actual poseedor le devolviese la cosa objeto de la acción.

El art. 2250 del CCC está hoy como aislado de los supuestos que le daban razón de ser. En efecto, los párrafos primero y tercero directamente deberían suprimirse. No hacen ningún aporte frente a la regulación general de las obligaciones por daños, y hasta podrían llegar a considerarse como generando una facultad solo potestativa del actor, lo que no es cierto.

Estos párrafos determinan que de no ser factible la restitución de la cosa o la devolución a su estado anterior; o aun siendo posibles, ambas soluciones, en aplicación de la libertad de contratar, las partes pueden acordar, como forma de dar solución al conflicto, tan solo la reparación en dinero. Pero no hay nada nuevo en eso como para merecer norma especial.

Si partiéramos de la circunstancia en que ya se hubiera iniciado la acción, ello en nada se diferencia del supuesto anterior; siempre están a tiem-

po las partes de hallar solución convencional al litigio exigiendo el actor el pago sustitutivo de los daños. Hasta el juez deberá condenar en esos términos cuando la restitución o el restablecimiento se hiciesen imposibles, según lo sentado en el art. 730, inc. d) del CCC que regula los efectos de las obligaciones. Esa es pues, conforme lo adelantáramos, la dinámica normal del cumplimiento de las obligaciones.

Al haberse apartado el pronunciamiento del 2250 CCC del hecho que le daba fundamento, es decir la acción dirigida contra un poseedor que no es el atacante, el dispositivo aparece como toda una obviedad, pues lo estamos aplicando directamente al autor del desapoderamiento o ataque.

Tampoco sería dable imaginar que, con esta norma, el legislador quiso conceder solo al acreedor la facultad de optar por la indemnización, obligando al demandado a la reparación a cambio de volver las cosas a su estado anterior si ello fuera posible. Así, por ejemplo, no sería concebible como solución justa, admitir que, si Juan alabró una parte del campo de Pedro, éste al iniciar una acción reivindicatoria, que sería la vía procedente para obtener el recupero, pretendiera solo la indemnización, o sea el valor del inmueble más los daños, y se negase a recibir de Juan la restitución de la fracción ocupada. Surge obvio que no ha sido esa la *"intentio legis"*.

El segundo párrafo del art. 2250 CCC, es el único que tiene realmente sentido, pues tal como estaba previsto en la norma equivalente del Código de Vélez (art. 2756), cualquiera de estas acciones tendrá por fin también, amén de la restitución o el restablecimiento de las cosas al estado anterior, el efecto accesorio de la reparación del daño ocasionado³⁷.

³⁷ VENTURA, Gabriel B.; "Acciones Reales según el Código Civil y Comercial", Ed. Zavalía, Bs. As. 2017, pág. 60 a 63.