



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de derecho y Ciencias políticas**

**Sede regional Rosario**

**Carrera Abogacía**

**La Acción Reivindicatoria como facultad del condómino respecto del inmueble común.**

**2013**

**Tutor: Dr. Gustavo Nadalini**

**Alumna: Ana Elisa Stahli**

**Título al que aspira: Abogada**

**Fecha de presentación: Julio de 2013**

## **1. Resumen.**

Antes de comenzar a desarrollar éste trabajo y debido las tecnicidades obligadas del tema primero debemos conceptualizar a la protección de los derechos reales, no es necesario recurrir a un examen previo de su fundamento, pues está ínsita en la noción de derecho la necesidad de su protección por el ordenamiento jurídico positivo.

A pesar de que en nuestro derecho no existe uniformidad de opiniones acerca del ámbito de aplicación de la acción reivindicatoria, no media controversia alguna respecto de la vigencia de dicha acción en cuanto a modo de tutela del dominio y el condominio. En el primer capítulo se detallarán las definiciones atinentes a la acción reivindicatoria. En el próximo capítulo se profundizará el desarrollo del problema introduciendo un tema central para el trabajo como lo son los aspectos sobre el condominio y la acción reivindicatoria y los distintos criterios sobre la reivindicación.

En el penúltimo capítulo se intentará recurrir a la jurisprudencia para conocer de que forma el derecho argentino resuelve en sus tribunales aquellos conflictos teóricos planteados sobre los efectos en la acción de reivindicación.

Y para terminar la conclusión final como resultante de un esquema de desarrollo planificado en un principio, que se relacionará con la hipótesis planteada, aquellos objetivos a demostrar y el interrogante evidenciado, para luego en base a ello aportar una propuesta que intentará dar solución al problema en cuestión. -

## **2. Estado de la cuestión**

Al observar nuestra legislación a nivel nacional podemos detectar la existencia de vacíos legales o falta de regulación en la materia.

Una breve incursión sobre los antecedentes romanos de las acciones reales nos será útil para discernir mejor sus características, si bien se debe reconocer -según la autorizada opinión de Allende que Vélez Sársfield se apartó conscientemente del derecho romano, para adoptar, en el aspecto sistemático, el modelo de Freitas<sup>1</sup>.

En el derecho romano clásico, la distinción era clara entre las acciones civiles, estrictamente reguladas por el derecho quiritalio, y las acciones honorarias que concedía -según el caso- el pretor o el edil. Las primeras, llamadas también directas, tenían su fuente en el derecho civil y el magistrado que daba la fórmula no hacía otra cosa que aplicar el derecho. Las segundas -según su fuente- son las pretorianas y edilicias, siendo

---

<sup>1</sup> Allende, Panorama de derechos reales, p. 327 y siguientes.

las emanadas del pretor más importantes en número y trascendencia<sup>2</sup>. El pretor podía conceder una acción útil (por oposición a directa), fundándose en su propia autoridad in factura o entendiendo por una ficción que estaban cumplidos los requisitos suficientes para la procedencia de la acción civil, como en la acción publiciana. Las acciones civiles, que son las que nos interesan fundamentalmente en este título, se clasificaban en acciones in rem y acciones in personam, distinción que es también básica en el origen de la diferencia entre derechos reales y personales, como ya lo hemos puesto de relieve. Acotemos aquí solamente que la insuficiencia de esta clasificación motivó la necesidad de reconocer un tercer género: las acciones mixtas.

La distinción entre acciones reales y personales tiene gran importancia en Roma y esta clasificación, según algunos autores, se extendió también a las acciones pretorianas.

En la acción real, por dirigirse a la cosa, no es necesario que se designe la persona del demandado, lo que es indispensable -en cambio- en la acción personal. Esta característica se traslada al sistema formulario donde se marca la diferencia en la intentio de la fórmula que, si contiene sólo el nombre del demandante, es in rem', mas si tiene también el nombre del demandado, es in personam, y éste tiene el deber legal de defenderse o asistir al proceso<sup>3</sup>.

Las acciones civiles in rem eran la reivindicatoria, la negatoria, la confesoria y la de petición de herencia. El ámbito de aplicación de estas acciones era relativamente simple.

a) La acción reivindicatoria era el prototipo de la acción real y se otorgaba al propietario (stricto sensu) para rescatar la cosa contra toda persona. Se aplicaba -por ende- a las cosas susceptibles de propiedad según el derecho civil, que estaban en el comercio, singulares o conjuntos de hecho, pero no a patrimonios o partes alícuotas de ellos, para los cuales se reservaba la acción de petición de herencia.

b) La acción negatoria, que se dirigía contra quien pretendiera una servidumbre activa respecto de un fundo.

c) La acción confesoria que se concedía a quien se le desconocía la existencia de una servidumbre activa y que él pretendía tener sobre el fundo ajeno<sup>4</sup>.

d) La de petición de herencia para reclamar, en carácter de heredero, contra cualquiera que poseyera los bienes de la herencia, sea por el todo o por una parte alícuota de ella.

Como expresamos, este esquema no fue seguido por Vélez Sársfield al proyectar el título noveno, siendo clara la influencia del Esbozo de Freitas.

---

<sup>2</sup> Petit, Tratado elemental de derecho romano, p. 877

<sup>3</sup> Cuenca, Proceso civil romano, p. 204

<sup>4</sup> Ibidem, p. 208 y siguientes

El presente trabajo pone en evidencia la preocupante situación del sistema jurídico federal que no tiene una respuesta integradora debido a la falta de regulación en materia de selección del criterio reivindicatorio con respecto a los inmuebles desposeídos.

### **3. Marco Teórico**

Al abordar el tema en cuanto a marco regulatorio vigente analizamos la situación de que el condómino puede ejercer las acciones posesorias, sin necesidad del concurso de los otros comuneros, tanto contra terceros como contra alguno de ellos, en este último supuesto, cuando manifestasen pretensiones a un derecho exclusivo sobre la cosa común.

Aunque la norma no lo diga expresamente, es indudable que cuando la acción es dirigida contra un tercero, cada condómino puede ejercerla por el todo. De otro modo, no se justificaría que establezca que el copropietario puede accionar 'sin necesidad del concurso de los otros copropietarios'.

Además, ni siquiera pueden vislumbrarse en el texto las limitaciones que suelen hallar en los arts. 2679 y 3450 los autores que sustentan la concepción restringida acerca del alcance de la acción reivindicatoria que entable el condómino contra un tercero.

Para adentrarnos al tema primero es menester analizar algunos conceptos para el entendimiento del tema.

El artículo 2758 del Código Civil dispone que la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de las cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquél que se encuentra en posesión de ella.

Además, en la nota al artículo indicado el codificador, citando a Pothier, dice que la palabra "poseer", "poseedor" se aplica en el caso de la norma y respecto del demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que la tiene.

Siguiendo doctrina legal se dice que no obsta al andamiento de la acción de reivindicación el hecho de que no se haya recibido nunca la tradición del bien, y consecuentemente no pueda demandarse al propio despojante, dado que se puede invocar la de sus antecesores en el dominio con las transferencias integrales de acciones y derechos efectuadas, y en este supuesto, el artículo 2758 del Código Civil no se opone a la aplicación del Artículo 2790 del mismo Código, todo lo cual corrobora la doctrina que informa éste y al 4003 del mismo cuerpo legal.

El condómino reivindica una parte ideal de la cosa frente a sus cotitulares cuando éstos lo han excluido de la coposesión, pero frente a terceros detentadores lo hace por el todo

material de ella, pues su derecho de uso y goce se extiende sobre esa totalidad y no sobre parte determinada.

#### **4. Introducción.**

Esta tesis se enmarca en el ámbito de los Derechos Reales.

El objetivo del presente trabajo de investigación es analizar en nuestro derecho la falta de uniformidad de opiniones acerca de las consecuencias producidas por el distinto criterio de aplicación de la acción reivindicatoria, y de la vigencia de dicha acción en cuanto a modo de tutela del condominio.-

Por eso la principal preocupación está vinculada al interrogante : Cuáles son los efectos de la acción Reivindicatoria en función del condominio existente en un inmueble, utilizando éste fenómeno como objeto de estudio y evaluando diferentes respuestas que contesten a esta problemática en forma satisfactoria que va a ser el eje central a lo largo de los capítulos que suceden, escogiendo como título de este trabajo “La Acción Reivindicatoria como facultad del condómino respecto del inmueble común”.

Frente a este problema de investigación se propuso como hipótesis, que luego al finalizar el trabajo, será verificada o refutada, la siguiente premisa:

“Dentro de las consecuencias que produce la Acción Reivindicatoria existe una disección legal en cuanto a que exige un distinto tratamiento según se dirija contra un tercero poseedor o contra otro condómino”.

Como Objetivos generales nos planteamos analizar la distinción en la acción según se dirija contra un tercero o contra los demás condóminos y dentro de los objetivos específicos nos propondremos estudiar las diferentes teorías sobre el criterio de reivindicación según se limite a la cuota parte o a la totalidad de la cosa.

Como consecuencia de ello se elaborará una conclusión final y la propuesta de una solución al respecto para cada tópico analizado.-

## Capítulo I

### La Acción Reivindicatoria

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes Históricos. 3. Ámbito de la acción reivindicatoria. Finalidades 4. Concepto Legal. 5. Interpretación 6. Legitimación Activa. 6.1. Propietario y titulares de otros derechos reales. 6.2. Condóminos. 6.3. Heredero. 6.4. Legatario. 6.5. Cesionario. 6.6. Comprador a quien no se le ha hecho tradición de la cosa. 6. Legitimación pasiva. 7.1. Introducción. 7.2. Poseedor. 7.3. Tenedor. 7.4. Reivindicación contra el heredero. 7.5. Poseedor ficto. 8. Objeto de la reivindicación. 8.1. Introducción. 8.2. El principio. 8.3. Títulos de crédito. 8.4. Partes ideales. 8.5. Restos y accesorios. 8.6. Universalidades de cosas. 9. Bienes que no son reivindicables. 10. Poseedor de mala fe. 11. Cosas robadas o perdidas. 12. Cosas adquiridas a título gratuito. 13. Restitución del precio. 14. Reivindicación de inmuebles. 14.1. Introducción. 14.2. El principio. 14.3. Los supuestos. 15. El esquema del código. 16. Nulidad y reivindicación. El artículo 1051 y su reforma. 17. Efectos de los actos nulos y anulables. 18. Acto no emanado del propietario. 19. Registro y buena fe. 20. El juicio de reivindicación 20.1. Principios generales. 20.2. Medidas cautelares. 20.3. Distintas pretensiones. 20.4. Carga de la prueba. 20.5. Distintos supuestos. 20.6 Estado reivindicante. 20.7. La sentencia en el juicio de reivindicación. 21. Conclusión

## 1. Introducción.

Al realizar el presente trabajo convencidos del profundo interés que presenta la reivindicación inmobiliaria en el marco de un litigio de extrema complejidad, en el que se encuentra seriamente comprometido el orden público.

Cada uno de los aspectos vinculados con la acción reivindicatoria ameritan su tratamiento, pero en el limitado marco del presente trabajo, tras realizar un breve análisis de la materia, comenzaremos a definir el instituto en cuestión.-

La acción reivindicatoria es el medio otorgado por el ordenamiento jurídico al titular del derecho real a fin de que pueda restablecer su ejercicio cuando este es impedido por otro sujeto, acción por la cual "el propietario que ha perdido su posesión la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella" según art. 2758 de nuestro Código Civil<sup>5</sup>.

Al aproximarse a su estudio parecería emanar de esta acción una fuerza especial, plena, que permite restablecer uno de los derechos más caros a la humanidad, en tanto "...nace del dominio...".

## 2. Antecedentes Históricos.

Siendo la acción reivindicatoria el prototipo de las acciones reales, originariamente parece no haber nacido como tal.

Ello es así porque la distinción entre derechos reales y personales, en los primeros tiempos del derecho romano, no se perfiló con claridad, y el derecho de dominio de iure quiritium, es decir, el de las cosas mancipii, tenía su defensa en la doble función de la mancipatio que hacía al enajenante responsable, frente al adquirente, por el doble del precio indicado en la fórmula (duplum), en el caso de que un tercero lo despojara de la cosa por un derecho preferente. De este modo, la obligación del mancipante, que el adquirente podía hacer valer mediante la actio autorictatis, consistía en garantizarle a éste contra el despojo y, de lo contrario, resarcirlo con el duplum.

Así las cosas, la defensa se articulaba, según el caso por esta vía o por la ex delicto y ello significa que el origen de la protección es de esta naturaleza.

Dice Mayr que "en cuanto a los orígenes de la vindicatio nos tenemos que limitar a conjeturas" y que tampoco ayuda gran cosa la etimología, pero concluye que cualquiera

---

<sup>5</sup> Art. 2.758 CC. La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella. Disponible en internet: [http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_libroIII\\_tituloIX.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroIII_tituloIX.htm)

de las interpretaciones nos llevan al concepto del delito y de su expiación. En armonía con ellas está el empleo de la varilla (vindicta o festuca) que coincide con el uso de la lanza o jabalina en el proceso germánico, como reminiscencia del arma con la cual el lesionado hacía valer primitivamente sus derechos.

Así, concluye el autor citado, en esa época, el derecho de propiedad no era concebido como un derecho absoluto, sino como un derecho relativo protegido, por una parte, contra el ladrón y basado, por otra, en el deber de garantía del transmitente<sup>6</sup>.

En la época de la orientalización del derecho romano, la protección de la propiedad se concentró en la rei vindicatio, que se desenvolvía en los trámites de la extraordinaria cognitio y que se hace valer entonces contra todo poseedor o detentador, aunque, en la época de Constantino, se permitió al simple tenedor liberarse de la acción indicando la persona del verdadero poseedor.

La reivindicación sólo era acordada originariamente al propietario quirritario, o sea al que había adquirido la cosa (mancipii) por la mancipatio o, luego, por la in iure cessio. No era concedida a quien tenía la cosa in bonis, sin haber cumplido alguna de las formas solemnes de adquisición.

Cuando se equipararon ambas formas de propiedad fueron desapareciendo remedios como la actio publiciana, acordada por el pretor bajo la ficción de que se habían cumplido los requisitos de la usucapión y, ya con Justiniano, se prescinde de la distinción acordándose la protección reivindicatoria en todos los casos<sup>7</sup>.

### **3. Ámbito de la acción reivindicatoria. Finalidades.**

El ámbito de la acción reivindicatoria es el de la "existencia" misma del derecho real que queda lesionada cuando al titular se le priva o se le disputa su relación directa con la cosa, en tanto el derecho real supone la posibilidad de esa relación. En resguardo de la existencia del derecho real la acción reivindicatoria persigue comúnmente la restitución de la cosa de la cual se ve privado el actor con motivo de la "desposesión", que conforma el caso más nítido de lesión de la existencia.

La "desposesión" importa el desplazamiento de la posesión anterior, sin o contra la voluntad de quien la ejercitaba. Por no mediar "desposesión" queda excluido del ámbito de la acción reivindicatoria el caso en que el actor hubiera procedido a entregar voluntariamente la posesión de la cosa que ahora pretende, pues con tal entrega su titular perdió la posesión con su voluntad.

---

<sup>6</sup> Mayr, Historia del derecho romano, t. I, p. 180.

<sup>7</sup> Ibidem, t. II, p. 406.

Aparte del caso de "desposesión", en el cual la acción se dirige contra el nuevo poseedor, y pese a lo que se inferiría de la letra del artículo 2758, también cabe enderezarla contra el tenedor, a nombre del reivindicante o de un tercero, hipótesis en las cuales simplemente se le disputa la relación directa con la cosa que pretende ejercitar el rei vindicante. Estas cuestiones son las que analizaremos en el presente trabajo final.<sup>8</sup>

#### **4. Concepto Legal.**

Está dado por el art. 2758 que expresa: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella".

Se han efectuado numerosas críticas a esta definición, cuya principal fuente es Pothier.

En primer lugar, para quienes sostienen una ancha base de legitimación activa, la objeción principal consiste en haber empleado el término dominio como fuente de la acción.

Al mismo tiempo se señala que no debió decir "el propietario" sino el "titular del derecho real".

Si recordamos que la reivindicación, en principio, sólo protege a los titulares de derechos reales sobre cosa propia que, por lo tanto, solamente ellos la ejercen iure proprio, mientras que los demás están indirectamente legitimados, es decir como procuradores (in re sua) o representantes del propietario, aunque sea en interés propio, las críticas pierden gran parte de su consistencia.

La definición también se muestra en su tono ortodoxo cuando menciona como punto de lesión a la pérdida de la posesión que, sin duda, como dice Areán de Díaz de Vivar constituye un obstáculo para el intérprete cuando intenta acordar la acción a otras personas distintas de los titulares de derechos reales, como el cesionario que bien pudo no haber tenido nunca la posesión<sup>9</sup>.

Creemos que la dificultad del intérprete para extender la protección a una situación que el Código, en puridad no contempla, no debe ser motivo de crítica para el legislador, por encomiable que sea la actitud de los intérpretes que para el caso de los adquirentes a quienes no se ha hecho tradición de la cosa, recurren a la permitida cesibilidad de las acciones o a la subrogación.

---

<sup>8</sup> ALTERINI, Jorge Horacio. Acciones Reales Análisis Exegético Del Régimen Jurídico De Las Acciones Reivindicatoria, Confesoria y Negatoria. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2000.

<sup>9</sup> AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz A.. Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros : acciones reales y publicidad de los derechos reales.-- Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979., p. 21

En cuanto a la crítica que se le formula por usar, en la definición, una derivación del concepto definido, entendemos que se ha querido destacar el efecto principal de la acción que es la restitución de la cosa, contrariamente a lo que pudiera surgir de la definición de las acciones reales, pero es bien cierto que Vélez Sársfield reincide en su falta de congruencia al introducir definiciones en la ley, pese a su declarada posición en contrario.<sup>10</sup>

## **5. Interpretación.**

Como enunciamos previamente el sistema romano, de base aparentemente simple, evolucionó con el tiempo en tal forma que pudo ser calificada la acción reivindicatoria de "híbrida y compleja".<sup>11</sup>

Se suele decir, con una expresión sencilla y fácil de recordar, que la acción reivindicatoria es la que tiene el propietario que no posee frente al poseedor que no es propietario.

Así, Puig Brutau dice que "es la acción que puede ejercitar el propietario, que no posee contra el poseedor que, frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión" y agrega, citando a Sohm, que "se entabla para reclamar la entrega de la cosa"<sup>12</sup>.

Aunque recurrentemente se hable del propietario se debe entender que está legitimado para entablar la acción quien tiene la pretensión de propiedad, contra quien resista esta pretensión, sea que alegue ser el propietario o bien rehuse la entrega de la cosa. Se satisface entonces la función compleja que tiene la reivindicación, pues aunque se haya repetido que es una acción de condena, si lo que se discute es el derecho en sí, la acción no puede ser de mera condena sino que previamente tendrá el juez que decidir a quién corresponde la titularidad del derecho o tendrá que hacer un juicio declarativo de certeza.

Si la renitencia del demandado se reduce a la situación de hecho, sin alegación y por lo tanto sin controversia sobre el derecho, el resultado será una sentencia de simple condena en la faz petitoria. Todo ello sea dicho sin perjuicio de lo expresado al tratar de las relaciones entre el posesorio y el petitorio y de los derechos personales que puedan tener los contendientes.

---

<sup>10</sup> MUSTO, Nestor Jorge. Derechos Reales. Tomo II. Ed. Astrea. Buenos Aires 2000.

<sup>11</sup> MUSTO, Nestor Jorge. Derechos Reales. Tomo II. Ed. Astrea. Buenos Aires 2000.

<sup>12</sup> PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. II, vol. I, p. 176.

La acción reivindicatoria es la que se confiere a quien, afirmándose titular de un derecho real con derecho a poseer (ius possidendi), pretende, ante el desconocimiento de su derecho, la declaración de certeza de éste y la entrega de la cosa consecvente o simplemente lo segundo, si no mediara tal desconocimiento.

## **6. Legitimación Activa.**

Una intensa polémica divide a la doctrina en torno a qué titulares de derechos reales están habilitados para articular la acción reivindicatoria, si bien no se duda que por lo menos el dueño y el condómino están legitimados al efecto.

### **6.1. Propietario y titulares de otros derechos reales.**

Naturalmente que el primer legitimado es el titular de un derecho de dominio, pero ello no excluye que puedan tener legitimación iure proprio otros titulares de derechos reales sobre cosa propia como el titular de la propiedad horizontal, el condómino, el heredero, legatario, cesionario, comprador sin tradición; y quienes la ejercen en nombre del propietario pero en interés propio.

### **6.2. Condóminos.**

Los condóminos, en su unanimidad, tienen un derecho y una legitimación equivalentes a la que corresponde al titular del dominio, de modo que ninguna dificultad se presenta cuando obran de consuno.

La dificultad surge cuando uno (o varios condóminos que no representen la totalidad) pretende ejercer la acción reivindicatoria, pudiéndose distinguir situaciones que generan varios interrogantes los que serán analizados en profundidad en el siguiente capítulo.

- a) Si puede el condómino reivindicar su parte contra otro u otros condóminos que pretendan tener derechos exclusivos sobre la cosa indivisa, o que pretendan excluir al que se propone accionar.
- b) Si puede reivindicar la totalidad de la cosa, o la cosa en sí, cuando ésta se encuentra en poder de un tercero, sin el concurso de los demás condóminos.
- c) Si puede reclamar, en igual caso, sólo su parte indivisa.
- d) Si puede reclamar una parte material, proporcionada a su parte indivisa.

La cuestión ha dividido a la doctrina interpretativa, especialmente en los puntos b y c.

En efecto, la primera hipótesis no ofrece dificultad ante el texto expreso del art. 2761 que dice: "Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores".

Todos los condóminos tienen el derecho de gozar de la cosa común, conforme a su destino, con tal de que no se la deteriore en el interés particular, según la disposición del art. 2684.

Si alguno de los copropietarios es privado por los demás de las facultades que le corresponden, tiene derecho a accionar para que se le reconozcan y el Código le confiere la acción reivindicatoria.

Se reconoce cierto paralelismo entre el art. 2684, que regula la acción petitoria, y el art. 2489 que faculta a ejercer la acción posesoria a un condómino contra otro que "...turbándolo en el goce común, manifestase pretensiones a un derecho exclusivo sobre el inmueble".

Del mismo modo que la posesión es normalmente la exteriorización del derecho de dominio, la coposesión, con respecto del interés común y del destino de la cosa, lo es del derecho de los condóminos conforme al régimen adoptado por el Código y que se refleja en el art. 2409: "Dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa".

Como se advierte, la acción tiene un objeto limitado, puesto que el condómino no podría pretender una parte materialmente determinada. Su derecho se restringe al reconocimiento de su porción indivisa, si es negado, y a la restitución de sus facultades sobre la cosa, según le corresponden como condómino.

La segunda hipótesis, reivindicación de la cosa por un condómino sin el concurso de los demás cuando ella se encuentra en poder de un tercero, ha dado lugar a disímiles interpretaciones tema que será de análisis en el capítulo siguiente para tratar de justificar la hipótesis de nuestro trabajo final.

### **6.3. Heredero.**

En virtud de la ficción jurídica según la cual el heredero continúa la persona del causante, los herederos pueden ejercer la acción reivindicatoria a partir del momento en que la herencia es aceptada.

Así lo expresa el art. 3417, al sentar el principio general en la materia: "El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia o que ha sido puesto en ella por el juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo

lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión".

El heredero accionante debe acreditar todos los extremos necesarios para la procedencia de su pretensión, existentes en la persona del causante. No es necesario, en cambio que acredite haber tenido la posesión de la cosa por sí, aunque sí debe tener la posesión de la herencia, sea que la haya obtenido de pleno derecho, según el art. 3410, sea que se la haya deferido judicialmente en los demás casos previstos por el art. 3412.

La cuestión que se suscita, cuando la cosa que se pretende reivindicar permanece aún indivisa, como integrante de la comunidad de bienes que conforman la herencia, y la pretensión es ejercida por uno o más herederos que no alcanzan la totalidad, es resuelta por el art. 3450 en lo referente a las cosas inmuebles. "Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición".

La nota al art. 3450 explica en su primer apartado la solución del artículo: "No puede oponerse al derecho de reivindicar las cosas hereditarias por uno solo de los herederos, el que la acción de reivindicación tiende principalmente a la entrega de la cosa reivindicada, y que una parte ideal como la del heredero no puede ser entregada, pues aunque esa parte ideal fuese el objeto principal de la acción de reivindicación, basta para ser admitida la acción del heredero, que tenga por fin el que se le reconozca su derecho indiviso de copropiedad contra el tercer detentador".

#### **6.4. Legatario.**

El legatario de cosa cierta no puede tomar la cosa legada, a pesar de que se lo considera propietario desde la muerte del testador. Debe solicitarla al heredero o al albacea. Si bien esta situación indicaría que no puede reivindicar, la solución dada por el Código, en el art. 3775, es la opuesta: "Cuando el legado sea de un objeto determinado en su individualidad, el legatario está autorizado a reivindicarlo de terceros detentadores con citación del heredero".

Los requisitos son muy claros: a) tiene que ser legatario de cosa individualizada, no puede reivindicar el legatario de cuota, por ejemplo, quien es legatario de una quinta parte de la herencia; b) la reivindicación de la cosa procede contra terceros, no contra los herederos, y c) se debe citar al heredero o a los herederos.

Este último requisito el heredero podría excepcionar con la invalidez del legado o la incapacidad del legatario y puede también "aparecer si el heredero ha enajenado o no la cosa legada".

### **6.5. Cesionario.**

En principio, todos los derechos y acciones son cesibles, a menos que exista una prohibición expresa o implícita de la ley o del título. Así lo expresa el art. 1444 del Cód. Civil.

El mismo precepto, en lo que a nuestra materia atañe, dice: "Todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos ...".

A su vez, en el párrafo final de la nota al 1445, norma que veda la posibilidad de ceder las acciones fundadas en derechos inherentes a la personalidad, explica que "en cuanto a los derechos reales, diremos que la reivindicación fundada sobre el derecho de propiedad es cesible ...".

El cesionario no tiene necesidad de probar que ha tenido la posesión por sí, ni que la ha perdido, pero debe demostrar que estos presupuestos de la pretensión obraban en cabeza del cedente.

### **6.6. Comprador a quien no se le ha hecho tradición de la cosa.**

Sabemos que para la constitución de los derechos reales son necesarios el título y el modo, y también que, en la transferencia de la propiedad de las cosas en general, por actos entre vivos, la tradición es, en nuestro derecho (salvo excepciones), el modo constitutivo.

Debemos tener presente también que la compraventa es un contrato consensual que queda perfeccionado con el solo consentimiento.

El adquirente puede tener, en consecuencia, un título perfecto sobre la cosa sin haber obtenido la propiedad de ella por no haberse operado la tradición. La cuestión que se suscita es si, en tal situación, puede -o no- ejercer la reivindicación con éxito.

Se advierten de inmediato dos supuestos: que la cosa se halle en poder del enajenante o que la cosa esté en poder de un tercero.

En el primer caso, es obvio que la pretensión del adquirente emerge del contrato que da nacimiento a las recíprocas obligaciones de dar la cosa y de pagar el precio.

La acción de entrega es pues de naturaleza personal o creditoria y, respecto de la cosa, no es otra que la que consiste en exigir el cumplimiento del débito del vendedor (art.

1409). La prestación debida es dar la cosa. La entrega se realiza causa solvendi y de esta manera se amalgaman entrega (pago) con tradición (modo).

Es el segundo caso el que ha dividido a la doctrina interpretativa.

a) Una primera posición negativista de la posibilidad de reivindicar por parte del adquirente a quien no se le ha hecho tradición de la cosa, reposa en el argumento de la exigencia de título y modo como requisitos indispensables en la constitución del derecho real.

Esta posición, de una lógica indiscutible, ha sido sostenida principalmente por Salvat, quien señala que en el sistema del Código el dominio de las cosas, salvo el caso de transmisión hereditaria, no se adquiere sino por la tradición (art. 577) y, por tanto, en la hipótesis, al no haberse cumplido este requisito, el adquirente no tiene la calidad de propietario y, sin esa calidad, no puede estar legitimado activamente para reivindicar.

No es aceptable que el adquirente pueda actuar a nombre del enajenante, como procurador

in rem suam porque, aparte de contrariar el sistema del Código, sería necesario desdoblarse el contrato; por una parte, como transmisión del dominio y por la otra como cesión de las acciones y, aun admitiendo esta bifurcación, el texto del art. 3265 resultaría un obstáculo insalvable, pues de él surge que los derechos que se transmiten por contrato sólo pasan al adquirente por la tradición<sup>13</sup>.

b) La segunda posición, sostenida por Lafaille, después de reconocer que del juego de los arts. 577, 3265, 3268, etc., el adquirente se encontraría en la necesidad de recurrir al enajenante que, no habiendo perdido el dominio por no haber hecho la tradición, estaría en condiciones de reivindicar y luego sí cumplir el contrato, señala que esta forma indirecta, además de ser complicada, tiene una prescripción más breve (la decenal).

Con gran sentido práctico, parte de la base de que la compraventa, tanto como la donación o la permuta importan la cesión implícita de la acción real, idea que, según Lafaille, es desarrollada por el codificador en la nota al art. 2109 que reproduce el concepto del art. 1196. Según dicho precepto, el acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona. Afirma también que se llega a idéntico resultado por vía del art. 1409 recurriendo a la teoría de lo accesorio<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> SALVAT - ARGAÑARÁS, Tratado. Derechos reales, t. III, p. 638 y siguientes

<sup>14</sup> LAFAILLE, H, Tratado de los derechos reales, t. III, Compañía Argentina de Editores, 1943, p. 408.

Pero fundamentalmente, los argumentos que acopia Lafaille son de orden práctico, a tal punto que manifiesta que la solución que sustenta puede ser empleada con beneficio social hasta que se opere la reforma legislativa que propugna<sup>15</sup>.

c) Una tercera posición admite que aunque no se pruebe la tradición, el comprador puede ejercer la acción reivindicatoria en los casos de los arts. 2789 y 2790, o sea cuando el reivindicado no presenta título o presenta un título nulo, salvo que éste pruebe que ni el reivindicante ni sus antecesores han tenido la posesión de la cosa reivindicada. En el caso juega la presunción, con dicha salvedad, a favor de que la tradición se ha cumplido y es el reivindicado quien tiene la carga de probar lo contrario.

La primera de las posiciones es de una lógica irreprochable dentro del sistema del Código en materia de derechos reales (arts. 577, 2378, 2379, 2601, 2758, 3265 y 3270). Sin embargo, al analizar el caso en estudio, se deben tener en cuenta también los principios que gobiernan los contratos y, entre ellos, muy especialmente, los que se relacionan con la cesión de los derechos y acciones y con la subrogación.

Ingresamos así en la segunda posición que es la que ha tenido mayor aceptación en la doctrina y jurisprudencia, que reconoce dos variantes: a) la que se apoya principalmente en la cesibilidad de las acciones reales con independencia de la transmisión del derecho, y b) la que se funda en la posibilidad del acreedor (a quien no se le ha entregado la cosa) de subrogarse en los derechos del deudor (que no ha cumplido su prestación).

Descartamos en cambio la tesis que, fundada en el art. 1409, hace valer el principio de que la cosa debe entregarse con todos los accesorios, reputando que la acción real sigue la suerte del principal. Ello es así porque esto ocurre en el caso de que la entrega se haga efectiva, lo que por hipótesis no ocurre en el supuesto que tratamos. Aparte de ello, la acción reivindicatoria sería accesoria del derecho real, no de la cosa vendida.

Sin duda que la variante a es la que tiene mayor fundamento, ya que existe una independencia funcional entre la transferencia del dominio y la cesión de la acción reivindicatoria.

La mutación real no se produce hasta que no se opera el modo, mientras que la acción queda cedida por la mera relación contractual (arts. 1198, 2096, 2109 y 3168, y notas de los arts. 2096 y 2109). El art. 1444, por otra parte, consagra expresamente la posibilidad de la cesión de "toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio".

La jurisprudencia ha admitido que la cesión de las acciones se encuentra implícita en la compraventa<sup>16</sup> y la costumbre notarial emplea una fórmula expresa cuando se dice que "vende, cede y transfiere todos los derechos y acciones".

---

<sup>15</sup> LAFAILLE, H, Tratado de los derechos reales, t. III, Compañía Argentina de Editores, 1943 p. 409.

Mediando esta cláusula expresa, la posición analizada se refuerza, pero la doctrina y la jurisprudencia entienden que la compraventa, permuta y donación contienen implícita tal cesión.

La vertiente que propugna, como solución más sencilla, la subrogación sobre la base del art. 1196, tiene sus inconvenientes cuando se trata de dar una solución específica.

En efecto, la acción subrogatoria u oblicua se confiere a todos los acreedores y no sólo al adquirente de la cosa.

Todos ellos están legitimados para procurar que ingrese al patrimonio la cosa y por esa vía no se puede desconocer al adquirente tal facultad, pero entonces no será ejercida iure proprio y -en caso de concurso del vendedor- tendrá el efecto de hacerla ingresar a la masa. La solución se aleja del planteo estricto.

La posición resumida en tercer término respeta los principios lógicos del sistema, recurriendo al juego de presunciones para favorecer la posición del adquirente, limitándose a lograr la inversión de la carga de la prueba para algunos supuestos. En rigor, coincide con la primera y no resuelve el problema desde el punto de vista de la legitimación activa ni brinda una solución integral.

Reputamos aceptable la tesis que admite la existencia de una cesión implícita, dado que la cesibilidad de las acciones reales está expresamente permitida por el art. 1444

y la importante nota del art. 2109 cuando dice: "Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente cum omni sua causa, es decir, con todos los derechos que le competían".

## **7. Legitimación pasiva.**

### **7.1. Introducción.**

En principio, la acción reivindicatoria procede contra el poseedor de la cosa. La caracterizamos a esta acción como la que compete al propietario que no posee contra el poseedor que no es propietario.

Pero esta aserción, tan simple en su fórmula mnemotécnica, no es de aceptación pacífica en nuestra doctrina interpretativa, pues, a pesar de la claridad de los arts. 2758 y 2772, otras normas y notas parecen ampliar el espectro de legitimación pasiva.

---

<sup>16</sup> CNCiv, en pleno, 11/11/58, LL, 92-463 y siguientes. CNCiv, en pleno, 11/11/58, LL, 92-463 y siguientes.

## 7.2. Poseedor.

Nos referimos aquí al poseedor en sentido técnico, conforme a la conceptualización del art. 2351.

Respecto de él no cabe duda que es el legitimado pasivo.

La duda se presenta frente a aquellos que no revisten estrictamente ese carácter, ante la expresión de la nota del art. 2758, que parece ampliar la legitimación al tenedor, apartándose del esquema romano: "La palabra poseer, poseedor, se aplica en el caso del artículo y respecto al demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene: puede hacerse pues excepción a la ley romana".

El poseedor puede reconocer su calidad de tal o negarla.

En el primer caso, el thema decidendi versará sobre su derecho a poseer o, en otros términos, sobre la titularidad del dominio. En el segundo caso bastará al accionante probar que la cosa se encuentra en poder del demandado para que el juez condene a éste restituírsela al reivindicante.

Es lo que surge del art. 2783 que dice: "El demandado que niega ser el poseedor de la cosa, debe ser condenado a transferirla al demandante, desde que éste probare que se halla en poder de aquél".

## 7.3. Tenedor.

Quien tiene la cosa reconociendo en otra persona la posesión es tenedor. Se deben distinguir dos situaciones: a) que el tenedor reconozca la posesión del propio reivindicante, y b) que atribuya el carácter de poseedor a un tercero.

El primer caso ha dado lugar a discrepancias doctrinarias merced a lo expresado por el codificador en la nota al art. 2758, ya transcripta parcialmente, y el ejemplo que allí se suministra: "Supóngase que una cosa ha sido depositada; el depositante tiene dos acciones, la del depósito y la de reivindicación; puede suceder que le sea más difícil probar el depósito que la propiedad, y prefiera intentar la reivindicación.

Puede suceder también que el propietario, verdadero poseedor, no tenga otra acción contra el tenedor de la cosa que la acción de reivindicación. Tal sería el caso del nudo propietario que al fin del usufructo reivindica la cosa"; y agrega el codificador: "Se ve pues, que si por regla general, el que posee la cosa no puede intentar la reivindicación, lo puede cuando le es disputada. Por lo tanto, no se puede hacer de la pérdida de la posesión, una condición absoluta de la reivindicación".

Es evidente que el codificador ha querido darle a la acción un carácter protectorio amplio, de modo que el derecho de dominio esté garantizado ante el menoscabo que pueda sufrir de parte de cualquiera que pretenda mantener una situación fáctica de poder sobre la cosa, sea que se erija en poseedor, sea que el origen de ese poder sea un derecho personal o real. De allí los ejemplos dados del depositario y del usufructuario que ha cesado en el carácter de tal.

Puede suceder -como dice Salvat- que no sea posible probar el contrato o bien que la acción emergente de éste se encuentre prescripta. En tal caso, las facultades del derecho de dominio no pueden quedar inermes y es por eso que el codificador admite en el comentario al art. 2758 que se ocurra a la protección más vigorosa que posee el derecho de propiedad.

Se ha dicho, en apoyo de la tesis contraria a la sostenida por la nota, que si se trata de inmuebles la escritura pública y la inscripción impiden que se pierda la prueba del contrato base de la acción; que si se trata de muebles será tan difícil la prueba del contrato como la del dominio y que si se ha operado la prescripción, lo más probable es que se haya intervertido el título y, por tanto, la acción se dirige contra un verdadero poseedor<sup>17</sup>.

Dichos argumentos: a) el primero no cubre todos los supuestos ya que no todos los contratos sobre inmuebles requieren la formalidad de la escritura pública y la inscripción; sólo la requieren quienes constituyen derechos reales; b) en materia de cosas muebles dependerá del caso la dificultad probatoria y no hay por qué suponer que sea más difícil la prueba del dominio, y c) la negativa de restituir no siempre presupone una interversión del título y el argumento reposa sobre una mera probabilidad.

Se debe tener en cuenta, en apoyo de la tesis amplia, que la preservación de la acción reivindicatoria en manos del propietario representa un remanente en la protección del derecho de propiedad, para el caso de que otros remedios sean de dudoso resultado.

El otro supuesto es el del tenedor que posee la cosa en nombre de otro que no es el reivindicante. En tal caso, el Código contiene una solución precisa, y congruente con lo dispuesto en el art. 2464.

Así, el art. 2782 dice: La reivindicación puede dirigirse contra el que posee a nombre de otro. Éste no está obligado a responder a la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse

---

<sup>17</sup> AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz A.. Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros : acciones reales y publicidad de los derechos reales.-- Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979, p. 37.

contra el verdadero poseedor de la cosa". A su vez, el art. 2464 consagra la obligación del tenedor de nombrar a la persona a cuyo nombre posee.

Indicar el nombre y el domicilio de la persona a nombre de quien se tiene la cosa, es un derecho y un deber del tenedor.

En las relaciones con el poseedor verdadero, el art. 2464 sanciona el incumplimiento negándole al tenedor el ejercicio de la garantía de evicción contra aquél. Frente al reivindicante, su actitud reticente puede dar lugar a que se lo condene a la indemnización que prevé el art. 2784 para quien, de mala fe, se da por poseedor sin serlo (*fictus possessor*).

#### **7.4. Reivindicación contra el heredero.**

El heredero, como tal, no está legitimado pasivamente en la acción reivindicatoria. Sólo si continúa él en posesión de la cosa que antes poseía el causante fluye su legitimación, lo que revela que lo es por el hecho de poseer y no por su condición de heredero.

El art. 2773 consagra esta solución al expresar: "La acción de reivindicación no se da contra el heredero del poseedor, sino cuando el heredero es poseedor él mismo de la cosa sobre que versa la acción, y no está obligado por la parte de que sea heredero del difunto poseedor, sino en cuanto a la parte que tenga en la posesión".

#### **7.5. Poseedor ficto.**

Bajo la designación tomada del derecho romano (*fictus possessor*) se agrupan dos situaciones: la de quien se da por poseedor sin serlo, y la del que deja de poseer para frustrar la acción dirigida contra él.

La primera de las hipótesis está contemplada en el art. 2784, al cual ya nos hemos referido, que dice: "El que de mala fe se da por poseedor sin serlo será condenado a la indemnización de cualquier perjuicio que de este daño haya resultado al reivindicante".

El otro supuesto es el previsto en el art. 2785: "La reivindicación podrá intentarse contra el que por dolo o hecho suyo ha dejado de poseer para dificultar o imposibilitar la reivindicación".

Es claro que en uno y otro caso, la acción no tendrá por resultado una condena restitutoria, puesto que en el primero el demandado no es poseedor y, por ende, no podrá devolver algo que no posee, mientras que la condena tampoco podrá ejecutarse contra el verdadero poseedor que no ha sido citado a juicio, por la falsa aserción del demandado. En el segundo caso, si ha dejado de ser poseedor tampoco podrá devolver

la cosa y la condena también deberá resolverse en una indemnización de los daños causados, mientras que la acción quedará expedita contra el nuevo poseedor, en la medida en que subsista el efecto reipersecutorio.

## **8. Objeto de la reivindicación.**

### **8.1. Introducción.**

Los arts. 2758 y 2759 sientan el principio según el cual sólo son reivindicables las cosas particulares por oposición a las universalidades de derecho que, conforme a los antecedentes romanos, son susceptibles de ser reclamadas por vía de la petición de herencia.

### **8.2. El principio.**

Sólo las cosas son susceptibles de posesión y, por lo tanto, sólo ellas pueden ser reivindicadas.

Los bienes que no son cosas no pueden ser objeto de esta acción, ni las cosas futuras.

Hay pues una estrecha relación entre el objeto de la acción y el objeto de los derechos reales, como también con lo que puede ser objeto de la posesión.

El principio es que la reivindicación sólo procede respecto de las cosas, en el sentido estricto, aunque el concepto legal del art. 2759 incluye las cosas que son muebles o inmuebles por su carácter representativo.

### **8.3. Títulos de crédito.**

Conforme a lo dispuesto en el art. 2760, los títulos de crédito son reivindicables, salvo cuando están librados al portador. Si el título es a la orden y ha sido endosado para transferirlo, no podría ser reivindicado, pues ésta es la forma de transmitir la propiedad pero, si el endoso se realizó con otro fin, tal como constituir una garantía, una vez terminada su función, si no es devuelto por el tercero, puede ser objeto de reivindicación.

La norma del art. 2762 reitera la imposibilidad de reivindicar los títulos al portador al dar ejemplos de las cosas no individualizables. La razón parece ser otra, pues, quien libra un título al portador debe saber que éste se transmite por la mera entrega de la tenencia.

#### **8.4. Partes ideales.**

Ya nos hemos referido a la reivindicación que puede realizar el condómino previamente, que es el tema central de análisis de nuestro trabajo, por su parte ideal, frente a los demás condóminos que pretendan desconocer su derecho o arrogarse facultades exclusivas sobre la cosa común. En tal sentido, el art. 2761 dice: "Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores".

#### **8.5. Restos y accesorios.**

Cuando una cosa ha perecido o se ha destruido parcialmente, pueden reivindicarse los restos, la parte no destruida o los accesorios, con tal de que se individualicen con precisión. Así lo determina el art. 2763.

#### **8.6. Universalidades de cosas.**

La nota al art. 2764, glosando la parte final del artículo, señala que las universalidades de hecho como un rebaño o una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. Nada obsta entonces a que sean reivindicadas en conjunto, aunque deben individualizarse sus componentes, cuando es posible, determinar la cantidad y calidad de ellos.

### **9. Bienes que no son reivindicables.**

Son los bienes que no sean cosas y que no son susceptibles de ser poseídos.

Las universalidades de derecho tampoco pueden ser objeto de reivindicación. En tal sentido dice la nota al art. 2764 que la herencia "es inseparable de la calidad de heredero.

Es preciso llamarse heredero para pretender el todo o una parte de la herencia. No se puede reivindicar sino res singular que se encuentre en la herencia, o en un patrimonio de una persona cualquiera".

En el caso de que se reclame una parte alícuota o la totalidad de un patrimonio por considerarse el actor con derechos a la sucesión universal, la vía indicada es la acción de petición de herencia.

Las cosas accesorias no son reivindicables separadamente de la cosa principal a que acceden, salvo el caso del art. 2763.

Tampoco son reivindicables las cosas futuras y aquellas cuya individualidad no pueda ser reconocida. En tal sentido, el art. 2762 expresa: "No son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las cosas accesorias, aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles"

## **10. Poseedor de mala fe.**

Es cierto que el art. 2362 sienta el principio según el cual la buena fe se presume por lo que bastaría, a quien posee, demostrar su posesión para privilegiarse con dicha presunción, pero la propia norma deja a salvo los casos en que por disposición del propio Código la mala fe se presume. Son ellos los previstos en los arts. 2770 y 2771.

El primero de ellos contempla el caso de quien, ante la pérdida o el hurto de la cosa, haya efectuado anuncios.

Dichos anuncios no bastan para hacer presumir la mala fe, pero ello acaece si se demuestra que el poseedor tenía conocimiento de ellos cuando adquirió la cosa.

El otro supuesto es una verdadera presunción que emerge del hecho de haber adquirido la cosa a persona sospechosa, que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

Fuera de estos casos el reivindicante deberá probar la mala fe de quien resista a la acción fundándose en la norma del art. 2412, aunque queda claro que éste tampoco hallará amparo en dicha norma, si se demuestra que la cosa era robada o perdida.

## **11. Cosas robadas o perdidas.**

Sobre el concepto de cosa robada nos remitimos al art. 2766: "La calidad de cosa robada sólo es aplicable a la sustracción fraudulenta de la cosa ajena, y no a un abuso de confianza, violación de un depósito, ni a ningún acto de engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario". Se comprenden no sólo las cosas objeto de robo tal como lo define el Código Penal sino también a las que fueron materia de hurto, según el mismo ordenamiento.

## **12. Cosas adquiridas a título gratuito.**

Las normas complementarias del art. 2412, refieren al requisito del título oneroso que no surge de dicho precepto pero que está claramente receptado en las disposiciones de este capítulo (arts. 2767 y 2778).

La primera de las normas mencionadas expresa: La acción de reivindicación no es admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiese pagado el valor a la persona a la cual el demandante la había confiado para servirse de ella, para guardarla o para cualquier otro objeto".

Por su parte, el art. 2778, en lo atinente, dice que la acción compete "... contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante".

## **13. Restitución del precio.**

En principio, quien ha sido vencido en la reivindicación de una cosa mueble robada o perdida, no tiene derecho a ser indemnizado por el desembolso efectuado para adquirirla.

Este principio, sin embargo, tiene sus excepciones, en primer lugar, la estudiada del art. 2422, cuando, de no haber mediado la adquisición, el propietario difícilmente la hubiera recuperado.

El art. 2768 privilegia, además, la buena fe de quien ha adquirido la cosa en subasta pública o en casa de comercio donde se venden objetos semejantes, acordándole el derecho de reclamar -al reivindicante- el precio pagado por la cosa. Dice la norma: "La persona que reivindica una cosa mueble robada o perdida, de un tercer poseedor de buena fe, no está obligada a reembolsarle el precio que por ella hubiese pagado, con excepción del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales, en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes".

Pero la persona que haya adquirido una cosa robada o perdida, fuera de los supuestos previstos en la parte final del art. 2768, no puede mejorar su posición al hacerla vender en subasta pública o en un lugar donde se vendan cosas semejantes. Es lo que se desprende del art. 2769.

Las soluciones dadas por estos artículos no impiden las acciones personales entre comprador y vendedor ni el ejercicio de la garantía de evicción.

Además se advertimos que, en el caso del art. 2768, lo que debe reembolsar el reivindicante es el precio pagado y no el valor de la cosa, que puede ser diverso, generalmente superior.

## **14. Reivindicación de inmuebles.**

### **14.1. Introducción.**

Uno de los problemas más arduos con los que se ha enfrentado la doctrina interpretativa, está dado por el alcance reipersecutorio de la acción reivindicatoria en materia inmobiliaria.

En este apartado analizaremos el tema de este trabajo final en profundidad, siendo lo anteriormente dicho de importancia para conocer cabalmente el presente instituto.

La polémica suscitada dentro del sistema del Código de Vélez Sársfield quedó potenciada por la frase final introducida al art. 1051 por la ley 17.711, que no cuidó de armonizar las otras normas implicadas, con lo cual multiplicó las dudas, en vez de disiparlas.

Básicamente se puede decir que confrontan en la realidad socio-jurídica valores igualmente dignos de protección.

Son ellos el derecho de los propietarios, por una parte, y el de los terceros que adquieren de buena fe de quien, no siendo el verdadero propietario, mantiene la apariencia de tal.

### **14.2. El principio.**

Más que de derecho, es un principio de lógica el que preside el sistema que, con origen románico, fue receptado por el Código con gran influencia de la doctrina francesa.

Nos referimos al viejo proloquio: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, traducido en nuestro art. 3270: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

Principio que tiene su aplicación en materia de inmuebles, ya que, a renglón seguido, el Código consagra la más importante de las excepciones en el art. 3271 al excluir al poseedor de cosas muebles, en armonía con lo dispuesto en el art. 2412.

A nuestro juicio, éste es el eje del sistema en materia inmobiliaria y, por tanto, cualquier interpretación que se ensaye no debe perder de vista que el art. 3270 tiene la función

antedicha; de principio y eje sobre el cual se asienta todo el sistema, con múltiples aplicaciones y corolarios.

Baste citar como ejemplos los arts. 2601 y 2603, para el dominio; 1331 y 2680, para el condominio; el 3126, para la hipoteca, etcétera. Otros artículos, como el 3266 y el 3277, son corolarios también del referido principio.

Sin embargo, el Código morigeró las consecuencias de la aplicación general con normas que contemplan la situación del adquirente, influido especialmente por el Esbozo de Freitas como el esquema creado por los arts. 2777 y 2778, los arts. 1046 y 1057, etcétera.

### **13.3. Los supuestos.**

Las pautas principales que toma en cuenta el Código para limitar o conferir el efecto reipersecutorio de acción reivindicatoria son: a) la buena o mala fe de las partes intervinientes en el contrato que tuvo por finalidad la transmisión del derecho de propiedad, y b) la naturaleza onerosa o gratuita de dicho contrato.

a) Cuando la cosa ha sido tomada directamente de manos del propietario reivindicante por el actual poseedor que sufre la reivindicación, la acción es procedente en los dos casos que prevé el Código: 1) el actual poseedor la obtuvo por desposesión (el Código dice despojo) perpetrada contra el reivindicante (art. 2776), y 2) el actual poseedor, aunque fuere de buena fe, la obtuvo del propio reivindicante por acto que resultó nulo o anulado (art. 2778, parte primera). A fortiori procede la acción si el poseedor –en el mismo caso- es de mala fe.

En estos supuestos hay dos sujetos actuantes: el propietario y el actual poseedor. En el primer caso existe desposesión, que generalmente tendrá algunos de los vicios (violencia, clandestinidad o abuso de confianza). En el segundo, el propietario se ha desprendido de la posesión como consecuencia de un acto que es reputado nulo o declarado tal (anulado).

b) Cuando -en cambio- el actual poseedor no ha obtenido la cosa directamente del propietario sino de quien la hubo de éste o luego de sucesivas transmisiones, tendremos por lo menos tres sujetos: 1) el propietario; 2) el adquirente y posterior enajenante, y 3) el subadquirente, poseedor actual.

Se colige la existencia de cuatro supuestos con referencia al elemento subjetivo.

- a) Mala fe del adquirente (enajenante) y subadquirente.
- b) Mala fe del adquirente y buena fe del subadquirente.
- c) Buena fe del adquirente y mala fe del subadquirente.

d) Buena fe de ambos.

Si se tiene en cuenta el título de adquisición, oneroso o gratuito, se duplican los supuestos.

Por otra parte, se puede distinguir en doctrina si la nulidad del acto de adquisición es absoluta o relativa, si el acto es nulo o meramente anulable y si la nulidad es manifiesta o no lo es.

También se ha dado importancia en la materia a la participación o autoría del propietario en el acto reputado nulo o anulado. Es muy distinto que, pese a los vicios que pudiera contener el acto, haya contado con la participación del titular que si éste resultó completamente ajeno a dicho acto, como en el caso de que se haya fraguado una escritura pública por una persona que fingió ser el propietario presentando un documento de identidad falso.

A continuación intentaremos analizar brevemente cada uno de los supuestos deteniéndonos, cuando sea necesario, en las variantes que proporcionan las distintas pautas que hemos mencionado.

A) Poseedor que la obtuvo por desposesión al reivindicante.

Este supuesto se lo prevé en el art. 2776 que dice: "Si la cosa fuere inmueble compete la acción contra el actual poseedor que la hubo por despojo contra el reivindicante".

La palabra "despojo" no está utilizada en el sentido restringido que el Código adopta para la materia posesoria -según nosotros interpretamos- y por ello preferimos hablar de "desposesión".

Todo hecho u acto que, realizado por el poseedor actual, ha tenido como consecuencia la desposesión de manos del propietario reivindicante, está comprendido en la figura que analizamos.

Es claro que si -por hipótesis- el propietario estaba en posesión de la cosa y fue excluido de ella, por cualquier medio, tendrá a su alcance, en principio, los remedios posesorios sin necesidad de ocurrir por la vía de la acción reivindicatoria.

Pero puede ocurrir que estos remedios hayan caducado o prescripto, o que le resulte más simple probar su título que los extremos de la acción posesoria o, simplemente que haya perdido, por cualquier circunstancia, el juicio posesorio.

En tales casos nada impide que utilice la vía petitoria.

b) Poseedor que obtuvo la cosa en virtud de un acto nulo o anulado.

La parte primera del art. 2778 dice: "Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese obtenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado ...".

Acto nulo es el que se considera tal con prescindencia de su declaración judicial cuando ella es manifiesta. El acto anulable, en cambio, se reputa válido mientras no sea anulado y sólo se tiene por nulo a partir de la sentencia que declara la anulación (ver arts. 1038 y 1046).

La norma que comentamos contempla tanto el supuesto del acto nulo como el del acto anulable, una vez producida la declaración, por eso dice anulado.

La solución dada concuerda con la que, en las relaciones entre las partes, se plasma en el Código Civil: "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado" (art. 1050); y "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado"(art. 1052).

En este caso, la acción se confiere al propietario aunque el adquirente sea de buena fe, tanto si la enajenación fue a título oneroso como si lo fue a título gratuito.

El hecho de que puedan acumularse los procesos (nulidad y reivindicación) no impide que se separen intelectualmente las acciones, siendo la obligación de restituirse mutuamente las prestaciones emanadas del otro acto nulo, una consecuencia de la acción de nulidad, de índole declarativa.

c) Mala fe de enajenante y subadquirente. El efecto reipersecutorio se conserva merced a la aplicación del principio general del art. 3270, dado que el art. 1051 no protege al subadquirente de mala fe, cualquiera que sea el título de adquisición.

d) Mala fe del adquirente (enajenante) y buena fe del subadquirente. En este supuesto cabe diferenciar si la adquisición lo es a título oneroso o gratuito.

1) A título oneroso. El caso está resuelto por el art. 2777 en el sentido de dar prévalencia al efecto reipersecutorio, ello sea dicho sin perjuicio de estudiar más tarde la incidencia que la doctrina le asigna a la reforma del art. 1051, operada por la ley 17.711.

El art. 2777 dice: "Compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario".

Naturalmente que si el enajenante tenía la cosa por título que le imponía la obligación de restituir, si en vez de restituirla a su dueño ha transmitido la cosa a un tercero, ha intervertido el título y cometido un abuso de confianza.

A diferencia de lo que ocurre con las cosas muebles, el Código consagra aquí la posibilidad de que la reivindicación prospere contra el tercero que la adquiere de buena

fe, aun cuando la adquisición fuere a título oneroso. El punto, a partir del agregado de la ley 17.711 al art. 1051, ha provocado serias discrepancias.

2) A título gratuito. Cuando la adquisición es a título gratuito, el caso está resuelto en el art. 2778, en el párrafo que dice: "Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete [...], y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo a título gratuito ...". Con mayor razón, el propietario podrá perseguirla cuando el enajenante haya sido de mala fe.

e) Buena fe del primer adquirente y mala fe del subadquirente. Parece improbable que se dé este supuesto, motivo por el cual los autores generalmente no se preocupan por él. Estimamos que se resuelve con lo dicho en el punto c, pues el Código no protege la mala fe del subadquirente.

f) Buena fe de ambos. Alude a la necesaria distinción entre adquisición a título oneroso o gratuito.

1) Título gratuito. El Código resuelve expresamente el caso en el art. 2778, que en su parte pertinente ha sido transcripto. Allí juzgamos que era aplicable a fortiori, aquí es de aplicación estricta.

La reivindicación procede entonces aunque el poseedor sea de buena fe y la hubo de un enajenante de buena fe, si la adquirió a título gratuito.

El subadquirente que obtiene la cosa a título oneroso, si sufre la reivindicación recibe un daño, por eso la ley lo protege en determinadas circunstancias [*damno vitando*]); en cambio, el que la recibe a título gratuito sólo es privado de un lucro (*lucro captando*). Su patrimonio no sufre menoscabo y quedará en las mismas o semejantes condiciones que antes del acto nulo (art. 1050).

2) Título oneroso. Distintas interpretaciones. Esta es la hipótesis que mayores discrepancias ha provocado a la doctrina interpretativa, ya que el Código no la ha tratado en forma explícita.

Antes de la reforma de la ley 17.711, tres corrientes se habían formado, con respecto a la procedencia de la acción, cuando a la buena fe del enajenante se sumaba la buena fe del subadquirente y la transmisión era a título oneroso.

a) Clásica. Partiendo de la aplicación ortodoxa del principio del art. 3270 que como dijimos traduce el "*nemo plus iuris*" y haciendo aplicación de esta norma conjugada con el originario art. 1051 (o sea, sin el agregado de la 17.711), esta concepción considera que el efecto reipersecutorio es la regla, que sólo cede cuando una norma expresa consagra una excepción.

Para esta corriente, los arts. 2777 y 2778, en cuanto reiteran la procedencia del efecto reipersecutorio, que es la regla, sólo brindan algunos ejemplos en los cuales procede la acción, que no son excluyentes de otras hipótesis.

Sin esfuerzo fluye de este razonamiento que el efecto reipersecutorio no se detiene, al no haber norma expresa, ante el adquirente de buena fe que la obtuvo de un enajenante de buena fe, aunque la adquisición se haya efectuado a título oneroso.

b) Interpretación "a contrario sensu". Según otra interpretación, el Código, al contemplar las hipótesis de los arts. 2777 y 2778 otorgándole la acción al reivindicante contra el subadquirente a título oneroso del enajenante de mala fe, implícitamente está negándola cuando el enajenante también es de buena fe.

Igualmente cuando sumada la buena fe de ambos acuerda el efecto cuando la transmisión es a título gratuito, implícitamente la está negando cuando la adquisición es a título oneroso.

Se objeta que la interpretación a contrario sensu sólo procede cuando conlleva la vuelta al principio o, en otras palabras, sentado el principio, si la norma contempla una situación especial o excepcional, quiere decir que excluye las demás, las cuales caen bajo el amparo de la norma general. Pero la fuerza de esta interpretación reside principalmente en que los arts. 2777 y 2778 no tendrían razón de ser, dado que la reivindicación procedería siempre, con lo cual se llega a una interpretación absurda.

Además, se ha argumentado que Vélez Sársfield se apartó conscientemente de su modelo, el Esbogo de Freitas, que en su art. 3882, inc. I, consagra expresamente que no procede contra el poseedor de buena fe que la hubo de un enajenante de buena fe a título oneroso, replicándose que al codificador le ha parecido sobreabundante la norma ante lo que disponen los arts. 2777 y 2778, en los cuales la misma conclusión está implícita<sup>18</sup>.

Sin embargo, creemos que este argumento incurre en petición de principio, pues da por supuesto lo que, a la vez, se propone demostrar. No carece de valor, sin embargo, como explicación de la deliberada omisión del Código.

c) Interpretación taxativa. Según esta posición, la enumeración que el Código hace en los arts. 2775 al 2779 es taxativa, de modo tal que en los casos no enumerados la acción reivindicatoria no procede.

---

<sup>18</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de derechos reales, t. III, p. 203. Ed. Zavalia. Buenos Aires. 2004.

En apoyo de esta posición se trae el art. 2779 que comienza diciendo: "En los casos en que según los artículos anteriores, corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor ...", lo que significaría que ella procede solamente en esos casos.

De este modo se llega al mismo resultado, pero no por vía del argumento a contrario sensu, sino por vía de considerar los supuestos que el Código enumera como los únicos que admiten el efecto reipersecutorio excluyendo los demás.

La interpretación propiciada por esta corriente tiene la desventaja de que deja sin efectos reipersecutorios a las situaciones no previstas con lo que, en cierto modo, invierte los principios, pudiendo quedar el propietario desprotegido en algunas situaciones.

No olvidemos en tal sentido, respecto de la propiedad, el carácter perpetuo que le atribuye el art. 2510 y la llamada "elasticidad del dominio", que no sería congruente con una protección taxativa sólo para los supuestos contemplados en la ley. Por otra parte, el Código, en algunas situaciones, se pronuncia negando la acción (art. 2773).

## **15. El esquema del código.**

A pesar de que en la época de sanción del Código, la doctrina sobre la apariencia jurídica y las nociones sobre la seguridad estática y la seguridad dinámica no estaban suficientemente decantadas, Vélez Sársfield, con la inspiración de Freitas, receptó ambos valores.

Uno, que lleva la impronta clásica, fue erigido como principio por el codificador, y nosotros hemos considerado que es el eje del sistema (art. 3270); el otro no tiene una expresión tan clara, pero tiene recepción en diversas normas que sirven de muro de contención contra los posibles desbordes del efecto reipersecutorio, cuando así lo exige la seguridad dinámica.

En este camino, lo que corresponde es interpretar cada artículo en su contexto y armonizar las normas que ora contemplan uno de los valores señalados, ora protegen el otro, sin descuidar la influencia que, en función de la apariencia que genera el registro, destaca la oponibilidad de algunos actos para negárselos a otros.

Así, no hay óbice para que la interpretación a contrario prospere si se tiene en cuenta que son dos los principios, dos los valores que el Código tiende a proteger. Por ello, en el caso del art. 2777, al consagrar la eficacia de la reipersecución contra el adquirente de buena fe, que adquiere la cosa a título oneroso, de un enajenante de mala fe, la está negando implícitamente cuando el enajenante es de buena fe, pues de lo contrario el Código hubiera empleado otra fórmula o no hubiera efectuado aclaración alguna, por

ejemplo, "sea el enajenante de buena o mala fe" o "aunque el enajenante fuera de buena fe", como dice el art. 2778.

## **16. Nulidad y reivindicación. El artículo 1051 y su reforma.**

Al estudiar el art. 1051 en su redacción original, tanto como en su texto reformado, no se debe perder de vista su ubicación y el carácter de norma general que tiene, en orden a regular el efecto de las nulidades. El art. 1050 regula los efectos de la nulidad, entre las partes intervinientes en el acto anulado, estableciendo que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado.

Naturalmente, entre la celebración del acto y la declaración de nulidad o su anulación, pudo transcurrir un lapso en el que las partes pudieron disponer de las cosas que habían sido objeto del contrato, constituir derechos reales o comprometerlas con derechos personales en favor de terceros.

El art. 1051, en este contexto, tiende a resolver el problema que se genera cuando una persona que ha llegado a ser propietaria de un bien, en virtud de un acto que luego se declara anulado, ha efectuado actos de disposición del bien, estableciendo hasta qué punto los terceros pueden ser afectados.

Originariamente la norma expresaba: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual".

Esta norma guardaba correlación con el art. 599: "Si la cosa fuere inmueble, el acreedor tendrá acción real contra terceros que sobre ella hubiesen aparentemente adquirido derechos reales, o que la tuvieren en posesión por cualquier contrato hecho con el deudor". Compárese con el art. 597, que niega este derecho para las cosas muebles, cuando la cosa no es robada o perdida y el tercero es de buena fe.

Mucho ha debatido la doctrina sobre la interpretación del art. 1051, con la reforma del año 1968, que añadió la frase: "salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable". Independientemente de las intenciones del reformador, debemos tener en cuenta que, cuando se dejan a salvo derechos no se crean derechos ni se modifican los existentes y, por lo tanto, la interpretación no debe perder de vista este aspecto.

Se ha criticado la reforma por no armonizar debidamente las normas incorporadas con las existentes, que son incompatibles o resultan afectadas por las que se introdujeron con la reforma.

Borda, defendiendo la técnica de la ley 17.711, sancionada cuando él se desempeñaba como ministro del Interior, sostiene que la nueva norma deroga -por principio- a la anterior. Esto es cierto cuando se sancionan leyes que en su articulado se oponen a otras leyes anteriores que legislan sobre el mismo supuesto, pero, como bien lo dice Llambías, no puede aplicarse a la reforma de un cuerpo orgánico, como es un Código, donde cada artículo tiene igual valor que los demás.

Estamos de acuerdo con esta última posición pues, de lo contrario, el estudio de un código exigiría permanentemente determinar la fecha de vigencia de cada artículo, siendo que la nueva ley se incorpora orgánica y sistemáticamente al cuerpo legal. Siempre hemos sostenido que, pese a que la Comisión que elaboró el proyecto de reforma fue integrada por eminentes juristas, la reforma adolece de serias fallas técnicas, entre las cuales se destaca la señalada falta de armonización del resto del articulado<sup>19</sup>.

Pero, en el caso, entendemos que el agregado al art. 1051, deja intactos los art. 2777 y 2778 pues, lejos de modificarlos o alterarlos, se remite a ellos y aclara -en su parte final- que estos derechos quedan a salvo sea el acto nulo o anulable.

Entre los derechos dejados a salvo se encuentra también el del art. 1057, para los casos en que no puedan demandarse los efectos de la nulidad, o en otras palabras cuando respecto de ellos se detiene el efecto reipersecutorio. Dice así: "En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses".

Se ajusta el sistema con la facultad que la ley da al reivindicante de optar por la acción indemnizatoria que acuerda el art. 2779. O sea que el art. 1057 acuerda la indemnización como acción principal cuando no es posible ejercer contra terceros la reipersecución, mientras que el art. 2779 otorga la facultad de optar por ésta como acción subsidiaria (dice el Código) cesando en este caso el derecho a reivindicar.

En realidad no se trata de una acción subsidiaria sino alternativa. El art. 2779 dice: "En los casos en que según los artículos anteriores, corresponde la acción de reivindicación

---

<sup>19</sup> LAQUIS, Estudio de la interpretación al art. 1051 "in fine", en relación con la acción reivindicatoria (arts. 2777 y 2778 del Código Civil), LL, 1986-E-1035.

contra el nuevo poseedor, queda al arbitrio del reivindicante intentarla directamente, o intentar una acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos, por indemnización del daño causado por la enajenación; y si obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa".

Dice Boffi Boggero, interpretando la reforma al art. 1051: "Ahora bien, la nueva norma del art. 1051 es una excepción del art. 3270 y de sus normas afines, mas constituye una norma general frente a las específicas de los arts. 2777, 2778 y concordantes, sobre todo si se piensa que la procedencia de la reivindicación se vincula estrechamente con la anulación del acto jurídico que indebidamente transfirió el derecho. Las citadas normas particulares no pueden considerarse tácitamente derogadas por una norma general posterior, fenómeno que ha acontecido con varias disposiciones del Código afectadas en 1968. Por tales motivos, en lo que les es específico, los arts. 2777 y 2778 y afines seguirán rigiendo sin modificación"<sup>20</sup>.

Además se debe tener en cuenta -como lo destaca el autor- que la reforma no ha modificado los artículos específicos que se refieren al pago indebido. Cuando se ha dado una cosa inmueble en pago de una deuda inexistente y el que la recibió la ha enajenado a título oneroso o gratuito, el que dio la cosa la puede reivindicar del tercero que la recibió de buena fe.

Estos artículos deben prevalecer por su especificidad, frente a la norma del art. 1051 que hemos juzgado genérica y, en el último agregado de la reforma, de remisión, como un período aclaratorio.

## **17. Efectos de los actos nulos y anulables.**

De discutible acierto se puede considerar la reforma en cuanto, en la parte final del artículo, aclara que la norma se refiere tanto a los actos nulos como a los anulables. Creemos ciertamente que existe un error, pero éste es de política legislativa.

Ello así, pues es muy distinta la situación de quien contrató con una persona que tenía un título que se entiende válido hasta que no se declare su anulación (art. 1046), más aún si la nulidad es relativa, con la situación de quien aparece como propietario en virtud de un acto nulo que, por ser tal, no necesita declaración, con mayor razón si la nulidad es absoluta y puede ser decretada de oficio por el juez (art. 1047).

Pero, por disvaliosa que sea, ésa es la solución consagrada por la ley.

---

<sup>20</sup> BOFFI BOGGERO, LUIS, Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973 , t. 1, p. 774.

Capítulo aparte merece la nulidad cuando ella es manifiesta. Creemos que si la nulidad es absoluta y manifiesta, la transmisión no puede estar protegida en ningún caso, pues el adquirente o subadquirente jamás podrían alegar buena fe (arts. 2356, 4006, 4009 y 4012).

### **18. Acto no emanado del propietario.**

Se trata del caso de una enajenación que se ha hecho sin participación alguna del propietario. En el supuesto de que una persona, fingiéndose el propietario de una finca, se presenta ante el escribano y, previo el pedido del certificado correspondiente, procede a labrar una escritura pública en la que transfiere a un tercero el inmueble. A fin de acreditar su identidad presenta documentos falsos o se vale de un ardid semejante.

Quienes estiman que aun en este caso el efecto reipersecutorio se detiene ante el subadquirente de buena fe, están dando al reformado art. 1051 un alcance exorbitante, que la reforma no pretendió ni pudo consagrar.

Implica también sacarlo fuera del contexto donde se encuentran definidas las distintas clases de nulidades (en sentido genérico); desde el art. 1040, que exige la capacidad de cambiar el estado de su derecho; la del art. 1041, que califica de nulos los actos otorgados por las personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria; el art. 1042, que se refiere a los actos otorgados por los que tienen una incapacidad relativa o que dependen de autorización del juez, o de un representante necesario; el art. 1043 que se refiere a las incapacidades de derecho, y los arts. 1044 y 1045 que contienen un catálogo que, aunque desordenado y mezclado con hipótesis de ineficacia, es suficientemente ilustrativo de las causales de nulidad y anulabilidad, pero en ningún caso se comprende al acto realizado por una persona, en falsedad total, sin participación, sin conocimiento y sin autorización del verdadero propietario. Evitando acudir a la calificación del acto como inexistente, compartimos la opinión de Highton y Nabar, quienes consideran que el acto no emanado del propietario no puede estar comprendido en el art. 1051. Es decisivo el argumento de las autoras citadas, en cuanto la admisión de la protección del subadquirente, en el caso en que el acto no emane del propietario, conduciría al absurdo de entender que donde rige el art. 3270 (inmuebles) la protección de los terceros de buena fe sería más amplia que donde rige el 3271 (que exceptúa el principio para los muebles), porque siempre transmitiría el dominio de inmediato<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> HIGHTON - NABAR, La teoría de la apariencia, el artículo 1051 del Código Civil y el justo título para la usucapión breve, LL, 1986-C-768.

Por otra parte, estaría demás todo el sistema de la prescripción breve, pues bastaría aducir la adquisición de buena fe para resultar propietario, siempre que se alegue por el subadquirente a título oneroso.

Precisamente, el justo título ampara al adquirente a non domino, pero éste tiene que cumplir con el requisito del tiempo para prescribir.

El propietario cuyo bien se enajena por otro, sin su conocimiento, quedaría tan desguarnecido ante esta especie de expropiación ope legis que ni siquiera tendría la probabilidad de la indemnización. La seguridad dinámica habría avanzado tanto sobre la estática hasta -prácticamente- hacerla desaparecer. Nadie dormiría tranquilo en su casa propia pensando que, en ese momento, un falsario podría estar enajenándola y que después sólo le quedaría una acción indemnizatoria, que bien puede resultar ilusoria por insolvencia.

Musto<sup>22</sup> coincide con los dictámenes elaborados en Rosario en 1971, V Jornadas de Derecho Civil, en las Quintas Jornadas Sanrafaelinas y en las Terceras Jornadas Rioplatenses que concluyeron: "Están excluidos de la protección del art. 1051 del Cód. Civil aquellos supuestos en los cuales no exista título que emane del verdadero propietario". La jurisprudencia se inclina también en este sentido<sup>23</sup>.

## **19. Registro y buena fe.**

Hemos dicho que el Registro de la Propiedad Inmueble, conforme a las disposiciones de la ley que lo organiza, no tiene carácter constitutivo y que, en nuestro derecho, la inscripción no valida los títulos (art. 4o, ley 17.801).

Según la doctrina mayoritaria, la ley no consagra el principio de la plena fe del registro.

El interrogante que se formula es el siguiente: ¿es suficiente para acreditar la buena fe del adquirente demostrar que se ha obrado de acuerdo con las constancias del registro?

Juegan aquí el principio de la oponibilidad a terceros de los actos inscriptos en el registro y viceversa, la inoponibilidad de los que no lo están.

Si una persona que ha sido propietario perfecto de un inmueble ha dejado de serlo por un acto de transmisión que no resultó inscripto en el registro, vuelve a enajenar el inmueble, el subadquirente, que contrata fiado en las constancias del registro, será de buena fe, ya que la anterior transmisión operada no le es oponible.

---

<sup>22</sup> MUSTO, Néstor Jorge. Derechos Reales. Tomo II. Ed. Astrea. Buenos Aires 2000.

<sup>23</sup> CNCiv, Sala F, 27/8/79, LL, 1980- D-295; id., Sala G, 10/5/84, JA, 1985-1-378, con nota de Highton, Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil; SCBA, 17/11/92, LL, 1993-B-365

Sin embargo, si un propietario aparente, que figura inscripto en el registro como tal, transfiere el inmueble a un tercero, la simple constatación que se haga en el registro sobre la titularidad, no basta para asegurar la buena fe.

Es necesario, según algunos autores, que se adopten todas las medidas necesarias que lleven a la convicción de que el enajenante es el verdadero dueño, de acuerdo a los antecedentes del título. Es lo que se llama el "estudio de títulos", que generalmente realizan los escribanos.

La buena fe del subadquirente, a los fines del art. 1051, no es la simple buena fe-creencia que se exige para la prescripción breve, de acuerdo con el art. 4006, sino que será necesario además que la convicción sea el resultado de un obrar diligente, prudente, cuidadoso y previsor, conforme a la doctrina de los arts. 512, 902 y 1198 del Cód. Civil<sup>24</sup>.

En este aspecto ha dicho Guastavino que: "No cabe seguir en relación al art. 1051, cierta jurisprudencia que en materia de usucapión breve, considera que la presunción de buena fe surgida del justo título no se destruye por el hecho de haber omitido el adquirente examinar los títulos del enajenante. La buena fe, requerida en el subadquirente, a los fines del art. 1051, se valbra con criterios comparativamente más severos por las condiciones en que opera y por las consecuencias que entraña. El transcurso del tiempo no se necesita para consolidar las situaciones viciadas en el art. 1051, mientras que sí cumple una función consolidatoria en la prescripción adquisitiva y ello explica la apreciación más rigurosa de la buena fe en el primer caso". La claridad del fundamento dado nos exime de otro comentario y justifica su transcripción<sup>25</sup>.

## **20. El juicio de reivindicación**

### **20.1. Principios generales.**

El proceso de la reivindicación requiere un conocimiento pleno del juez y, por tanto, debe tener amplitud en la defensa y en la actividad probatoria.

Las leyes procesales actúan esta garantía mediante el llamado "juicio ordinario".

Ello es así porque la sentencia que en dicho juicio recae tendrá la fuerza de la cosa juzgada, una vez precluidas o agotadas todas las instancias.

---

<sup>24</sup> V Jornadas Sanrafaelinas de 1978, citadas por Laquis, Estudio de la interpretación del artículo 1051 "infine", LL, 1985-E-730.

<sup>25</sup> GUASTAVINO Elias P. , La protección a terceros adquirentes de inmuebles, JA doctrina 1973-93.

En principio, la sentencia es de condena, pues el proceso tiene la finalidad, en el caso de prosperar la demanda, de que la cosa se restituya a su verdadero dueño.

La sentencia puede tener como accesoria la condena a indemnizar todos los daños y perjuicios, si los hubiera, o esta indemnización puede reclamarse como alternativa de la reivindicación; en tal caso comprenderá la indemnización sustitutiva del valor de la cosa y sus accesorios, y los daños y perjuicios derivados de la desposesión.

En cuanto al reembolso de los frutos percibidos, la indemnización de las mejoras hechas por el poseedor, los daños sufridos por la cosa, etc., ya han sido estudiados al exponer los efectos de la posesión.

## **20.2. Medidas cautelares.**

Dado que la reivindicación versa sobre una cosa cierta y determinada que, según sea mueble o inmueble, puede correr peligro de destruirse, deteriorarse, ser enajenada o gravada, etc., tanto el Código de fondo como los códigos procesales autorizan medidas cautelares, destinadas a procurar que el derecho del reivindicante no se torne ilusorio.

Sintéticamente, ya que el estudio de estas medidas corresponde al derecho procesal, enunciaremos las principales.

A) anotación de litis. Esta medida tiene su origen en las anotaciones preventivas que se efectuaban en los registros y su finalidad es la publicidad y oponibilidad de la situación litigiosa en que se encuentra la cosa, para conocimiento de los terceros que eventualmente se apresten a contratar sobre ella.

Dice Podetti, actualizado por Guerrero Leconte, que "la anotación de litis es una medida de seguridad a favor de quien la obtiene, precisamente por la publicidad que implica. No impide la transferencia del bien afectado por ella, pero el adquirente será informado por el escribano de la existencia de la anotación y podrá enterarse de la naturaleza y estado del pleito, no pudiendo en consecuencia ampararse en la presunción de buena fe si quien pidió la medida triunfa en el proceso"<sup>26</sup>.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los que siguen este modelo, continúan vinculando la anotación de litis con el registro (art. 229), admitiéndola cuando la pretensión deducida pudiese tener, como consecuencia, la modificación de una inscripción en el registro correspondiente y el derecho fuere verosímil. La palabra "modificación" está empleada en sentido muy amplio y comprende toda mutación de los asientos registrales.

---

<sup>26</sup> PODETTI, J. Ramiro Tratado de las medidas cautelares, Bs. As., EDIAR, 1956, p. 354.

La verosimilitud del derecho se exige -en principio para la procedencia de todas las medidas cautelares.

b) Embargo preventivo. El Código Procesal nacional prevé en su art. 210, inc. 4o, expresamente esta medida para la acción reivindicatoria.

c) medida preliminar (cosa mueble). Antes de iniciar el juicio, o en cualquier estado de éste, las partes pueden pedir, en el primer caso como medida preliminar, que se exhiba la cosa mueble que se pretenda por acción real (art. 323, inc. 2o, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

Decimos también que en cualquier estado del juicio puede pedirse su depósito o la constatación del estado, a los fines de preservar el resultado del juicio.

Más que una medida cautelar, se trata en el caso de una medida preparatoria del juicio, que tiene por finalidad esencial la individualización precisa de la cosa mueble, pero es útil también para asegurar su existencia, el lugar y el estado en que se encuentra, a fin de que no se promueva vanamente la acción.

d) Secuestro (cosa mueble). El embargo preventivo puede resultar insuficiente para asegurar la preservación de la cosa.

El Código Civil establece una directiva de carácter procesal en el art. 2786, al disponer: "Si la cosa sobre que versa la reivindicación fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado".

Entendemos que es facultad del juez, a pedido de la parte demandada, sustituir la medida del secuestro por la seguridad suficiente, que la norma establece como alternativa.

A su vez, el art. 221 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación establece: "Procederá el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, cuando el embargo no asegurare por sí solo el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva". Por último añade: "El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga; fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable".

Creemos que la disposición procesal, en lo que a reivindicación se refiere, peca por exceso y por defecto: lo primero porque exige prueba instrumental, algo que no prevé la

ley de fondo como indispensable para acordar la medida; lo segundo, porque no establece un requisito que sí exige el art. 2786 si hubiese: "motivos para temer que se pierda o deteriore [la cosa] en manos del poseedor".

e) Medida genérica. El art. 2788 contempla la posibilidad de decretar una medida que impida al poseedor el deterioro de la cosa, sea mueble o inmueble, mientras se sustancia el juicio.

### **20.3. Distintas pretensiones.**

Además de la acción (rectius, pretensión) principal, cuyo objeto es la restitución de la cosa al verdadero propietario, el Código prevé otras pretensiones que pueden actuar como accesorias, alternativas (u opcionales) y subsidiarias.

Elementalmente podemos decir que, del mismo modo que al tratar del incumplimiento en las obligaciones con garantía hipotecaria, dijimos que podía haber una indemnización sustitutiva o subrogatoria de la prestación y otra accesorio por los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento oportuno; en materia de reivindicación, cuando lo que se reclama es precisamente la restitución de una cosa, si ésta no puede ser reintegrada in natura, por muerte,

desaparición o destrucción, procederá la indemnización sustitutiva; otro tanto ocurre cuando el reivindicante opta por la pretensión indemnizatoria o cuando la cosa está en poder de un tercero contra quien no es ejercitable el ius perseguendi.

Pero, tanto si la cosa es restituida como si se dan las otras variantes enunciadas, el propietario de la cosa, triunfante en la reivindicación, tiene derecho a una indemnización accesorio por los daños y perjuicios que le haya producido la privación de su uso y goce. Ello sea dicho sin perjuicio de las disposiciones que hemos examinado, al tratar de los efectos de la posesión mediando una acción de reivindicación triunfante .

a) Pretensión accesorio. Al caracterizar la acción de reivindicación, el Código expresa que es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de las cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquel que se encuentre en posesión de ella. Antes -sin embargo- al tratar genéricamente de las acciones reales, había añadido a esta pretensión principal "el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado" (art. 2756).

b) Pretensiones subsidiarias. Hemos expresado ya que la reivindicación puede encontrar obstáculo al cumplimiento de su finalidad primordial, que es la restitución de la cosa al

verus domino. Este obstáculo puede ser natural o jurídico. Por ejemplo, la destrucción de la cosa, la adquisición por persona ante quien se detiene el efecto reipersecutorio.

El art. 1057 del Cód. Civil regula genéricamente los efectos de las nulidades al disponer: "En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses".

Interpretado este artículo en correlación con el art. 1051 y según el alcance que hemos asignado a los arts. 2777 y 2778, queda claro que en los casos en que el efecto reipersecutorio se detiene, quedan a salvo las acciones contra quienes resulten autores responsables de los actos viciosos que provocaron la desposesión, o el desprendimiento de la posesión por parte del propietario de la cosa.

c) Casos de "ficto possessor". Existen dos casos en que se considera que la acción real prospera, pero, al no ser posible condenar a la restitución de la cosa, el efecto de la pretensión se resuelve en una indemnización del perjuicio causado al reivindicante. Tales son los previstos en los arts. 2784 y 2785, llamados tradicionalmente por la doctrina ficta possessio, cuyos antecedentes se remontan al derecho romano.

Dicen Garrido y Andorno que el propietario puede reivindicar contra aquel que litis se obtulit, es decir, que sostiene el pleito como si poseyera, mientras que en realidad no posee, y contra aquel que ha dejado de poseer con el objeto de hacer más difícil la reivindicación; y agregan: "En los dos casos de posesión ficticia el demandado que no puede restituir la cosa reivindicada, es condenado a pagar su valor (litis aestimatio)", y como esta condenación se pronuncia para castigar su dolo, no adquiere la cosa reivindicada..."<sup>27</sup>.

En el primer caso, el antiguo dueño de la cosa puede aun perseguirla en manos del verdadero poseedor y, si la recuperara de éste, los daños serán las costas y gastos del juicio, además de los irrogados por la privación del uso y goce de la cosa, durante el tiempo perdido en el litigio con quien no era verdadero legitimado pasivo en la pretensión.

Si la cosa se ha perdido en ese tiempo o si es imposible de ser recuperada o perseguida en manos de quien la adquirió, la indemnización comprenderá su valor y los demás daños y perjuicios.

d) Pretensión alternativa. A pesar de que el Código le llama "acción subsidiaria" preferimos llamarle "alternativa" u "opcional", puesto que, en todos los casos en que procede la acción reivindicatoria, el art. 2779 le confiere al reivindicante la facultad de

---

<sup>27</sup> Garrido Roque y Andorno Luis. Código Civil anotado. Libro III: Derechos reales, t. III, p. 97.

intentarla directamente o de ejercitar a su arbitrio contra el enajenante o sus herederos una acción subsidiaria por indemnización del daño causado por la enajenación.

Se colige de la redacción del artículo que la norma se coloca en el supuesto en el que la cosa ha salido de manos del reivindicado originario y no en los casos de los arts. 2775 y 2776, en los cuales -por hipótesis- la cosa permanece en poder de quien la hubo directamente del propietario por acto ilícito o, en el primer supuesto del art. 2778, para quien la obtuvo por acto nulo o anulable. Concluye diciendo el artículo que "... si obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa". Mientras la indemnización obtenida no sea completa, el accionante puede volver sobre la acción originaria.

#### **20.4. Carga de la prueba.**

En la reivindicación rige el principio general según el cual la carga de la prueba incumbe al actor. Se sigue de ello que, mientras el reivindicante no pruebe su derecho, la cosa permanecerá en poder del poseedor.

Tratándose de un juicio petitorio, donde lo que se debate es el derecho, la prueba fundamental estará dada por el título o sea la causa-fuente del derecho. En cuanto al fondo, deberá ser una adquisición efectuada por compra, donación, permuta, entre los supuestos de traslación, o declarativa como la partición, transacción, etcétera. En cuanto a la forma, deben cumplirse los requisitos de escritura pública o los del acto judicial correspondiente.

De lo expuesto se desprende que la existencia y prueba del título, en el juicio petitorio constituye la clave fundamental, y su aporte es decisivo en la solución del litigio.

#### **20.5. Distintos supuestos.**

Si el reivindicante no presenta título alguno, no podrá vencer en la contienda aunque el poseedor tampoco lo esgrima, menos aún si el poseedor, además de la posesión que ostenta, acredita con título su derecho a poseer.

Por ello, los supuestos que el Código contempla son los siguientes:

- a) El actor presenta título, el poseedor demandado no lo presenta: 1) el título presentado por el actor es de fecha posterior a la posesión de la demandada, y 2) el título presentado por el actor es anterior a la posesión de la parte demandada.
- b) Tanto el actor como el poseedor presentan títulos.

Se distingue: 1) si ambos títulos son emanados del mismo autor (antecesor en el derecho), y 2) si los títulos emanan de diferentes personas.

a) El título presentado por el actor es de fecha posterior a la posesión del demandado. Este supuesto está contemplado específicamente por el art. 2789 que expresa: "Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda".

La doctrina interpretativa es coincidente en señalar que la fuente de este artículo es la obra de Pothier, quien no niega en forma absoluta la procedencia de la acción cuando el título es posterior a la posesión, siempre que, de los antecedentes inmediatos, se desprenda que el enajenante, de quien emana el título, resultaba ser el efectivo dueño de la cosa.

En otras palabras, si es un principio consagrado por el Código que el dominio sólo se adquiere por título y modo, quien prueba el primero de los extremos solamente no puede triunfar en su pretensión vindicatoria, a menos que demuestre que su autor, o sea la persona de quien emana su título, ostentaba el dominio con título y posesión.

Se discrepa, en cambio, en base al estudio de la fuente indicada, si la investigación puede dirigirse también a los antecesores del enajenante, en el caso de que éste tampoco pueda demostrar la posesión, o si la fuerza de este elemento sólo puede ser dada por el autor inmediato, de acuerdo con la expresión del antecedente francés.

De sostenerse la primera tesis, la investigación podría prolongarse indefinidamente hasta desembocar en lo que los antiguos denominaban diabólica probatio. Adviértase aun que -en todo caso- el reivindicante que no ha sido poseedor debe acreditar entonces la posesión en algún antecedente, lo que será más dificultoso cuanto más antiguo es dicho antecedente. A su vez, el poseedor, aunque no presente título puede, reuniendo los extremos necesarios, alegar

la accesión de posesiones y oponer la usucapión como defensa (art. 24, ley 14.159).

La segunda tesis, aunque parece más rigurosa, está de acuerdo con el sistema del Código que exige, para la adquisición, la reunión del título y el modo.

Pero, como bien ha señalado Salvat, esta doctrina está limitada en un doble sentido: 1) por la posibilidad de reivindicar la cosa antes de la tradición, admitida por la doctrina y jurisprudencia (hoy mayoritaria), y 2) por la interpretación dada a los arts. 2790 a 2792, que estudiaremos seguidamente<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> SALVAT - ARGANARÁS, Tratado. Derechos reales, t. III, p. 713.

b) Título anterior a la posesión del demandado. En lo que atañe a este supuesto, el art. 2790 dice claramente: "Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica".

La norma crea una presunción que, de acuerdo a una interpretación literal, parece favorecer sólo al autor inmediato, tesis que defiende Salvat, en armonía con su posición negativa sobre la posibilidad de reivindicar por parte del adquirente a quien no se le ha efectuado la tradición de la cosa.

Hemos llegado a la misma conclusión, pero por disímiles fundamentos. En efecto, si la presunción que sienta el art. 2790 es -como lo sostiene la doctrina- de naturaleza *iuris tantum* y si ello implica privilegiar a una de las partes, asignando a la otra la carga probatoria, esta situación privilegiada no puede extenderse más allá de lo expresado por la norma que establece la presunción.

Ello quiere decir, simplemente, que el Código no impide alegar y probar antecedentes en la propiedad que se remontan más allá del transmitente inmediato, pero tal caso no está favorecido con la presunción y, en tal supuesto -como se sostiene en acápite anterior-, deberá probar contundentemente la posesión de esos antecesores.

Con mayor razón, la limitación se impone cuando se sostiene que la presunción es de *iure* por las razones que imponen este tipo de presunciones y porque, de sostenerse la tesis amplia, le hubiera bastado al codificador expresar que triunfa en la reivindicación quien presenta el título más antiguo, pues él haría presumir la posesión<sup>29</sup>.

c) Ambos contendedores presentan títulos emanados de la misma persona. En este supuesto se advierte la prioridad que el Código da a la posesión para resolver el conflicto reivindicatorio.

Así, el art. 2791 dice: "Cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la acción, presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona, el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad que se reivindica, se reputa ser el propietario".

Y ello es así porque quien es propietario sólo puede desprenderse una sola vez de su derecho (por ser exclusivo) y siendo la tradición el modo constitutivo, cualquiera que sea la fecha de los contratos que tenían por finalidad la transmisión del dominio, sólo lo

---

<sup>29</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de derechos reales, t. III, p. 203. Ed. Zavalia. Buenos Aires. 2004., t. III, p. 217; AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz A.. Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros: acciones reales y publicidad de los derechos reales.-- Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979, p. 88.

pudo adquirir aquel a quien primero se le hizo la tradición de la cosa, aunque después haya perdido la posesión por otra circunstancia.

Pero la doctrina está de acuerdo en condicionar esta solución a la existencia de buena fe, en el momento de adquirir la posesión, cuando el título del adquirente es posterior o más reciente.

Ello así por aplicación del art. 3269 que estatuye: "Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligación de transmitirles sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesión de la cosa, es preferida en la ejecución del contrato a las otras, aunque su título sea más reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fue entregada".

Se entiende también que la posesión debe haber sido obtenida por la tradición de la persona de quien emanan los títulos, no pudiendo prevalecer la del poseedor que la obtuvo unilateralmente. Ello se infiere de la frase "el primero que ha sido puesto en posesión" inserta en el art. 2791<sup>30</sup>.

d) Los títulos presentados por ambos litigantes emanan de distintas personas. La contienda petitoria debe dirimirse en primer lugar en el estricto ámbito de los derechos. Por ello, cuando los títulos de los actuales contendientes emanan de distintas personas, es obvio que la calidad de ellos dependerá de los antecedentes en el dominio que puedan acreditar los enajenantes y sus antecesores. Naturalmente que, si se demuestra que uno de los títulos es genuino y el otro titular no logra acreditar una cadena de transmisiones a partir de un indiscutido propietario, triunfará la pretensión del primero. La norma del art. 2792 sólo da prelación al poseedor cuando de la prueba aportada no surja acabadamente quién es el verdadero propietario, de acuerdo con dichos antecedentes. En efecto, dice: "Cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión".

Como se advierte, la calidad de poseedor tiene incidencia supletoria respecto de la prueba de la propiedad.

La solución, que está de acuerdo con la tesis de los sabinianos que prevaleció en Roma (ver nota al art. 2792), es congruente también con las reglas sobre la carga de la prueba. En suma, si el reivindicante no prueba tener mejor título que el reivindicado, triunfará éste que, por hipótesis, tenía la posesión. Si bien de las palabras de la ley pareciera desprenderse que se trata sólo de una presunción, dado que en el momento de aplicarse

---

<sup>30</sup> AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz A.. Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros : acciones reales y publicidad de los derechos reales.-- Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979, p. 90.

se habrán agotado las etapas probatorias en cuanto a la calidad de propietario del autor, la determinación del poseedor será decisiva. La sentencia recaída hará cosa juzgada entre las partes. El juicio petitorio termina el debate sobre la calidad de propietario sin que pueda reproducírsele, salvo dolo o fraude en el pronunciamiento.

La solución del Código apunta a evitar un non liquet (la cosa no está clara) allí donde la paridad de las pruebas podría conducir a una duda respecto de la titularidad de la propiedad. En nuestro derecho el juez no puede dejar de pronunciarse (art. 15, Cód. Civil)

## **20.6. Estado reivindicante.**

Los principios anteriormente expuestos, respecto de la presentación del título por el reivindicante, sufren excepción cuando se trata de un juicio promovido por el Estado nacional o por los Estados provinciales.

Se acuerda esta excepción porque, siendo propietarios originarios de los inmuebles que no tienen dueño, puede acontecer que no estén en condiciones de exhibir título derivado, precisamente por tenerlo en origen.

Ya hemos expresado que los bienes inmuebles no pueden revestir la calidad de res nullius. No hay propiedad vacua en materia de inmuebles de modo que, el que no tiene otro propietario, pertenece al Estado que, en tales casos, no siempre podrá exhibir un título de adquisición que no sea el que emerge de la ley.

## **20.7. La sentencia en el juicio de reivindicación. -**

Al analizar el concepto legal de las acciones reales, recalcamos que el objeto principal de la pretensión es la restitución de la cosa al verdadero propietario, por lo cual dicha pretensión no es la de obtener una sentencia meramente declarativa sino de condena.

Por aplicación del principio de congruencia, entendido como la necesaria correlación de la sentencia con las pretensiones de las partes en el proceso, naturalmente que la sentencia que acoja la pretensión contenida en la demanda deberá, además de declarar la certeza del derecho, cuando es desconocido por el demandado, condenar a restituir la cosa.

El art. 2793 contiene una norma específica para las cosas muebles estableciendo que, cuando la cosa reivindicada está en manos del demandado, tiene que devolverla en el lugar en que ella se encuentre, pero agrega: "... si después de la demanda la hubiese transportado a otro lugar más lejano, debe ponerla en el lugar en que estaba".

Es un principio general que se debe mantener la situación al momento de la traba de la litis. La norma hace aplicación del principio obligando al perdidoso a volver las cosas a su lugar cuando hubiera empeorado o dificultado la devolución llevando la cosa "a otro lugar más lejano".

En materia de inmuebles el art. 2794 ha dado lugar a diversas aclaraciones ya que parece limitar las exigencias del reivindicante que triunfa en su pretensión. Dice así:

"Cuando es un inmueble el objeto de la reivindicación, el demandado condenado a restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión". Desocupado no es sinónimo de abandonado de modo que, si se trata de una casa, habrá que entregar las llaves y restituir la cosa con todos los accesorios.

Por otra parte, esta norma debe interpretarse en correlación con los efectos de la posesión en el caso de la reivindicación triunfante y su proyección sobre los frutos, productos, mejoras, riesgos, etc.

Complementando el tema acotemos que el art. 2787 faculta a dirigir contra los herederos las pretensiones accesorias sobre la restitución de los frutos, daños e intereses por los deterioros que hubiese sufrido la cosa. Aunque el Código se refiere a los herederos del poseedor de mala fe entendemos que no quedan excluidas las que sean viables contra el poseedor de buena fe<sup>36</sup>. Fundamentalmente, el Código ha querido remarcar que los herederos deben responder en la proporción que "cada uno tenga en la herencia", ratificando las soluciones de los arts. 3417, 3485 y 3498 y aventando cualquier pretensión de alegar solidaridad.

## **21. Conclusión.**

En el presente capítulo hemos señalado resumidamente el marco legal respecto de la acción reivindicatoria. Estudiamos con respecto a la legitimación activa y consecuentes con la definición que de la reivindicación queda hecha, el dueño, el condómino, el usufructuario, el acreedor prendario, el usuario y habitador, el anticresista y el dueño ó condueño imperfectos, cuyas cosas sean poseídas por terceros, pueden intentar la acción real de reivindicación.

Hablamos de la posesión correspondiente á los derechos reales, para distinguir estos derechos de aquellos que existen sin posesión; y el sentido de nuestro trabajo indica que hacemos referencia al derecho de poseer, correspondiente á los que gozan dichos derechos reales, pues es harto sabido que precisamente la acción de reivindicación tiene por objeto obtener la posesión perdida: no hablamos del derecho á poseer.-

Todo lo expuesto reafirma la necesidad que proponemos en éste trabajo de una solución sistematizada de la normativa con respecto a la distinta aplicación de la mencionada acción.

En el siguiente capítulo analizaremos específicamente la relación entre el condominio y la acción de reivindicación y el alcance de la misma acción, centrándonos en el problema de nuestro trabajo final.

## **Capítulo II**

### **El Condómino y La Acción De Reivindicación.**

Sumario: 1.Introducción; 2. Diferencia entre acciones posesorias y reales. 3. Cuestiones procesales involucradas 4.reivindicación planteada frente a otros condóminos. 5. Reivindicación planteada frente a terceros. 6. Efecto de la acción real reivindicatoria teoría amplia y restrictiva. 6.1 Fundamentos de la tesis restrictiva 6.2 Fundamentos de la tesis amplia. 7. Tendencia jurisprudencial. 8. Conclusión.

## **1. Introducción.**

Tal como en el capítulo anterior que se ha considerado desarrollar la acción reivindicatoria, sus caracteres fundamentales, legitimación activa, pasiva, regulación y antecedentes legislativos etc. En el presente nos enfocaremos en el área de los efectos de la misma, como así también el rol que cumplen las teorías doctrinarias en la actualidad.

Se distinguirán prima facie el funcionamiento de algunos aspectos procesales e institutos del derecho como son las acciones posesorias, que si bien no son temas centrales de este trabajo, estos están íntimamente vinculados con el mismo. Luego se desarrollaran la acción de reivindicatoria frente a diferentes sujetos pasivos, ya sean condóminos o terceros, en donde se vislumbraran los diferentes efectos que produce esta acción de carácter real explicándose fundamentos jurídicos respecto a diferentes teorías doctrinarias acerca de los mismos y cuáles son las corrientes predominantes actuales sobre aquellas escogidas por los magistrados para resolver en cada caso en particular.

## **2. Diferencia entre acciones posesorias y reales.**

La acción posesoria se refiere al aspecto material de la posesión y tanto protege al poseedor como al simple tenedor, mientras que la acción reivindicatoria requiere justificar, por un lado, el "derecho a poseer", por otro, la pérdida de la posesión y posesión actual del reivindicado, y, finalmente, que la cosa que se reivindica sea susceptible de ser poseída<sup>31</sup>.

## **3. Cuestiones procesales involucradas.**

Es muy conveniente, siempre, solicitar como diligencia preliminar un mandamiento de constatación (art. 323, inc. 6º, CPCC) a fin de determinar las personas contra quienes hemos de dirigir la acción de reivindicación.

La reivindicación es un proceso ordinario, con mayor amplitud de prueba y debate. En consecuencia, el traslado es por quince días, se acompaña la documental y la restante prueba puede ofrecerse dentro de los diez primeros días de abierta la causa a prueba.

Es necesario acreditar la titularidad del inmueble, acompañando la escritura traslativa de dominio, la minuta del folio real y acreditando la posesión, la que se presume si surge su entrega del título.

---

<sup>31</sup> LÓPEZ MESA, MARCELO J.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; SALAS, E. Código Civil Anotado y actualizado. Derechos reales Tomo 4B. Depalma Ed 2000

Hay que tener en cuenta que las personas a quienes demandemos van a articular, en la generalidad de los casos, la posesión continuada, por lo que es conveniente estar preparados para este evento, porque en los casos de acción de reivindicación es procedente la oposición de excepción de usucapión, siendo innecesario reconvenir.

Es por ello que si se pagaron los impuestos municipales y provinciales y están al día conviene traerlos a la causa. Lo mismo que todo documento que importe que el inmueble tuvo actos posesorios nuestros en un futuro no muy lejano. Acompañar las boletas de los servicios si están a nuestro nombre, etc. Requerir los informes del caso. Acompañar testigos.

En este caso siendo la acción incoada contra un tercero con título precario sobre la cosa, la sentencia si se hace lugar a la reivindicación, ordenará el lanzamiento de los demandados y ocupantes.

#### **4. Reivindicación Planteada Frente A Otros Condóminos.**

El problema de la reivindicación contra condóminos está resuelto por el art. 2761 CC<sup>32</sup> disposición que prevé el supuesto de que uno de ellos le niegue a otro su derecho a la cosa y lo prive de su posesión, uso y goce, confiriéndole expresamente la acción reivindicatoria, que en realidad se trata simplemente de una acción dirigida a que los otros comuneros reconozcan el derecho a coparticipar en el dominio. El juicio de división de condominio no es el apropiado para discutir cuestiones posesorias o reivindicatorias, puesto que ninguno de los condóminos puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad<sup>33</sup>.

Aunque esta norma apunta al objeto de la acción, deja establecida la reivindicabilidad de las partes ideales de cosas muebles o inmuebles por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

Si bien la fuente literal de esta disposición es el art. 3914, N° 1 del Esbozo de FREITAS, la solución ya aparece consagrada en el Digesto (ley 8, 3, 1, 6), como se menciona en la nota, en la que también se cita a MOLITOR y MAYNZ.

Este último autor sostenía que se puede reivindicar la parte indivisa o intelectual que se tiene en la propiedad de una cosa, pues nada se opone para que el juez ordene restituir el

---

<sup>32</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.761. Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

<sup>33</sup> LÓPEZ MESA, MARCELO J.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; SALAS, E. Código Civil Anotado y actualizado. Derechos reales Tomo 4B. Depalma Ed 2000

poder parcial que cada comunero tiene sobre la cosa, con tal que la extensión del derecho, es decir, la cantidad de la parte, sea determinada.

En consecuencia, la medida de la reivindicación cuando es ejercida entre condóminos está dada por la parte indivisa.

Esta es la única solución posible, si se tiene en cuenta que el condominio en el Código Civil, siguiendo la tradición romana, se encuentra estructurado sobre la inexistencia de partes materialmente determinadas.

El derecho de cada condómino no se ejerce sobre una porción de la cosa delimitada desde el punto de vista físico, sino que se representa por una parte ideal, traducida en una cifra: un medio, un tercio.

Por ello, si un comunero tiene la mitad indivisa, habrá otro que tendrá la restante mitad indivisa, o si uno de ellos tiene el tercio, los demás tendrán los dos tercios que quedan.

Consecuencia de ello es que un condómino jamás estaría legitimado para reivindicar toda la cosa, pues sólo tiene derecho sobre su porción ideal, mientras que el demandado lo tiene sobre la suya. Aunque este último lo haya excluido de la cosa, y hasta es probable que, consumando un acto de interversión de título, se encuentre usucapiendo el dominio del todo, la medida de la acción será siempre la parte indivisa.

Por lo mismo, es obvio que el comunero desposeído tampoco podría reclamar la restitución de una parte materialmente determinada, ya que nunca ha tenido derecho alguno sobre ella y la conducta desplegada por el demandado no podría mejorar su situación ni alterar la naturaleza misma del condominio.

En tal sentido se ha dicho que, si bien el derecho del condómino se extiende a toda la cosa y no a una porción material de ella, cuando intenta la reivindicación contra otros condueños lo es sólo por su parte ideal, la cual tiene que ser cierta y determinada en relación con los otros condóminos.

Se ha considerado que en realidad no se estaría en presencia de una verdadera acción de reivindicación, puesto que a través de su ejercicio no se reclama y reivindica de los otros copropietarios la cosa común, sino que tan sólo se persigue el reconocimiento del derecho desconocido por el accionado.

El art. 2761 utiliza la expresión “reivindicables” de manera impropia, por cuanto el hecho de que uno de los comuneros se dirija a los otros para que le reconozca su participación, no tiene nada que ver con la acción reivindicatoria: no hay dominio ni pérdida de la posesión ni entrega del inmueble, ni siquiera hay una acción directa sobre el mismo.

El código no se ha colocado en la hipótesis corriente de la reivindicación, es decir, de

una persecución, sino que ha encarado el problema bajo el aspecto interno de la comunidad.

Esta opinión no es compartida por otros autores, quienes consideran que si le es negado al condómino el uso y goce de la cosa, si es privado de la coposesión de ella, es lógico que la ley le acuerde el derecho de reivindicar su parte ideal, por medio de la cual se persigue el reconocimiento de su derecho y también ese uso y goce en la medida en que aquélla se lo concede.

Si se ejerce la acción, el condómino debe haber sido excluido de la posesión por parte de otro condómino, de modo que no se trata de reclamar un mero reconocimiento del derecho, sino el reintegro de aquélla, lo que constituye el objetivo final de cualquier acción reivindicatoria.

Si un condómino que excluye a los demás, comienza a poseer en forma exclusiva, es obvio que ha consumado un acto de interversión del título, por lo que normalmente estará usucapiendo el dominio.

Por lo tanto, la demanda de reivindicación producirá la interrupción civil de dicha prescripción (art. 3986)<sup>34</sup>.

Al dictar sentencia el juez condenará al demandado a restituir la posesión al condómino reivindicante, aun cuando el art. 2794<sup>35</sup> deberá ser aplicado adaptándolo a la modalidad propia del condominio: no tendrá que dejar desocupado el inmueble, sino simplemente, permitirle el acceso para que pueda usar y gozar de la cosa común conforme al art. 2684<sup>36</sup>, sin perjuicio de la posibilidad de pedir la partición (art. 2693<sup>37</sup>) o de arribar a un régimen de administración si así lo resolvieran (art. 2699<sup>38</sup> y sigtes.).

Además del reintegro de la posesión, deberán liquidarse las cuentas con relación a los frutos que pudo haber percibido el demandado, a los productos de que pudo haber dispuesto, los riesgos que pudo haber experimentado la cosa o las mejoras que la hayan

---

<sup>34</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3.986. La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.

La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.

<sup>35</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.794. Cuando es un inmueble el objeto de la reivindicación, el demandado condenado a restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión.

<sup>36</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2684. Todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular.

<sup>37</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2693. Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas la veces que lo juzguen conveniente.

<sup>38</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2699. Siendo imposible por la calidad de la cosa común o por la oposición de alguno de los condóminos, el uso o goce de la cosa común o la posesión común, resolverán todos, si la cosa debe ser puesta en administración, o alquilada o arrendada.

beneficiado, durante el tiempo en que el condómino reivindicante se vio privado de la posesión de ella (art. 2422<sup>39</sup> y sigtes.).

Por ello, concluimos que de perseguirse el simple reconocimiento del derecho, no tendría ninguna finalidad práctica la reivindicación y al condómino excluido de la cosa le sería mucho más útil solicitar la partición.

## **5. Reivindicación planteada frente a terceros.**

Entre reivindicación y usucapión existe una relación comparable a la de estos mismos ubicados una balanza romana de dos platillos, sobre su base se encuentra la posesión. A mayor peso, más cerca estará de la posesión. Perdida la posesión, el condómino tiene la acción de reivindicación para recuperarla, pero dicha acción puede ser enervada y rechazada si el poseedor demuestra una posesión continua de veinte años. La mayor posesión hace subir al reivindicante a la parte más alta de esta hipotética balanza de la que no podrá modificarse, perdiendo el juego. Al que posee puede alcanzarle con la defensa de su posesión en el juicio de reivindicación, o bien puede ir más allá y reconvenir por usucapión para obtener la inscripción del inmueble a su nombre. En este último supuesto está acumulando al juicio por reivindicación, de que es objeto, una demanda sumaria por usucapión del inmueble, en los términos de este título.

Con acierto decían Ripert y Boulanger que la reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de la que se pretende propietario. Se funda, pues, en la existencia del derecho de propiedad y tiene por finalidad la obtención de la posesión<sup>40</sup>.

Debemos aclarar que no se presume el abandono del derecho de propiedad ni de la posesión sino todo lo contrario. Su propietario no la pierde, aun en la circunstancia más desfavorable de que el bien permanezca baldío y un tercero entre en posesión de él y ejerza actos de propiedad, a no ser que medie adquisición de la propiedad por usucapión<sup>41</sup>.

Señalamos estas circunstancias pues si uno ha perdido la posesión, otro la tiene. Sólo uno puede detentar la posesión: no puede haber dos posesiones al mismo tiempo. La reivindicación es una acción que nace del derecho real de propiedad (título a la

---

<sup>39</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2422. Sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada.

<sup>40</sup> RIPERT, Georges ; BOULANGER, Jean . Tratado de derecho civil: los derechos reales. Ed. La Ley. 1965.t. VI, p. 137, nro. 2333.

<sup>41</sup> Fallo del 29/2/1996, CC0002 MO 34829, RSD 32/96-S, JUBA Civ. y Com. B2351015.

propiedad), por la cual el dominus que ha perdido la posesión reclama su restitución.

En consecuencia, la pregunta del millón, cuando discuten reivindicante y poseedor es ¿cuándo la parte que reivindica ha perdido su posesión? O mirándolo en sentido opuesto ¿cuándo el usucapiente ha obtenido la posesión?

Esto viene a cuento en razón de la presunción de los arts. 2789<sup>42</sup> y 2790<sup>43</sup>, CCiv. Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda. Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica.

Obviamente que la presunción que consagra el art. 2790, CCiv., no es una regla de conducta o norma (presunción iure et de iure; no admite prueba en contrario) sino que es una presunción iuris tantum, es decir, que admite prueba en contrario.

## **6. Efecto de la acción real reivindicatoria teoría amplia y restrictiva.**

La acción prevista en el art. 2758<sup>44</sup> tiene limitado su ámbito de aplicación al derecho de dominio según una interpretación restringida<sup>45</sup>, y según una interpretación amplia, todos los derechos que se ejercen por medio de la posesión<sup>46</sup>, tesis esta última incorporada por Bibiloni al Anteproyecto<sup>47</sup>, fundamentos de éstas que serán desarrollados a lo largo del presente capítulo; pero cualquiera sea la posición que se adopte al respecto, el objeto materia de la acción debe consistir en una cosa. Así lo establecen expresamente no sólo el recordado art. 2758, sino también el 2762<sup>48</sup> al declarar insusceptibles de reivindicación los bienes que no lo sean. Y como la peculiar estructura del derecho de

---

<sup>42</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2789. Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda.

<sup>43</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2790. Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica.

<sup>44</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2758. La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

<sup>45</sup> Nota al art. 495. Colmo, Alfredo, "Técnica Legislativa del Código Civil Argentino", 2ª ed., Buenos Aires, Hall y Acevedo Casa Editora, 1927, p. 201.

<sup>46</sup> SALVAT, "DERECHOS REALES" ya cit., t. III, núm. 2050, ps. 655/6.

<sup>47</sup> SEGOVIA, LISANDRO, "El Código Civil Argentino. Su explicación y crítica bajo la forma de notas", Buenos Aires, 1881, t. II, ps. 179 y 185; Lafaille, "Tratado de los Derechos Reales" ya cit., t. III, núms. 2044/5, ps. 404/6; ALLENDE, GUILLERMO A., "Ambito de aplicación de las acciones reales", Rev. LA LEY, t. 89, ps. 797/9.

<sup>48</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.762. No son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las cosas accesorias, aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles.

condominio hace que recaiga sobre una porción indivisa de la cosa que no participa de los caracteres de ésta por no ser objeto material (art. 2311<sup>49</sup>) y estarle vedado al condómino ejercer sobre aquélla ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad sin unanimidad de voluntades (art. 2680<sup>50</sup>), la porción indivisa no es susceptible de posesión (art. 2351<sup>51</sup>). Por eso, el condómino tiene la posesión de la cosa común en concurrencia con los otros comuneros, vale decir tiene su coposesión, y la exclusiva cuasiposesión de su cuota-parte.

Como afirma Fornieles, "no es posible reivindicar partes ideales que no tienen ninguna materialidad ni constituyen un cuerpo cierto". "...Cuando el art. 2761<sup>52</sup> nos dice que son reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles contra cada uno de los coposeedores (no contra los terceros), emplea impropriamente aquella palabra, pues el hecho de que un comunero se dirija a los otros para que le reconozcan su participación, nada tiene que ver con una acción reivindicatoria: no hay dominio, ni pérdida de la posesión, ni entrega del inmueble, ni siquiera acción directa sobre ese inmueble. Es otra cosa a la que malamente se llama reivindicar". Trátase, en definitiva, de una situación interna generada entre condóminos por lo que la sentencia no opera la recuperación del objeto sino el reconocimiento del derecho del actor a la coparticipación en el condominio y el otorgamiento de la coposesión de lo que hubiese sido excluido. Es un ejemplo de lo que se ha llamado "economía legislativa" al otorgarse "a un titular de un derecho una acción que ha sido organizada en función de otro, a efectos de no multiplicar innecesariamente el número de acciones".

Cuando el acto turbatorio proviene de un tercero ajeno al condominio, la acción acordada al condómino es típicamente reivindicatoria. En atención a la similitud que existe entre esta situación y la que se da en el estado de indivisión hereditaria cuando hay pluralidad de herederos, y que se prolonga hasta la partición, examinaremos ambas situaciones en conjunto.

---

<sup>49</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2311. Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

<sup>50</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2680. Ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto.

<sup>51</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2351. Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

<sup>52</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2761. Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

Los preceptos legales implicados son el art. 2679<sup>53</sup>, que faculta a cada uno de los condóminos a reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa, vedándole hacerlo con una parte material y determinada de ella; y el 3450<sup>54</sup>, que autoriza a cada heredero, en el estado de indivisión, a reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia y ejercer, hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

El problema hermenéutico, tanto en uno como en otro caso, consiste en determinar el alcance de la acción reivindicatoria deducida en tales circunstancias. A través de la doctrina y de algunos pronunciamientos judiciales en que se lo ha analizado, se han configurado dos corrientes interpretativas: una de ellas entiende debe limitarse la reivindicación a la parte alícuota del condómino o coheredero accionante, mientras que la otra restante sostiene la posibilidad de reivindicación de la totalidad de la cosa.

## 6.1 Fundamentos de la tesis restrictiva.

La tesis restrictiva, predominante en la doctrina y jurisprudencia francesas e italianas, ha gozado de predicamento entre los primeros comentaristas del Código Civil argentino que utilizaron el método exegético. Coinciden en este punto de vista Segovia<sup>55</sup>, Machado<sup>56</sup> y Llerena<sup>57</sup>. También Salvat, primer elaborador de una obra integral sistemática, se enrola en esta corriente, sostenida por algunos autores especialistas en Derecho Sucesorio, como Fassi<sup>58</sup> y De Gásperi<sup>59</sup>. En cambio Prayones no exhibe, en lo concerniente al tema, su habitual claridad<sup>60</sup>, y es ambigua la opinión de Rébora<sup>61</sup>.

---

<sup>53</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

<sup>54</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>55</sup> SEGOVIA, OB cit., t. II, p. 481, núm. 6.

<sup>56</sup> MACHADO, JOSÉ O., "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1900, t. 7, p. 85

<sup>57</sup> LLERENA, BALDOMERO, "Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino", 3ª ed., La Facultad, Juan Roldán y Cía., Buenos Aires, 1931, t. VII, ps. 487/9.

<sup>58</sup> FASSI, SANTIAGO C., "La Sucesión Hereditaria en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1936" (De los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata), Buenos Aires, 1940, Ed. Jurídica Argentina, p. 207.

<sup>59</sup> DE GÁSPERI, Luis, "Tratado de Derecho Hereditario", Buenos Aires, T. E. A., 1953, t. II, núm. 226, ps. 176/80; autor que critica las modificaciones de Biliboni y del Proyecto de Reformas de 1936, calificando a la reivindicación del total de "arbitraria, ajena a los antecedentes doctrinales del art. 3450 y a todas las previsiones del Codificador".

<sup>60</sup> PRAYONES, Eduardo. "Nociones de Derecho Civil. Derecho de Sucesión". Notas del curso dictado en 1915, compiladas por Américo S. Cacicí. Editor Centro de Estudiantes de Derecho, Buenos Aires, 1921,

Fundan estos autores, preponderantemente, la interpretación que realizan, en las notas del codificador a los arts. 2679<sup>62</sup> y 3450<sup>63</sup> y en las opiniones de los juristas citados en las mismas, trayendo en su apoyo argumentos de romanistas como Maynz, Van Wetter y Petit. Sus fundamentos pueden sintetizarse así:

- 1) Según el difundido aforismo —atribuido a Ihering, pero conocido mucho antes de que viviera el ilustre profesor de Goettinga— el interés es la medida de las acciones. Si el interés del condómino reside en su parte alícuota, a ella debe limitarse la acción so pena de exceder su derecho.
- 2) No pueden aplicarse los principios de la solidaridad en las obligaciones ni del mandato tácito para extender los efectos de la sentencia a los condóminos que no accionan, por falta de texto legal que lo permita.
- 3) La interrupción de la prescripción causada por la demanda de un condómino sólo aprovecha al demandante y no a los copropietarios inactivos (art. 3992<sup>64</sup>), por lo que no es aceptable que la reivindicación pueda beneficiar a todos.
- 4) La ley no reglamenta, como lo hace con la acción confesoria (art. 2799<sup>65</sup>), los efectos de la sentencia dictada en juicio seguido por uno de los condóminos, con relación a los otros. Si el pensamiento del legislador hubiera sido acordar la reivindicación por el

---

núm. 77, ps. 259/62. Admite, en principio, la reivindicación total, pero la sujeta al resultado de la partición a practicarse posteriormente, dividiendo la acción en dos fases: a) acción contra el tercer detentador, que si prospera obliga al juez a declarar que el bien pertenece al "de cuius" y corresponde al heredero reivindicante en la cuotaparte que se le fije en la partición; b) una vez ejecutoriada la sentencia, se determinará en la sucesión la porción que corresponde al reivindicante y éste la hará efectiva. Vale decir que la sentencia sólo operaría el reconocimiento del derecho por la cuotaparte y no la pérdida de la posesión del tercero.

<sup>61</sup> RÉBORA, Juan C., "Derecho de las Sucesiones", 2ª ed., 1952, Editorial Bibliográfica Argentina, t. I, núm. 310, p. 506 y nota 2049. Refiriéndose a la última parte del art. 3450 dice: "Esto último no ha de ser entendido como si, necesariamente, la parte ideal reivindicada o asegurada debiese incorporarse a la masa hereditaria, ya que se plantea como hipótesis la de que uno de los herederos reivindica solamente su parte y no está obligado, ese heredero, a conducirse como gestor o representante de los otros". Acepta, por tanto, como punto de partida la reivindicación parcial. No obstante, en el último párrafo, afirma que el demandado no podría excepcionarse alegando la existencia de otros herederos. En nota cita a Segovia, Zachariae, Aubry y Rau y Demolombe, todos partidarios de la reivindicación parcial.

<sup>62</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

<sup>63</sup> Código Civil Art. 3450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>64</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3992. La interrupción de la prescripción hecha por uno de los copropietarios o coacreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno sólo de los coposeedores o codeudores, no puede oponerse a los otros.

<sup>65</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2779. En los casos en que según los artículos anteriores, corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor, queda al arbitrio del reivindicante intentarla directamente, o intentar una acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos, por indemnización del daño causado por la enajenación; y si obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa.

todo, no se explica esta omisión.

5) Si el art. 2679<sup>66</sup> prohíbe reivindicar una parte material y determinada de la cosa, consecuencia lógica del tipo de condominio estatuido por el código, sería incongruente que pudiera reivindicar la totalidad.

6) La nota al art. 3450<sup>67</sup> y los autores citados en ella y en la correspondiente al 2679 postulan la reivindicación parcial

## 6.2 Fundamentos de la tesis amplia.

La tesis amplia ha sido elaborada, en la doctrina nacional, con posterioridad a la obra de los exegetas. Contribuyeron al cambio las orientaciones del Derecho Comparado y la obra de Bibiloni, uno de sus primeros sostenedores<sup>68</sup>, juntamente con Lafaille<sup>69</sup>. Argañarás, en brillante voto como miembro de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires<sup>70</sup>, cuyos fundamentos reprodujo y complementó al actualizar el t. III del "Tratado de Derechos Reales" de Salvat; Moyano y Spota en trabajo conjunto<sup>71</sup> y, más recientemente, Fornieles y Borda<sup>72</sup>, integran el cuadro de autores que se pronuncian por esta interpretación, adoptada además por los Códigos Alemán y Brasileño y por el Proyecto Argentino de Reformas de 1936.

Citan como antecedentes al antiguo romanista Cujas, Savigny en su "Sistema de Derecho Romano Actual" y los pandectistas Dernburg y Windscheid.

A continuación se realizará un análisis de los argumentos en que se funda esta interpretación, examinando críticamente, en forma simultánea, los de la tesis restrictiva y amplia respectivamente.

1) Cuando se dice que el interés del condómino reside en su parte alícuota, se hace un enfoque parcial del problema. No hay que olvidar que el sistema de las partes indivisas

---

<sup>66</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

<sup>67</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>68</sup> BIBILONI, t. III, ps. 296/301.

<sup>69</sup> LAFAILLE, H, Tratado de bs derechos reales, t. III, Compañía Argentina de Editores, 1943, núms. 2050 al 53, ps. 411/6; "Curso de Derecho Civil. Sucesiones", compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Buenos Aires, 1932, Biblioteca Jurídica Argentina, núm. 416, ps. 284/5.

<sup>70</sup> ARGÑARÁS, MANUEL J., voto en autos "García, Tomás B. y otro c. Díaz, Pedro C.", La Plata, 20 de noviembre de 1934, J. A., t. XLVIII, ps. 611/23.

<sup>71</sup> MOYANO, JUAN A. Y SPOTA, Alberto G., "Alcance de la reivindicación por el condómino", J. A., t. XLVIII, ps. 611/9, año 1934.

<sup>72</sup> BORDA, GUILLERMO A., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones", con la colaboración de Federico J. M. Peltzer, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1958, t. I, núm. 522, ps. 395/6. Este autor no analiza a fondo la cuestión ni los argumentos en favor de una y otra tesis; se limita a sostener el criterio de la jurisprudencia dominante por ser aplicación literal del precepto y entender que es la mejor solución del punto de vista práctico.

se refiere al régimen interno del condominio, a las relaciones de los condóminos entre sí y no frente a terceros. Si bien es cierto que el condómino tiene, respecto de su cuota-parte, todas las facultades inherentes a la propiedad compatibles con su naturaleza ideal, "la propiedad de cada comunero está dirigida al señorío total de la cosa", razón por la cual puede gozar de ella conforme a su destino con tal que no la deteriore en su interés particular (art. 2684<sup>73</sup>). Porque la única limitación a esa facultad de uso y goce total de la cosa común radica en no contrariar el igual derecho de los demás condóminos, limitación que no ampara a los ajenos al condominio, "cada condómino tiene el derecho de apartar de la comunidad a quien no pertenece a ella"<sup>74</sup>. Y ese apartamiento se logra mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria cuyo efecto es el reintegro de la cosa privando de su posesión al tercero. Se aprecia sin dificultades que, al accionar de esta manera y obtener la devolución de la cosa como medio para el ejercicio de sus derechos, el condómino no excede el límite de su interés; por lo contrario, apartando de la cosa al tercero da el paso necesario para que su interés sea satisfecho, sin perjuicio de las cuestiones que posteriormente puedan suscitarse si otro u otros condóminos reclaman un similar uso o goce común de la cosa común.

Semejante situación es la del coheredero en el estado de indivisión hereditaria, ya que al reivindicar un inmueble de propiedad del causante obtiene el ingreso del mismo en el acervo transmitido y su consecuente inclusión en la partición. La reivindicación total funciona, entonces, como medio para la satisfacción de su legítimo interés.

2) El ejercicio de la acción reivindicatoria por el condómino o coheredero contra el tercer detentador pone en movimiento un derecho individual del accionante, quien actúa a nombre propio y para satisfacción de un personal interés. No hay, ni se invoca, representación legal ni convencional, por lo que es incorrecto el razonamiento basado en la falta de mandato de los restantes comuneros o coherederos. En cuanto a la pretendida vinculación con las obligaciones solidarias, es también infundada, por cuanto aquí no se trata del cobro de un crédito sino del ejercicio de una acción real totalmente ajena a la solidaridad, institución propia de los derechos personales.

3) El efecto interruptivo de la prescripción causado por la demanda está íntimamente ligado a la índole de la acción que se ejercita. Si el condómino se limita a solicitar el reconocimiento de su derecho como tal, sin pretender el desapoderamiento del poseedor, claro está que los efectos interruptivos se ciñen exclusivamente a quien

---

<sup>73</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.684. Todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular.

<sup>74</sup> concepto de DERNBURG, cit. por Bibiloni, t. III, p. 136.

acciona (art. 3992<sup>75</sup>). Lo mismo ocurriría si el tercero, por acto voluntario, reconociese derecho al condómino reclamante (art. 3989<sup>76</sup>). En ambos casos se interrumpiría civilmente el curso de la prescripción, respecto del demandante o de aquel a quien se reconoce derecho. También puede presentarse el caso de que durante el trámite de la reivindicación deducida por un condómino, el demandado adquiera por prescripción la propiedad de las partes indivisas pertenecientes a los condóminos inactivos, en cuyo supuesto la demanda tampoco produciría efectos interruptivos de la prescripción respecto de éstos.

Pero cambia de aspecto si el condómino triunfante en la acción reivindicatoria logra el desapoderamiento del tercero demandado, ya que la desposesión así obtenida aprovecha a los demás condóminos. Juegan al respecto los arts. 3984 y 3990.

Hecha esta distinción, y puesto de resalto como lo hace Argañarás (39), que el art. 3992 no se refiere exclusivamente a la demanda interruptiva sino al acto interruptivo, cabe acotar que lo circunscribe al caso de que no haya habido desposesión, ya que si ésta se produce la interrupción opera "in totum". Queda así delimitado un campo, propio al art. 3992<sup>77</sup>, sin obstar a la reivindicación total que autoriza el art. 2679.

4) Es exacto que no se reglamentan en particular los efectos de la sentencia frente a los condóminos que no accionan, como lo hace el art. 2799 para la acción confesoria, pero ello no es óbice para que tales efectos se extraigan de los principios generales. Si el condómino reivindicante triunfa, al obtener el reintegro de la cosa beneficia con ello a los restantes; si se rechaza la demanda, desde luego que sin texto legal no pueden oponerse los efectos de la cosa juzgada a quien no ha sido parte en el litigio. Savigny, citado por Moyano y Spota, quienes coinciden con el autor del "Sistema"<sup>78</sup>, se muestra partidario de tal extensión, afirmando que si los condóminos que no intervinieron en el juicio tenían conocimiento del mismo deben ser responsables por no haberse presentados a cuidar su marcha y evitar una sentencia contraria; y si no lo conocían, siempre tendrían a su favor una acción contra el condómino vencido por haber omitido su citación mediante la "litis denunciatio". No es ése el criterio de Bibiloni, quien

---

<sup>75</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3992. La interrupción de la prescripción hecha por uno de los copropietarios o coacreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno sólo de los coposeedores o codeudores, no puede oponerse a los otros.

<sup>76</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3989. La prescripción es interrumpida por el reconocimiento, expreso o tácito, que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribía.

<sup>77</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3992. La interrupción de la prescripción hecha por uno de los copropietarios o coacreedores, cuando no hay privación de la posesión, no aprovecha a los otros; y recíprocamente, la interrupción que se ha causado contra uno sólo de los coposeedores o codeudores, no puede oponerse a los otros.

<sup>78</sup> MOYANO Y SPOTA, ob. cit., p. 617.

extiende los efectos a los condóminos inactivos si la reivindicación prospera, pero no si se la rechaza, llegando al mismo resultado que se alcanza con la interpretación de las normas actuales. En igual sentido lo resuelve el Proyecto de 1936.

5) La prohibición de reivindicar una parte material y determinada de la cosa es perfectamente ajustada al régimen del condominio establecido por el código. El condómino no es dueño de parte determinada de la cosa, su derecho existe "en toda la cosa y en la menor partícula de la misma" en proporción a la cuota parte de que es titular, límite debido al derecho igual en esencia de los demás condóminos. Admitir la reivindicación de una parte material y determinada importaría desvirtuar la naturaleza ideal de la porción indivisa, materializándola en el hecho antes de la partición; pero debe advertirse que no por el hecho de reivindicar un condómino la totalidad de la cosa se convierte en propietario exclusivo de ella; simplemente excluye al tercero en cuyo poder se encontraba, dejando a salvo los derechos de los demás condóminos. El argumento silogístico falla por su base al dar mayor extensión a una de las premisas, con la cual se transforma en un sofisma.

6) Hay una verdadera contradicción entre el art. 3450<sup>79</sup>, su nota y los autores citados en la misma y en la nota al art. 2679<sup>80</sup>. En efecto; el claro texto de la ley al facultar al condómino a reivindicar "la cosa en que tenga su parte indivisa" y al coheredero "los inmuebles de la herencia", no permite ser desvirtuado por aplicación de teorías sustentadas por autores que propician otros sistemas, si la solución introducida al redactar los preceptos revela el apartamiento de ellos. Las notas carecen de valor legal, sólo el articulado recibió oportunamente la sanción del Poder Legislativo que lo convirtió en ley de la Nación, por lo que no es lícito, en presencia de contradicciones como la señalada, optar por la solución de la nota o de los autores citados en ella. Las notas sólo tienen valor doctrinario, pueden servir para revelar el pensamiento del codificador en cuanto al tema tratado o, con mayor precisión, el itinerario intelectual seguido en la estructuración de cada institución. Pero en manera alguna la cita de determinado autor o cuerpo legal indica que se haya adoptado el sistema propiciado o consagrado por ellos. Sólo admitimos el apoyo de las notas cuando confirman el texto legal, porque ello es índice que en el caso no ha habido apartamiento de las fuentes, por

---

<sup>79</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3.450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>80</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

lo que aquéllas pueden ser útiles para apreciar lo que ha dado en llamarse "la intención del legislador", con el valor cada vez más relativo que ella tiene para la hermenéutica elaborada por la ciencia jurídica contemporánea.

Comencemos por el art. 2679. Su nota cita a Maynz y Aubry et Rau, del primero de los cuales ya hemos dicho era partidario de la reivindicación parcial; a su vez, los profesores de la Universidad Alsaciana de Estrasburgo expresan que a cada comunero le está permitido reivindicar "su cuotaparte ideal" y obtener, si no el abandono del bien, el reconocimiento de su derecho de copropietario<sup>81</sup>. La nota al 3450 cita, además de los recordados Aubry et Rau, a Zachariae, Demolombe y Proudhon, autores todas "que emplean diversas expresiones para referirse al objeto de la acción, "su parte sobre el inmueble" y "por su parte en la herencia" los dos primeros<sup>82</sup>, mientras que Proudhon habla del heredero que reivindicar los bienes de la sucesión, cuya acción no puede ser repulsada "bajo el pretexto de que no se ha probado ser el único heredero o que los otros han renunciado"<sup>83</sup>. Todos estos autores siguen a Pothier.

De esta comparación surge bien a las claras que Vélez se apartó de los autores que tuvo a la vista y construyó un nuevo sistema, congruente con el resto de las normas sobre condominio, reivindicación o indivisión hereditaria. No podemos aceptar la opinión de Segovia, quien pretende que el art. 2679 debió decir "la parte indivisa de la cosa común" y no "la cosa en que tenga su parte indivisa"<sup>84</sup>; fundándose sólo en las notas.

Contestados así los argumentos esgrimidos en favor de la tesis restrictiva, quedan por señalar otros fundamentos que concurren en favor de la reivindicación total de la cosa.

Si se admitiese, por vía de hipótesis, la reivindicación por la cuotaparte del condómino o coheredero accionante, vendría a configurarse un derecho calificado de "anómalo" o "híbrido", formado por el dominio del reivindicante triunfante y la posesión del tercero que subsistiría sobre las porciones de los condóminos ajenos al litigio. Esta situación a crearse en los hechos acarrearía múltiples inconvenientes en orden a la administración de la cosa común, desde que no se sabría si las medidas concernientes a la misma deberían tomarse entre condómino y poseedor, con exclusión de los restantes condóminos cuyas partes poseyese el tercero, o bien entre los condóminos exclusivamente. Si la porción del tercero fuese superior a la mitad de la cosa, podría

---

<sup>81</sup> BIBILONI, t. III, ps. 298 y 300/1; íd., t. IV, "Sucesiones", p. 241, y t. II, "Obligaciones", ps. 158/62. V. art. 1925, inc. 3. del Proyecto de 1936; Fassi, ob. cit., p. 206; Martínez Paz, Enrique, "Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria", Buenos Aires, T. E. A., 1953, p. 540. Para su crítica: De Gásperi, ob. cit., ps. 179/80.

<sup>82</sup> AUBRY Y RAU, cit. por Rébora, ob. cit., t. I, p. 506, n. 2049. El texto citado, corresponde al "Cours de Droit Civil Français", 5ª ed., Paris, 1918, t. 10 actualizado por Etienne Bartin, núm. 620, p. 110.

<sup>83</sup> RÉBORA, íd.; De Gásperi, ob. cit., t. II, p. 176.

<sup>84</sup> MOYANO Y SPOTA, ob. cit., p. 613.

éste imponer su voluntad si se aplicase la regla del art. 2700; no obstante, la aplicación de ella no parece factible por tratarse una norma relativa al condominio, que supone la constitución de esta figura, y no la de la figura híbrida creada por el resultado parcial de la reivindicación.

De cualquier manera, se introduciría la inseguridad en un campo que, por imperio de la minuciosa reglamentación incorporada al tít. VIII del libro III, cuenta con soluciones precisas para los conflictos entre comuneros. Tal inconveniente no se produce en Francia, donde el condominio no ha sido legislado en particular y los principios que sirven de base para la solución de sus problemas han sido elaborados por la jurisprudencia ateniéndose al ordenamiento general y a la obra de Pothier.

En lo que hace al coheredero, la formación de este tipo de derecho "híbrido" lo afectaría aún en mayor grado, porque "es mucho más ventajoso conservar la indivisión con personas cuyos derechos y obligaciones son tan claros como los de él mismo; conviene recordar que entre tales obligaciones figura eventualmente la de colacionar. La comunidad con terceros poseedores significaría un menoscabo de su situación de comunero"<sup>85</sup>.

Otra de las ventajas de la interpretación amplia es la armonización de preceptos que, con la tesis restringida, aparecen como contradictorios. Con ello la ley gana en claridad y contribuye a la consolidación del valor seguridad. Nótese que el condómino puede accionar contra los restantes comuneros para que se reconozca su derecho acordándosele la coposesión (art. 2671<sup>86</sup>); que frente a terceros puede reivindicar la cosa en que tenga su parte indivisa (art. 2679<sup>87</sup>) retrotrayéndola a su posesión, con lo que posibilita sus facultades de uso y goce y da oportunidad a los restantes condóminos para ejercitar iguales facultades; y que el coheredero, en el estado de indivisión, al reivindicar contra terceros poseedores los inmuebles de la herencia, lo hace como sucesor a título particular del bien de que se trate, en virtud de la regla del art. 3264<sup>88</sup>, por lo que no está en juego una fracción de la universalidad sino el bien determinado, cuya reivindicación total concuerda con lo estatuido por el art. 2679. Evidente resulta,

---

<sup>85</sup> LAFAILLE, H. Tratado de los derechos reales, t. III, Compañía Argentina de Editores, 1943p. 415, letra g).

<sup>86</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2671. La revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa.

<sup>87</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 2.679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

<sup>88</sup> MOYANO Y SPOTA, ob. cit., p. 617.

por otra parte, que al referirse el art. 3450<sup>89</sup> al límite que ha intentado ver un sector de la doctrina en los términos "hasta la concurrencia de su parte" sólo comprende las acciones que tengan por fin conservar los derechos del heredero en los bienes del acervo, sin involucrar la primera parte del precepto que guarda perfecta autonomía.

Finalmente, esta interpretación contempla la esencia del derecho del condómino, verdadero propietario con la única limitación del derecho igual de los restantes comuneros, y la finalidad de la acción reivindicatoria, que es la recuperación de la cosa desposeída y no la formación de una comunidad de heterogéneos derechos reales<sup>90</sup>.

## 7. Tendencia jurisprudencial.

Pocos son los fallos dignos de destacarse por el estudio que en ellos se haya hecho de la cuestión. Mientras las antiguas Cámaras Civiles de la Capital Federal mantenían el criterio de la reivindicación limitada a la cuotaparte del actor<sup>91</sup>, al igual que la Cámara de Apelaciones de Córdoba<sup>92</sup>, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires desde 1916, ha venido sosteniendo la posibilidad de reivindicar el total de la cosa. Destácase, en la serie de fallos, por sus perfiles doctrinarios, el minucioso e ilustrado voto del doctor Argañarás en el caso citado en la nota 31, verdadero pilar sobre el que se asentaron muchos de los pronunciamientos posteriores<sup>93</sup>.

Otros tribunales de la provincia de Buenos Aires, como la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca<sup>94</sup> y las Cámaras Civiles I y II de La Plata, con remisión a los fundamentos de la Suprema Corte provincial, resuelven en igual sentido<sup>95</sup>. Lo mismo los superiores tribunales de Catamarca y Tucumán, y diversas cámaras federales con asiento en el interior<sup>96</sup>. Prevalece la interpretación amplia, como una tendencia que se va consolidando en forma definitiva.

---

<sup>89</sup> CÓDIGO CIVIL Art. 3.450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>90</sup> FORNIELES, ob. cit., 4ª ed., p. 462, núm. 4.

<sup>91</sup> MOYANO Y SPOTA, ob. cit., p. 619, núm. 24.

<sup>92</sup> Fallo del año 1901 con voto del doctor Gelly, citado por Moyano y Spota, p. 618, núm. 22, y por LAFAILLE, t. III, p. 416, nota 124; J. A., t. 2, p. 416, votos de los doctores Juárez Celman, De la Torre y Pera integrantes de la Cámara Civil Primera; Cámara Civil 2ª, fallo de 1930 revocando el de 1ª instancia del doctor Tobal, con primer voto de Salvat y adhesiones de los doctores Lagos, Coronado y De Tezanos Pinto, J. A., t. 34, p. 865. Varió la orientación con los fallos de la Cámara Civil 1ª del 26 de julio de 1939, J. A., t. 69, p. 500, y 18 de febrero de 1943, Rev. LA LEY, t. 30, p. 141.

<sup>93</sup> Rev. LA LEY, t. 6, p. 505 (fallo 2362); t. 13, p. 797. (fallo 6622); Rep. LA LEY, XVIII, p. 1611.

<sup>94</sup> Fallos de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, serie VIII, t. 6, p. 307; J. A., t. XLVIII, p. 610; Rev. LA LEY, t. 76, p. 670 (fallo 36.131); Rep. LA LEY, XIX, p. 1183, sum. 10; Rev. LA LEY, t. 100, p. 494 (fallo 45.431), con primer voto del doctor Arturo Acuña Anzorena.

<sup>95</sup> Rev. LA LEY, t. 76, p. 423 (fallo 35.966).

<sup>96</sup> Rev. LA LEY, t. 66, p. 396, fallo 31.169; t. 96, p. 196, fallo 2931-S.

## 8. Conclusión.

Como se ha visto acción reivindicatoria en cabeza del condómino que tiene interés por recuperar la posesión perdida de la cosa puede dirigir su acción ya sea contra otro condómino u terceros como legitimados pasivos cuyos efectos varían:

I-Si el acto turbatorio proviene de otro u otros condóminos, la acción de que dispone no es típicamente reivindicatoria por no consistir en la reclamación de una cosa sino en el reconocimiento de su derecho sobre la cuota parte indivisa y, con él, el acceso a la coposesión de la cosa.

II-Si el acto turbatorio proviene de terceros ajenos al condominio, la acción de que dispone es típicamente reivindicatoria y tiene por objeto obtener la cesación de la turbación y el reintegro de la totalidad de la cosa a fin de posibilitar el ejercicio de sus facultades de uso y goce de la misma, sin perjuicio del derecho legal en esencia de los restantes comuneros.

Igual acción se acuerda al coheredero en el estado de indivisión, con la finalidad de recuperar los inmuebles integrantes del patrimonio del causante a fin de ser posteriormente sometidos a partición; reivindicación que ejerce en su carácter de sucesor singular en la cosa de que se trate.

Los criterios jurisprudenciales adoptados por la actualidad que en definitiva no hacen más que responder al destino teleológico que impulsa al reclamante a realizar la acción. Es decir cuando el condómino dirige la acción hacia otro condómino, está buscando que se respete su porción alícuota sobre la cosa, en interés a los frutos que la cosa está brindando a sus titulares dominiales, o bien simplemente impedir que el resto de los condóminos intenten mediante actos posesorios apropiarse de su parte alícuota.

En cambio cuando la acción está dirigida un tercero que esta poseyendo la cosa, en su caso ocupando un inmueble, será de interés para el reclamante que el tercero cese sus actos sobre todo el inmueble, retirándose del mismo y dejándolo ocupar.

En definitiva cabe aclarar que el condómino, como una consecuencia de la esencia real de su derecho, oponible "erga omnes" que genera la facultad reipersecutoria, dispone de la acción de reivindicación cuando mediante actos turbatorios se impide el ejercicio de las facultades que su derecho comporta, con el objeto de hacer cesar la turbación y declarar en juicio la existencia del derecho menoscabado.

## **CAPITULO III**

### **Jurisprudencia**

Sumario: 1. Introducción. 2. Jurisprudencia comentada. 3. Partición en General 4. Partición provisional 5. Efectos de la partición 6. Naturaleza Jurídica de la acción de división. 7. Distintas formas de practicar la partición. 8. Solución legal al condominio por confusión de límites. 9. Acción de deslinde. Distinción con la acción Reivindicatoria. 10. Legitimación Activa y Legitimación Pasiva. 11. Conclusión.

## **1. Introducción.**

Antes de comenzar el tema del presente capítulo es importante realizar una aclaración metodológica respecto del tema de nuestro trabajo final, tanto el artículo 2679 como el 2761 se ocupan de supuestos de acción reivindicatoria promovida por un condómino; el primero regula el régimen de esa acción cuando el condómino la endereza contra otro condómino, el segundo en el supuesto de que el destinatario de la acción reivindicatoria es un tercero.

En el presente apartado se intentará recurrir a la jurisprudencia para conocer de que forma el derecho argentino resuelve en sus tribunales aquellos conflictos teóricos planteados sobre los efectos en la acción de reivindicación y además se hará hincapié en la diferencia de la acción de reivindicación con otros tipos de institutos, derechos y procedimientos que poseen los condóminos a la hora de defender sus intereses; como lo son la partición, y la acción de deslinde.

## **2. Jurisprudencia comentada.**

La jurisprudencia como fuente formal del derecho tiene un valor y fuerza vinculante relativa de acuerdo a nuestra legislación, pero no obstante ello es completamente relevante para el entendimiento y conocimiento del contenido completo de las normas vigentes, su forma de aplicación e interpretación de la misma en la actualidad, ya que su estudio nos revela la evolución del derecho aplicable.

Es por ello que a continuación se analizarán algunos fallos que adquieren absoluta relevancia con el tema, no por la decisión concluyente de los jueces, sino por los planteos y citas realizadas que ratifican con el derecho vivo las posturas jurídicas mencionadas en el capítulo II de esta investigación.

El primero se trata de un fallo dictado por Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, de fecha 19/10/2000 cuyos autos son: “Vega, Luis A. v. Recis de Proclemer, María T. y otros S/ acción reivindicatoria”<sup>97</sup>.

Los agravios de la demandada responden a que la acción de reivindicación resuelta en primera instancia excluyen de la coposesión a la demandada por el total del terreno y no sobre la parte que indivisa que le corresponde a la parte actora como pretendía la demandada.

El mismo fallo se confirma la sentencia de segunda instancia por las siguientes razones:

---

<sup>97</sup> Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II Fecha: 19/10/2000 Partes: Vega, Luis A. v. Recis de Proclemer, María T. y otros Citar ABELEDO PERROT N°: 30011188

a) El condominio reivindica una parte ideal de la cosa frente a sus cotitulares, cuando éstos lo han excluido de la coposesión (art. 2761 CCiv<sup>98</sup>.), pero frente a terceros detentadores lo hace por el todo material de ella (art. 2769 CCiv<sup>99</sup>.), pues su derecho de uso y goce se extiende sobre esa totalidad y no sobre parte determinada (art. 2684 CCiv.).

b) Los apelantes confunden una y otra situación, y encuadran la cuestión como si fueran condóminos, cuando no están legitimados para hacerlo por tratarse de meros ocupantes carentes de todo título, según lo resuelve el fallo en punto no cuestionado y por ello consentido (art. 266 in fine CPCCN.).

c) Nuestro ordenamiento distingue dos posibles situaciones para el condómino desposeído: a) cuando lo es por los demás copropietarios o alguno de ellos; b) cuando lo es por terceros.

En el primer caso, la acción que ejerce es la que nace de su porcional en el dominio, pues los demandados también tienen el suyo de igual jerarquía, discutiéndose en doctrina si se trata, en realidad, de una reivindicación, pues no se puede reivindicar algo inmaterial como es una parte indivisa<sup>100</sup>. En lo personal, entiendo que si es una reivindicación, pues la finalidad de esta acción es devolver al condómino excluido la detentación material de la cosa que lo ponga en el uso y goce de la totalidad de ella, aunque en la medida de su derecho que recae sobre una parte ideal de la misma (arts. 2676 , 2680 , 2684 y concs. CCiv.). Hay que distinguir entre la amplitud del derecho que genera la acción, consistente en la porción ideal de un todo, y el objeto de esa acción, que consiste en recuperar la posesión de toda la cosa para ser ejercida en la medida de aquel derecho, frente a quien o quienes son titulares de un derecho igual. Lo que se reivindica no es el derecho sino la cosa, siendo el derecho un presupuesto de la acción pero no el objeto de ella (doct. art. 2761 CCiv<sup>101</sup>.).

d) Frente a terceros, en cambio, el condómino también busca recuperar la posesión de toda la cosa para poder ejercer sobre ella su derecho de copropiedad, pero sin tener que compartir con los nombrados la coposesión, porque carecen de todo título y frente a ellos no tiene por qué desmembrar su derecho de uso y goce, siendo éste un límite que

---

<sup>98</sup> Código Civil. Art. 2.761. Son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposedores.

<sup>99</sup> Código Civil. Art. 2.769. El que hubiese adquirido una cosa robada o perdida, fuera del caso de excepción del artículo anterior, no puede, por vender la cosa en una venta pública, o en casas donde se venden cosas semejantes, mejorar su posición, ni empeorar la del propietario autorizado a reivindicarla.

<sup>100</sup> BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil", "Derechos reales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. t. II, parág. 1487

<sup>101</sup> Código Civil. Disponible en internet: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet>

sólo pueden exigirle e imponerle sus condóminos. (arg. art. 2680 CCiv.<sup>102</sup>).

Otro de los casos que mencionaremos se produjo en la provincia de Mendoza en el marco de un conflicto entre una persona quién mediante boleto de compraventa intenta recuperar su derecho de comunero sobre un inmueble ante un tercero poseedor, pero que lo que intenta realizar el interesado es reivindicar la parte indivisa que le corresponde, sino una porción de terreno determinada, rechazándosele la acción por las siguientes razones: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de Mendoza (JCivComyMinasMendoza) (Nro14), fecha 19/08/2003, partes: “Vicencio, Alfredo R. c. Briones, Gladys M S/ acción reivindicatoria”<sup>103</sup>. El juzgado dijo:

a) Debe rechazarse la pretensión del condómino de un inmueble que intenta reivindicar una porción del lote frente al poseedor pacífico en virtud de que la medida de su acción está dada por su parte ideal estando su señorío extendido al todo y por una parte ideal y no material.

b) El carácter pacífico de la posesión, no es excluido por las pretensiones de terceros opuestas a la posesión de quien actúa como dueño, sean aquéllas de carácter procesal o extraprocesal,

c) El condómino puede reivindicar: a) en la medida de su parte ideal o, b) el todo, pero en ningún caso, una parte material y determinada.

d) En base a ello se han encontrado respuesta normativa en los artículos 2679<sup>104</sup> y 3450<sup>105</sup> del Código Civil, sobre los cuales se han elaborado dos posturas<sup>106</sup>. La Primera indica el supuesto de que el condómino reivindique contra un tercero detentador, la medida de su acción está dada por su parte ideal.

La segunda parte del artículo 2679 le prohíbe al condómino reivindicar, una parte material y determinada de ella; porque la interrupción de la prescripción que tal demanda produce sólo beneficia al demandante; y porque la falta de regulación de la reivindicación amplia en favor del condómino indica que su acción sólo tiende a hacer

---

<sup>102</sup> Código Civil. Art. 2.680. Ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto.

<sup>103</sup> Tribunal: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 14 de Mendoza (JCivComyMinasMendoza) (Nro14) Fecha: 19/08/2003 Partes: Vicencio, Alfredo R. c. Briones, Gladys M. Publicado en: LLGran Cuyo2003 (diciembre), 948 Cita Online: AR/JUR/2987/2003.

<sup>104</sup> Código Civil. Art. 2.679. Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella.

<sup>105</sup> Código Civil. Art. 3.450. Cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

<sup>106</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de Derecho Reales, Buenos Aires, Zavalía Ed., 1976, tomo 3, p. 179 y sges.

reconocer por el poseedor el derecho de éste como copropietario de la cosa.

La segunda está por la posibilidad de la reivindicación de toda la cosa, partiendo de la letra de las normas antes indicadas, esto es porque si se prohíbe que el condómino reivindique una parte material determinada, es porque su señorío se extiende al todo y lo es por una parte ideal y no material.<sup>107</sup>

Donde concluye Mariani de Vidal en que "Por lo demás, la tesis amplia es la que más se acomoda a los fines prácticos, ya que de admitirse la reivindicación sólo en la medida de la parte ideal se estaría dando lugar al nacimiento de un derecho real anómalo o híbrido, formado por el dominio del condómino reivindicante triunfante y la posesión del tercero, que subsistiría sobre las partes de los comuneros que no fueron parte en el juicio"(ps. 181/182).

En definitiva vale decir que, en cualquier caso, el condómino puede reivindicar siguiendo dos tipos de razonamientos: uno en la medida de su parte ideal -pero no una parte material y determinada- o bien según la segunda tesis analizada, el todo, pero en ningún caso, se reitera bajo esta óptica, una parte determinada, que es lo que pretende el actor de autos.

También es oportuno aclarar para introducirnos en el tema que el condominio se extingue para el conjunto de los condóminos por los mismos modos que el dominio, admitiéndose la división entre modos absolutos y relativos. Por ejemplo, si la cosa se destruye, es puesta fuera de comercio, etc. (absolutos), o si es vendida por todos los condóminos (relativos).

Pero hay también formas típicas de extinción del condominio, tales como la adquisición de todas las partes por uno de los condóminos y la partición.

El Código de Vélez Sársfield admitía la licitación, como forma de extinción, la que consistía en una especie de subasta interna o cerrada que se realizaba entre los condóminos, cuando uno de ellos objetaba la tasación efectuada, y ofrecía mayor valor, caso en que se le adjudicaba al mejor postor. La ley 17.711 derogó el art. 3467 y sustituyó el art. 2696.

Específicamente nos vamos a enfocar en el último supuesto: si puede reivindicar una parte materialmente determinada, está previsto expresamente y resuelto en forma negativa por el Código en su art. 2679, en su parte final: " pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella".

---

<sup>107</sup> MARIANI DE VIDAL, M., ob. y tomo cit. p. 181

La reclamación de una parte determinada equivaldría a lograr la partición por vía indirecta, mediante el ejercicio de una pretensión reivindicatoria, desnaturalizando su esencia, y la del régimen de condominio.

### **3. Partición en General.**

Es característico del condominio común que cada uno de los condóminos pueda pedir en cualquier momento la división o partición de la cosa.

Así lo expresa el art. 2692<sup>108</sup>, estableciendo el siguiente artículo que a este derecho no pueden renunciar los condóminos de una manera indefinida, aunque está permitido convenir la indivisión por un término que no exceda de cinco años.

El art. 2693<sup>109</sup> contiene entonces una restricción –en cuanto al tiempo- de la posibilidad de pactar la indivisión.

De acuerdo a los arts. 19 y 872 del Cód. Civil no es permitido renunciar cuando existe un interés superior al particular. Congruentemente la acción de partición es imprescriptible (art. 4019, inc. 3<sup>110</sup>).

Reglas sobre Partición.

El artículo remite a las reglas relativas a la división de las sucesiones, respecto a la manera de hacerla y a los efectos que produce. El art. 3462 (según la ley 17.711) establece el principio –en materia sucesoria- según el cual, si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente.

El art. 3465 establece los casos en que la partición debe hacerse judicialmente, o sea:

- a) cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta;
- b) cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada, y
- c) cuando los herederos mayores y presentes no acuerden (se entiende que por unanimidad), hacerlo privadamente (reforma al art. 3462).

---

<sup>108</sup> Código Civil. Art. 2.692. Cada copropietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa.

<sup>109</sup> Código Civil. Art. 2.693. Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente.

<sup>110</sup> Código Civil. Art. 4.019. Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes:  
3º La acción de división, mientras dura la indivisión \* de los comuneros.

La partición puede hacerse en especie cuando la cosa es divisible, resultando cada uno de los condóminos adjudicatario de una parte o lote. Si la cosa es indivisible, por su naturaleza o por disposición de la ley, como en el caso en que la división pueda convertir en antieconómico el aprovechamiento de las partes, la división en especie no puede realizarse y los condóminos tendrán que optar por la venta, distribuyéndose el dinero una vez satisfecha las deudas comunes y pagados los gastos de la partición (arts. 2326, 3474, 638 y 3475 *bis*).

Se trata, en el caso, de una venta forzosa conforme al art. 1324, inc. 3 (reformado por ley 17.711).

Pero siempre que sea posible la división en especie, esta forma es preferida por la ley (art. 3475 *bis*, párr. I).

No desnaturaliza este tipo de división el hecho de que, en caso de que ésta no pueda realizarse de modo que corresponda exactamente con las proporciones de los condóminos, sea necesario establecer compensaciones en dinero.

Por ejemplo, dos personas son dueñas por partes iguales de un predio que se divide en dos lotes de la forma que más conviene dada la naturaleza de la cosa, pero uno de ellos resulta de mayor valor que el otro, el adjudicatario del primero deberá compensar esta diferencia de valor.

#### **4. Partición Provisional**

Podemos distinguir dos clases de particiones provisionales así designadas por el Código. La primera de ellas, cuando se ha dado la posesión provisoria de la herencia a los herederos presuntivos o instituidos del ausente con presunción de fallecimiento, quienes pueden llevar a cabo una partición provisoria, pero no pueden enajenar los bienes sin autorización judicial (arts. 118 a 121). La otra, que podría aplicarse más frecuentemente al condominio, no es una verdadera partición, ya que el condominio subsiste y lo que se divide es el uso y goce de la cosa. Tal el caso contemplado en el art. 3464<sup>111</sup>, que deja incólume la facultad de los condóminos de pedir en cualquier momento la partición definitiva.

Por ejemplo, varias personas tienen un fundo en condominio y, de común acuerdo, cada una explota una parte, extrayendo los frutos de esa porción, subsistiendo la comunidad respecto del dominio.

---

<sup>111</sup> Código Civil. Art. 3.464. La partición se reputará meramente provisional, cuando los herederos sólo hubiesen hecho una división de goce o uso de las cosas hereditarias, dejando subsistir la indivisión en cuanto a la propiedad. Tal partición, bajo cualesquiera cláusulas que se haga, no obstará a la demanda de la partición definitiva que solicite alguno de los herederos.

El Código dice que en este caso la partición se reputará meramente provisional (art. 3464).

## **5. Efectos De La Partición.**

El art. 2695<sup>112</sup> dice: "La división entre los copropietarios es sólo declarativa y *no traslativa de la propiedad ...*". La misma norma explica el alcance de este principio, que adopta uno de los sistemas posibles.

En efecto, al dividirse la cosa podría considerarse, o bien que ha ocurrido una transferencia de la propiedad de la comunidad hacia cada condómino que sería, a partir de allí, propietario exclusivo de la cosa. En este caso se habla de carácter constitutivo o efecto atributivo de la propiedad (*ex nunc*); o bien considerarse que la propiedad del condómino sobre la porción que le correspondió en la partición, tiene efecto retroactivo, no a la fecha de la partición, sino a la fecha de la constitución del condominio (*ex tunc*). El Código adopta el efecto declarativo, retroactivo o *ex tunc*, de modo que quien es adjudicatario de una cosa, o parte de una cosa, que mantuvo en condominio con otros, se reputa como si hubiera sido su propietario exclusivo desde el comienzo del condominio y no desde su extinción.

No deja de ser una ficción legal que tiene que ceder, en ciertos casos, frente a la realidad como -por ejemplo- en materia de evicción (art. 3505 y ss.) y por vicios ocultos (art. 3510).

Estos artículos son aplicables en virtud de la remisión hecha por el art. 2698.

Esto explica el efecto sobre las hipotecas constituidas sobre partes, materiales, que se consideran válidas en el caso que la porción de la cosa toque, en la partición, en el lote del hipotecante (arts. 2678, 2683 y 3123).

El art. 2696 dice: "*El mismo efecto tendrá, cuando por la división de condominio uno de los condóminos hubiera venido a ser propietario exclusivo de la cosa común, o cuando por cualquier acto a título oneroso hubiera cesado la indivisión absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros*".

En materia de evicción, cada uno de los partícipes responde por la correspondiente indemnización en proporción a su cuota, incluido el vencido en la evicción (ver arts. 2140 a 2144). Otro tanto ocurre con la garantía debida por vicios redhibitorios (art. 2164 y ss.) con la salvedad de que están limitados en el sentido de que para que la garantía funcione, los vicios deben exceder la cuarta parte del valor de la tasación (art. 3510).

---

<sup>112</sup> Código Civil. Disponible en internet en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet>

## 6. Naturaleza Jurídica de la Acción de División.

Hemos dicho que, no existiendo indivisión forzosa, cualquiera de los condóminos puede, en cualquier momento, pedir la división de la cosa.

Esta acción era en el derecho romano, una de las pocas acciones consideradas mixtas (*actio communi dividundo*), junto a la de deslinde (*finium regundorum*) y la de división de la herencia (*familice erciscundce*). Recordemos que en Roma la determinación de la naturaleza de la acción tenía importancia para establecer el contenido de la fórmula y la individualización precisa del demandado, si era personal, así como la necesidad de su comparecencia al juicio para ejercer la defensa.

En nuestro derecho se puede sostener, con base en lo expresado en la nota al art. 4023, en su última frase, que el Código no reconoce la existencia de acciones mixtas, lo que ha dado lugar a discrepancias acerca de si la acción de división de condominio es real o personal.

Quienes sostienen lo primero se fundan en que dicha acción persigue la extinción de un derecho real y el nacimiento de otro derecho, a pesar del mentado efecto declarativo de la partición<sup>113</sup>.

Los que entienden que es una acción personal se fundan en que no está en juego la existencia del derecho real, cuyo reconocimiento está implícito en el ejercicio de la acción, sino que sólo se tiende a concretar el cumplimiento de obligaciones por parte de los condóminos<sup>114</sup>.

La importancia práctica de la cuestión tiene relación con la determinación de la competencia del juez, según lo dispongan las leyes procesales.

No hesitamos en inclinarnos por la tesis que la considera una acción real, pues tiene un derecho real como base y fundamento de la pretensión (el de condominio) y la constitución de otro (el de dominio) como objeto. La circunstancia de que a veces la partición se traduzca en prestaciones en dinero de ninguna manera convierte en personales a las pretensiones de las partes, como no se convierte en personal la reivindicación en los casos de los arts. 2784 y 2785.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha zanjado la cuestión estableciendo expresamente que la regla de competencia de las acciones reales se aplica a la división de condominio (art. 5o, inc. Io, ap. 2o). La conveniencia de que actúe el juez del lugar donde está situada la cosa es manifiesta, si se tiene en cuenta que pueden ser necesarias

---

<sup>113</sup> Salvat - Argañarás, Tratado. *Derechos reales*, t. III, p. 68.

<sup>114</sup> Segovia, *El Código Civil de la República Argentina*, t. II, p. 147.

pericias, tasaciones o inspecciones oculares sobre el propio terreno, cuando se trate de inmuebles, o la exhibición de la cosa, cuando se trata de muebles.

## **7. Distintas formas de practicar la partición**

La división de condominio de fundos rurales debe realizarse según el procedimiento previsto en el artículo 538 del Código Procesal de Santa Fe, con designación de perito tasador y partidor, aun cuando se haya pedido la venta de tales fracciones en subasta pública alegándose que, por la escasa extensión y calidad de las tierras, la partición en especie se tornaría antieconómica, si no se acompañaron los títulos originales ni los planos de mensura y existen imprecisiones sobre las superficies y ausencia de certeza respecto de los valores en juego".

Según el artículo 3475 bis del Código Civil, dada la posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir a los condóminos la venta de los mismos. Sin embargo, dicha división debe poder realizarse sin perjuicio para la cosa misma ni para los condóminos, es decir, sin hacer antieconómico su uso y aprovechamiento.

Para las cosas indivisibles deja de regir este principio.

La partición en especie del condominio no puede ser descartada por el hecho de que el objeto no resulte divisible en porciones reales idénticas entre sí y matemáticamente iguales, pues las diferencias de valor, dentro de límites prudenciales, pueden ser salvadas por compensaciones en dinero o con otros bienes, a cargo del que recibe más de lo que le corresponde y a favor del que recibe menos.

La división en especie procura terminar con el condominio y convertir las partes ideales de los condóminos en fracciones materiales, generalmente equivalentes, lo cual no ocurre si alguno recibe un bien de superior valor a su cuota, en cuyo caso debe compensar económicamente a los demás. Así, con la división, en lugar de una parte alícuota sobre varios bienes se tiene el dominio exclusivo de uno -o más- de ellos; pero, en principio, no se tiene ni más ni menos que antes, pues sólo se convierte un derecho en otro distinto, aunque de contenido económicamente similar.

Si la división en especie de un inmueble sujeto a un condominio sólo es factible a partir de importantes modificaciones estructurales que requieren la construcción de reformas de cierta envergadura cuyo tiempo de realización y costo no han sido determinados, a la vez que resultan sumamente antieconómicas en función del valor total del bien y no se ha demostrado que exista disponibilidad efectiva de dinero de parte del demandado para afrontarlos, corresponde disponer su venta en subasta pública.

La subdivisión de todo inmueble rural en jurisdicción de la Provincia de Córdoba, por cualquier causa o título, está sometida a las limitaciones que prevén el artículo 2326 del Código Civil y la ley provincial 5485 reglamentaria del mismo, requiriendo la intervención de la Secretaría de Agricultura y Ganadería de la Provincia de Córdoba como organismo administrativo de contralor, cuya decisión debe asimilarse al dictamen pericial exigido imperativamente por ley.

Para que sea procedente la división de un inmueble en especie por el régimen de la ley 13.512, es necesario que la misma sea legal y materialmente posible, que sea cómoda (en el sentido de conveniente, fácil, funcional, económicamente útil para el uso y aprovechamiento que se ha de dar a las unidades), que no cause perjuicio para la cosa misma ni para los condóminos y que se respete el principio de igualdad entre los partícipes.

Una desigualdad de valores entre las unidades resultantes de la división de un inmueble en condominio que obligue a alguno de los copropietarios a una compensación dineraria puede tornar inoperante la misma, pues, si el obligado se niega a pagarla, el pago de esta compensación no le es exigible.

Corresponde el rechazo de la división del condominio de un inmueble en propiedad horizontal cuando existe una notable diferencia de metrajes de cada una de las unidades y de los valores asignados por la prueba pericial a los mismos, violándose el principio de igualdad en proporción a las partes indivisas de cada condómino.

La imposibilidad de dividir el bien en más porciones a raíz de un impedimento legal torna improcedente la división en especie, pues el único camino viable sería lograrla mediante la adjudicación de partes en condominio y ocurre que en autos la mayoría de los herederos pretende la venta del inmueble.

## **8. Solución Legal al Condominio por Confusión de límites.**

Los derechos sobre bienes inmuebles pueden estar determinados con exactitud en su extensión superficial y en sus límites y linderos cuando los títulos y los instrumentos que los acreditan contienen sus medidas exactas, precisando la longitud de cada uno de sus lados, grado de amplitud de sus ángulos, superficie, entre otros.

Sin embargo, en el terreno, no siempre estas dimensiones están determinadas con la misma precisión, por ausencia o desaparición de los artificios que convencionalmente se suelen colocar a los fines de establecer los límites de cada heredad, llámanse hitos, mojones, cercos, etcétera.

Queda claro con ello que la llamada "confusión de límites" no debe versar sobre una duda o ignorancia de la titularidad de los derechos sobre determinada franja o banda de terreno sino sobre su determinación precisa sobre éste. La confusión se da entonces cuando las partes no saben con exactitud, sobre el terreno, por dónde pasa la línea separativa de los predios, sea porque no existen señales separativas o porque éstas hayan desaparecido por acción del tiempo o por el hecho del hombre o, en fin, por un evento natural.

El Código, en solución que ha sido criticada muy especialmente por Bibiloni, crea para esta peculiar zona de incertidumbre un condominio "*por confusión de límites*" que ni es un verdadero condominio, ni son los límites los que están confundidos, sino que no se han precisado en el terreno, pues hablar de límites *confundidos* encierra una cierta contrariedad, mejor se diría "indeterminación concreta de los límites"<sup>115</sup>.

Naturalmente que para que se dé esta situación se debe tratar de: a) heredades contiguas; 5) los predios deben ser rústicos (en el sentido de no edificados y no de rurales -art. 2748-); c) el litigio no debe versar sobre el alcance de los títulos, y d) el límite no debe estar determinado sobre el terreno por ausencia o desaparición de las señales demarcatorias.

## **9. Acción de Deslinde. Distinción con la Acción Reivindicatoria.**

Se debe distinguir cuidadosamente en qué caso procede la acción de deslinde y en cuáles corresponde la acción reivindicatoria, tema del que se ha ocupado el codificador en la nota al art. 2746<sup>116</sup> y en el art. 2747<sup>117</sup> del Cód. Civil.<sup>118</sup>

Precisamente allí se hacen notar las diferencias que nos interesa destacar en el presente capítulo.

La acción reivindicatoria procede cuando los límites están cuestionados, o sea cuando uno de los propietarios los ha establecido avanzando sobre el terreno del otro, o -al menos- este vecino tenga esa pretensión, entendiéndose que ese avance importa una desposesión.

---

<sup>115</sup> Salvat - Argañarás, *Tratado. Derechos reales*, t. III, p. 207; LAFAILLE, H, *Tratado de los derechos reales*, t. III, Compañía Argentina de Editores, 1943,

<sup>116</sup> Código Civil. Art. 2.746. El que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, repútese condómino con el poseedor de ese terreno, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y se demarquen.

<sup>117</sup> Código Civil. Art. 2.747. Cuando los límites de los terrenos estén cuestionados, o cuando hubiesen quedado sin mojones por haber sido éstos destruidos, la acción competente a los colindantes es la acción de reivindicación para que a uno de los poseedores se le restituya el terreno en cuya posesión estuviese el otro.

<sup>118</sup> MUSTO, Nestor Jorge. *Derechos Reales*. Tomo I. Ed. Astrea. Buenos Aires 2000.

En otras palabras, uno de los vecinos ocupa una fracción de terreno, al cual no tiene derecho, conforme a su título.

En cambio, la acción de deslinde persigue sólo la determinación del límite o línea separativa de las heredades en el terreno.

La distinción tiene consecuencias prácticas pues en la acción reivindicatoria el actor deberá cargar con la prueba de su pretensión, y el juez debe fallar con estricta referencia a la prueba aportada. Si el actor no prueba acabadamente su derecho la sentencia deberá ser absoluta para el demandado o, en otras palabras, la demanda será rechazada.

Si en cambio la prueba es asertiva deberá devolverse la fracción ocupada desplazándose el límite al lugar que corresponde, según la prueba de los títulos.

En la acción de deslinde ambas partes adquieren a la vez las calidades de accionantes y demandados, la pretensión es una sola y ambos persiguen el mismo fin: la demarcación precisa del límite, aunque haya discordancia acerca de su ubicación.

Consecuencia de ello es que la carga de la prueba recae sobre ambos y que el juez no puede dejar de fallar sobre la procedencia de la demarcación y, en defecto de prueba precisa, tiene la facultad de determinarla según lo considere conveniente (art. 2755<sup>119</sup>).

Arbitrio que de ninguna manera debe interpretarse como arbitrariedad.

En la acción reivindicatoria, el aporte de los títulos y sus instrumentos probatorios es de capital importancia. En la de deslinde, si bien se toman como base para la determinación, y la mayor parte poseída de los terrenos que la que expresan los títulos, aunque la posesión sea de buena fe, no aprovecha al que la ha tenido (art. 2751<sup>120</sup>), la prueba pericial -en cambio- tiene importancia destacada (art. 2754).

El art. 2747<sup>121</sup> plantea dos casos en los que procede la acción reivindicatoria cuando los límites estén cuestionados ; o cuando hubiesen quedado sin mojones por haber sido éstos destruidos.

Este segundo supuesto sólo es idóneo para fundar la reivindicación cuando la destrucción de los mojones ha tenido como consecuencia que uno de los colindantes haya aprovechado la situación desplazando su ocupación más allá del antiguo límite, por lo que procede la acción para que restituya el terreno en cuya posesión entró de ese modo.

---

<sup>119</sup> Código Civil. Art. 2.755. No siendo posible designar los límites de los terrenos, ni por los vestigios antiguos ni por la posesión, la parte dudosa de los terrenos será dividida entre los colindantes, según el juez lo considere conveniente.

<sup>120</sup> Código Civil. Art. 2.751. La posesión de buena fe de mayor parte de terrenos que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido.

<sup>121</sup> Op. Cit.

Ello sin perjuicio de que previamente se intenten los remedios posesorios a que hubiere lugar.

Por último, las leyes procesales establecen un procedimiento específico para la acción de deslinde (art. 673 y ss., Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), mientras que la acción de reivindicación tramita por el procedimiento ordinario.

## **10. Legitimación Activa Y Legitimación Pasiva.**

Dice el art. 2749<sup>122</sup> que la acción de deslinde compete únicamente a los que tengan derechos reales sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo.

Se cuestiona la posibilidad de que la acción pueda ser intentada por el titular de un derecho de hipoteca, ya que este derecho no se ejerce por la posesión. Sin embargo, el Código no lo excluye y es innegable que puede existir interés por parte del titular del derecho hipotecario, no sólo como medida conservatoria sino también cuando se está en proceso de ejecución de la obligación garantizada con la hipoteca.

Pese a ello es conveniente que, formulada la demanda por titulares de derechos reales sobre cosa ajena, se integre la litis con el propietario.

En cuanto a la legitimación pasiva, el art. 2749 indica al propietario como titular de ella. La demanda puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos dependientes del dominio privado (art. 2750). El deslinde de los fundos que dependen del dominio público, dice la misma disposición, corresponde a la jurisdicción administrativa.

Algunos autores consideran que ambos fundos deben pertenecer al dominio público del Estado, pero entendemos que en todos los casos no habría propiamente ni "condominio" ni se dan los supuestos para una acción de deslinde.

Coincidimos con Salvat en que basta que uno de los fundos colindantes sea de dominio público del Estado.

## **11. Conclusión.**

En este capítulo se presentaron diversos fallos que evidenciaron la preponderante postura amplia en la acción de reivindicación, que inmersa en cada una de las opiniones de los magistrados y citadas por maestros del derecho de vasta trayectoria marcaron en cuestiones concretas que valen la pena destacar; verbigracia rechazar una demanda de acción reivindicatoria de un condómino contra un tercero por realizarla sobre una parte material individualizada, tampoco aceptaron tanto el a Quo como el Superior que

---

<sup>122</sup> Código Civil. Art. 2.749. Esta acción compete únicamente a los que tengan derechos reales sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo.

condómino pueda reivindicar su parte alícuota sobre el inmueble en una acción dirigida a un tercero, sino que lo hace por el todo.

Luego se incluyó como especie de reclamación por parte del condómino al derecho de partición donde se explicaron efectos de la misma, es decir tanto retroactivo “ex tunc” como a futuro “ex nunc” constitutivos de la propiedad.

Para por ultimo marcar la diferencia entre acción reivindicatoria sobre la acción de deslinde, indicar procedencia esta última cuyo fundamento básicamente consiste en delimitar o marcar límites sobre una cosa cuya división fáctica es difusa o de dificultosa determinación.

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones y propuestas.**

Sumario: 1. Conclusiones. 2. Propuestas.

## 1. Conclusión Final

Después de haber desarrollado ampliamente a lo largo de este trabajo cuestiones como la naturaleza de la acción reivindicatoria, sus efectos, aquellos quiénes pueden ser legitimados tanto activos como pasivos, ahondar en temas relacionados con el mismo y comentar fallos vinculados con la práctica legal de institutos vinculados al tema central, después de analizar cada punto propuesto debemos indicar que la afirmación realizada como hipótesis ha sido corroborada.

Ello se evidencia cuando en el desarrollo en el tema central, éste es efectos de la reivindicación en relación a un condómino y específicamente de un inmueble, se halla una dualidad de tratamiento legal debido que a pesar de estar regulados bajo la misma normativa surgen diferentes consecuencias jurídicas dependiendo de contra quién el reivindicante incoe la dicha acción.

Tal es así que en la actualidad, en base a argumentos doctrinarios jurisprudenciales se sostiene como ya se dijo una distinción legal en el planteo de de la acción reivindicatoria, según que se dirija contra un tercero o contra otro condómino. Por ello, si quién desposee es otro condómino, se apodera de toda la cosa, la acción se dirigirse contra el condómino agresor sólo en la medida del derecho del condómino reivindicante, en la extensión de su alícuota (art. 2761). Este hecho no responde a la realidad, porque nunca se reivindica la alícuota sino la cosa.

Un condómino titular de un octavo del inmueble, al igual que otro titular de siete octavos, sólo puede reivindicar la cosa y no la cuota. La titularidad de cada uno de los condóminos no se aplica a una porción de la cosa materialmente determinada, sino que se proyecta sobre cada una de las moléculas integrativas de la cosa.

Es decir, luego de reivindicar la cosa y de que ésta haya sido reintegrada, cada uno de los condóminos podrá hacer valer su derecho en la medida de su alícuota. La disparidad de las alícuotas no se plasma en el aspecto físico pero, restablecido el ejercicio del derecho sobre la totalidad de la cosa, lógicamente sí gravita, por ejemplo, en la percepción de frutos. No es lo mismo, en cuanto a la percepción de frutos luego de haber sido reivindicada la cosa, tener un octavo que siete octavos de la cosa.

Lo correcto es que siempre se reivindique la cosa; no se pueden reivindicar las alícuotas, porque la mitad, el tercio, el cuarto o el quinto inciden sobre toda la cosa y no se corporizan ni siquiera idealmente en ningún sector de ella.

No obstante, a pesar la postura predominante ya explicitada adherimos a aquella que en un caso similar cuestiona dicho razonamiento que la acción reivindicatoria de lugar a la totalidad del inmueble, debido a que para que la acción pueda tener acogida, o bien los

reivindicantes deben ser titulares de la totalidad de la cosa o bien deben actuar litisconsorcialmente con el resto de los comuneros, no estando legitimados para actuar por el todo cuando sólo les corresponde una parte ideal.

No obstante los casos que se dan bajo esta postura estricta salvo algunos casos no terminan de solucionar sus problemas por los que se reclama. Es por ello que creemos que para darle una solución concluyente, esta tesitura debería recurrir a otros institutos que la complementen. Esto es significa que a pesar de la crítica referida, creemos loable que de poderse particionar luego la cosa, de alguna manera se le estaría dando un sentido más práctico a la designación de alícuotas, cuestión que se indicará en el siguiente título a modo de propuesta, por supuesto estableciendo una serie de condiciones para resguardar a las partes que se encuentran ligadas.

## **2. Propuestas**

Ante una acción de reivindicatoria, establecer la parte alícuota que le corresponde al accionante en todos los casos:

Consideramos que en cuanto a los efectos de la acción reivindicatoria, si bien la doctrina hace una distinción dependiendo según sea el sujeto pasivo, es decir contra otro condómino o tercero, ésta solución debería ser única y armónica no haciendo distingos a quien va dirigida; es decir; en caso de salir triunfante el reivindicante, establecer sólo la parte alícuota que le corresponde al accionante ya sea contra otro condómino como contra un tercero.

Con este razonamiento, en caso de haber algún otro condómino interesado en hacer extensiva tal sentencia contra el tercero reivindicado, debería comparecer en el proceso donde se discute la misma invocando litispendencia y reclamar su parte alícuota, o bien realizarlo en un proceso autónomo. Con esto se impediría que se generen efectos sobre un un interés no invocado como es el del segundo condómino que teniendo un derecho no lo ejercita.

Fijar límites determinados sobre la cosa, basándose en la alícuota que le corresponde al condómino accionante:

Es importante destacar que cuando se realiza una acción de ésta naturaleza, lo que se quiere es dejar en claro que parte indivisa le corresponde a cada uno en un condominio, pero en la práctica en algunos casos lo que se necesita son límites físicos y claramente establecidos. A pesar que en algunas ocasiones resulta sumamente dificultoso realizar

una distinción tangible de ellos, en definitiva es lo que buscan muchos de los que reclaman mediante esta acción.

Por ello lo que se propone es que el accionante tenga la posibilidad si la cosa lo permite, que luego de salir triunfante de su acción reivindicatoria, de optar por la determinación forzosa de los límites en la cosa, si así lo solicitase, el juez que entiende la causa daría procedente a la partición Forzosa de la cosa.

Instrumentar la Partición Forzosa luego de cada acción reivindicatoria triunfante:

El juez competente sería el encargado de dividir la cosa reivindicada conforme a derecho, esto es vinculándolo con un instituto del cuál dispone nuestra legislación como es el de Partición Forzosa de condominio regulado en los artículos 2680 CC y 2698 CC de nuestro código de rito, y en el artículo 537 del Código de procedimientos Civil y Comercial de Santa Fe bajo el título de División de Cosas Comunes. No obstante el juez a los fines de hacer lugar a esta petición debería contar con algunas pautas que garanticen la equidad de la partición para no tornarla arbitraria.

En primer lugar estarse a lo que las partes dispongan en caso de llegar a un acuerdo en cuanto a fijación de límites.

Brindar una decisión equitativa, parcial, y favorable económicamente para las partes, garantizándola a través de la designación de oficio, no sólo de peritos tasadores o martilleros como indica el procedimiento sino también de otros si la situación la amerita peritos agrimensores, ingenieros o expertos en arte o rama identificada con la naturaleza de la cosa a partir.

## ÍNDICE

### Capítulo I

#### La Acción Reivindicatoria

1. Introducción.....	1
2. Antecedentes históricos.....	1
3. Ámbito de la acción reivindicatoria.....	3
Finalidades 4. Concepto legal.....	4
5. Interpretación.....	6
6. Legitimación activa.....	6
6.1 Propietario y titulares de otros derechos reales.....	7
6.2 Condóminos.....	8
6.3 Heredero.....	9
6.4 Legatario.....	10
6.5 Cesionario.....	10
6.6 Comprador a quien no se le ha hecho tradición de la cosa.....	10
7 Legitimación pasiva.....	11
7.1 Introducción.....	12
7.2 Poseedor.....	13
7.3 Tenedor.....	13
7.4 Reivindicación contra el heredero.....	16
7.5 Poseedor ficto.....	16
8. Objeto de la reivindicación.....	17
8.1 Introducción.....	17
8.2 El principio.....	19
8.3 Títulos de crédito.....	19
8.4 Partes ideales.....	20
8.5 Restos y accesorios.....	20
8.6 Universalidades de cosas.....	20
9. Bienes que no son reivindicables.....	20
10. Poseedor de mala fe.....	21
11. Cosas robadas o perdidas.....	21
12. Cosas adquiridas a título gratuito.....	21
13. Restitución del precio.....	21

14. Reivindicación de inmuebles.....	22
14.1 Introducción.....	23
<u>14.2 El principio.....</u>	<u>23</u>
<u>14.3 Los supuestos.....</u>	<u>24</u>
<u>15. El esquema del código.....</u>	<u>24</u>
<u>16. Nulidad y reivindicación. El artículo 1051 y su reforma.....</u>	<u>24</u>
<u>17. Efectos de los actos nulos y anulables.....</u>	<u>25</u>
<u>18. Acto no emanado del propietario.....</u>	<u>30</u>
<u>19. Registro y buena fe.....</u>	<u>31</u>
<u>20. El juicio de reivindicación.....</u>	<u>33</u>
<u>20.1 principios generales.....</u>	<u>34</u>
<u>20.2 Medidas cautelares.....</u>	<u>35</u>
<u>20.3 Distintas pretensiones.....</u>	<u>36</u>
<u>20.4 Carga de prueba.....</u>	<u>36</u>
<u>20.5 Distintos supuestos.....</u>	<u>37</u>
<u>20.6 estado reivindicante.....</u>	<u>39</u>
<u>20.7.La sentencia en el juicio de reivindicación.....</u>	<u>41</u>
<u>21. Conclusión.....</u>	<u>41</u>

## Capítulo II

### El Condómino y la acción de reivindicación

1. Introducción.....	45
2. Diferencia entre acciones posesorias y reales.....	46
3. Cuestiones procesales involucradas.....	49
4. reivindicación planteada frente a otros condóminos.....	49
5. Reivindicación planteada frente a terceros.....	49
6. Efecto de la acción real reivindicatoria teoría amplia y restrictiva.....	50
6.1 Fundamentos de la tesis restrictiva.....	53
6.2 Fundamentos de la tesis amplia.....	54
7. Tendencia jurisprudencial.....	56
8. Conclusión.....	64

## Capítulo III

### Jurisprudencia

1. Introducción.....	65
----------------------	----

2. Jurisprudencia comentada.....	67
3. Partición en general.....	67
4. Partición provisional.....	71
5. Efectos de la partición.....	72
6. Naturaleza jurídica de la acción de división.....	73
7. Distintas formas de practicar la partición.....	74
8. Solución legal al condominio por confusión de límites.....	75
9. Acción de deslinde. Distinción con la acción reivindicatoria.....	76
10. Legitimación activa y legitimación pasiva.....	77
11. Conclusión.....	79

#### Capítulo IV

##### Conclusión final y propuestas

1. Conclusión final.....	82
2. propuestas.....	83

|