



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera Abogacía

**“Acciones posesorias en el Código Civil y Comercial: impacto
en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de
Buenos Aires”**

2017

Tutor: DRA. PASQUET, Alejandra

Alumno: FLORES YANZ, Emmanuel Javier

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: 23 de Febrero de 2017

RESUMEN

Pretendemos con este trabajo analizar el nuevo sistema establecido para la defensa de la posesión y la tenencia luego de la sanción de la ley 26.994 creando el Código Civil y Comercial, y su impacto sobre el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.-

Para ello deberemos estudiar la naturaleza y evolución de las relaciones de poder existente entre las personas y las cosas y sus defensas. Abordaremos comparativamente el sistema creado por Velez Sarfield y el nuevo sistema del Código Civil y Comercial, estudiaremos los conceptos de posesión y tenencia para luego abocarnos en forma especial a las acciones para su defensa.-

Seguidamente dedicaremos un capítulo al estudio de las normas procesales de la provincia de Buenos Aires y examinaremos su interacción con el nuevo sistema de fondo.-

Concluiremos este trabajo exponiendo sobre la necesidad o no de modificar y actualizar el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires conforme la ley civil nacional actualizada.-

ESTADO DE LA CUESTIÓN

La normativa que estamos estudiando se encuentra vigente desde el día 01 de Agosto de 2015 contando con tan solo un año y pocos meses de vigencia, por lo tanto es una temática novedosa que aún no fue abordado por muchos doctrinarios del derecho civil, incluso autores de la talla de Mariani de Vidal o Beatriz Arean especializados en la materia aun no han publicado en su totalidad o la parte pertinente de sus manuales o tratados relativos al tema en cuestión.

Esta corta vigencia de la norma hace que contemos con limitada cantidad de antecedentes jurisprudenciales, menos aun de leading case que puedan traer a la luz posibles inconvenientes normativos o que hagan reaparecer discusiones doctrinarias al respecto.

Es así que luego de un exhaustivo recorrido por diversos centros de estudio, búsqueda web, y consulta con profesionales no hemos encontrado material de estudio donde se analicen las acciones posesorias y su impacto en el derecho procesal de la provincia de Buenos Aires. Los motivos por los que no encontramos este material publicado, consideramos que son los siguientes:

- La entrada en vigencia del C.C.C. ha cumplido solo un año.-
- Existe todo un sistema normativo que debe ser estudiado, coexistiendo numerosos objetos de estudio nuevos que se modificaron.-
- El foco del estudio del C.C.C. estuvo principalmente volcado a otras materias particularmente derecho de Familia.-

Ahora bien, a pesar de que su vigencia sea temprana, no lo es así su redacción y sus antecedentes; el Código Civil y Comercial de la Nación fue redactado por una comisión de juristas designada por decreto 191/2011. El texto final fue aprobado por el Congreso de la Nación el 1 de octubre de 2014, mediante la ley n.º 26 994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. El Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 –inicialmente lo haría el 1 de enero de 2016, lo que fue modificado por la ley n.º 27 077, publicada el 19 de diciembre de 2014, reemplazando al Código Civil de 1869, redactado por Dalmacio Velez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Velez Sarsfield.

En tal contexto de redacción, estudio y discusión surgieron algunos títulos relacionados a los derechos reales, así encontramos títulos como: “DERECHOS REALES - 2DA EDICIÓN ACTUALIZADA DE ACUERDO AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” Autor: Lilian N. Gurfinkel De Wendy Co-autores (tomo 2): Cossari, Nelson G. A.; Kozak, Verónica; Luna, Daniel Germán; Saucedo, Ricardo Javier; Vives, Luis María; “MANUAL DE DERECHOS REALES” Director: Eduardo Molina Quiroga Editorial: La Ley Edición: 2015; DERECHO REALES Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación, a cargo de Kiper, Claudio; “TRATADO EXEGÉTICO. 2º EDICIÓN ACTUALIZADA Y AUMENTADA.” Autores: Ignacio Alterini (Coordinador), Jorge Alterini (Director) Editorial: La Ley; “LA PROTECCIÓN POSESORIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” Carlos Mario Clerc, “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, Gabriel B. Ventura, entre otros papers y publicaciones en revistas jurídicas del tema.

Pretendemos con este trabajo partir de estos primeros pasos dados por los doctrinarios citados, enriqueciendo el material doctrinario vinculado a la materia y comparando las posturas más contrapuestas de estos autores, desde esa comparación evaluaremos como la entrada en vigencia de la ley 26.994 impacta en el foro procesal.

Por todo lo expuesto es que consideramos que esta investigación es un aporte importante para avanzar, acompañar y desentrañar las novedades traídas por el C.C.C. en este instituto.

Toda nueva norma jurídica merece ser analizada desde los distintos sectores del derecho, desde su nacimiento como proyecto hasta su aprobación y entrada en vigencia. Es en este momento cuando nos vemos inmersos en nuevos institutos que si bien son creados con objetos determinados, como puede ser cubrir lagunas jurídicas, garantizar derechos existentes o crear nuevos, surgen inconvenientes al momento de su aplicación que en ocasiones distorsionan el camino original de su creación.

Es por ello, que debemos someter a análisis este nuevo sistema jurídico tan trascendental como es el nuevo Código Civil y Comercial, sistema normativo que regula la vida cotidiana de las personas, poniendo a prueba su aplicación y los resultados a los que llegaremos de interpretar la norma desde distintas ópticas o pensamientos científicos.

Nuestra investigación se limitará a analizar las defensas posesorias en particular como impacta sobre el derecho procesal bonaerense. Dicha elección se da en primer

lugar, por surgir a partir de la entrada en vigencia del C.C.C. una modificación en la regulación de los derechos posesorios y sus acciones, provocando necesariamente cambios en las acciones derivadas de ellas que requieren ser estudiadas. Por lo tanto, es nuestra intención acompañar los primeros pasos de vigencia de la ley 26.994 en forma activa.-

MARCO TEORICO

La idea de que una persona pueda tener un poder de hecho sobre una cosa con presidencia del derecho que detenta sobre la misma tiene sus raíces en el derecho Romano. Es así que el término posesión, tiene su origen en la voz latina “*possessio*”, que etimológicamente proviene de *possidere*, palabra compuesta del verbo *sedere* y del prefijo *pos*, que significa “*poder sentarse o fijarse*”. Así, Argüello nos explica que los romanos entendieron por posesión a “*un estado de hecho por medio del cual una persona tenía una cosa en su poder y disponía de ella según su voluntad, como lo haría un propietario*”¹. Esta concepción romana de la posesión, fue redefinida por diversos juristas como Teófilo quien dijo que “*posesión es la tenencia de una cosa corporal, con ánimo de señorío*”, o Windscheid “*poseer una cosa significa tenerla de hecho en su propio poder*”, y ya Savigny sin conceptualizar dice que se está “*en posesión de una cosa cuando se tiene la posibilidad, no solo de disponer de ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña*”², esta última noción de posesión es superadora a las anteriores, inserta un punto vital dentro del instituto y que es el objeto de nuestra investigación, hacemos referencia a la facultad de defender esa relación de poder con la cosa.

Esta protección jurídica que otorga la norma a quienes son poseedores, alcanzó a diversos tipos de poseedores variando en cada sistema jurídico, tales como el que adquirió una cosa mediante un título imperfecto, o el que fue víctima de un engaño teniendo en su poder un título falso, llegando al caso extremo del que menos derecho tiene, el “poseedor vicioso de mala fe usurpador mediante violencia o clandestinidad”. Es así, que lo que busca protegerse mediante este instituto es el respeto al orden constituido, dentro del cual cada individuo debe recurrir a la autoridad jurisdiccional para modificar la situación de hecho.

Ahora bien, antes de la reforma al Código Civil y Comercial ya existía una postura unánime en la doctrina respecto a la necesidad de cambiar el sistema de la defensa posesoria debido a la cantidad de discusiones doctrinarias que existían por el sistema vertido. Esta discusión se circunscribía a la diferenciación de las acciones

1 ARGÜELLO, Luis Rodolfo, “Manual de derecho romano – historia e instituciones”, Editorial Astrea, 3° edición 7° reimpresión, año 2004. Pag. 202.-

2 ARGÜELLO, Luis Rodolfo, “Manual de derecho romano – historia e instituciones”, Editorial Astrea, 3° edición 7° reimpresión, año 2004. Pag. 203.-

posesorias propiamente dichas de las acciones policiales o si se trataba de lo mismo. La doctrina se dividió naciendo dos posturas bien marcadas al respecto, los que sostenían que el despojo era un ataque diferente a la desposesión afirmando que hablamos de acciones distintas donde las acciones posesorias propiamente dichas se circunscribían sólo a los poseedores, y siempre que reúnan los requisitos de la anualidad, la falta de vicios, debiendo ser además pública, pacífica, continua, ininterrumpida y no precaria; y por otro lado las acciones policiales que se limitaban a los poseedores cualquiera sea su naturaleza, sean legítimos, o ilegítimos, anuales o no anuales y aún viciosos, y también se acordaban a los tenedores. La postura contraria interpretaba que esta diferenciación de legitimación activa no resultaba trascendental a la hora de promover una demanda en defensa de la posesión, por lo tanto se trataba de acciones equivalentes.

En este trabajo, como explicamos más arriba, analizaremos cual fue la postura tomada por el Código Civil y Comercial de la Nación respecto a estas dos posturas y como debemos readecuar la normativa procesal a la nueva ley de fondo. Para esto hemos decidido hacer un estudio comparativo de las nuevas interpretaciones doctrinarias, tomando como eje de estudio la postura tomada por Eduardo Molina Quiroga en su Manual de Derechos Reales³, los comentarios al proyecto de modificación de la ley 26.994, el Código Civil y Comentado por Julio C. Rivera y Graciela Medina⁴ y un novedoso trabajo realizado por Gabriel B. Ventura⁵ profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba entre otras cátedras quien toma una postura opuesta a los textos antes nombrados.

Dado que la mira central de este análisis estará puesta en un estudio comparativo de la norma de Velez Sarfield y el nuevo Código Civil y Comercial, será necesario plantear algunos parámetros que sirvan de ejes conceptuales sobre los que apoyar la lectura interpretativa del corpus. Para empezar, entenderemos los conceptos básicos de posesión y tenencia conforme las redacciones propias de las normas jurídicas respectivamente.

El concepto de posesión de Velez Sarfield lo encontramos en el art. 2351 el cual reza que *“Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga*

³ MOLINA QUIROGA, Eduardo “MANUAL DE DERECHOS REALES” Editorial: La Ley Edición: 2015.-

⁴ MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview.-

⁵ VENTURA, Gabrie B. “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, La Ley, 2015 – E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>

una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad". Siendo la contracara de la Posesión, la Tenencia conceptualizada en el art. 2352: *"El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho"* debiendo complementarse con el art. 2461 *"cuando alguno por sí o por otro se hallare en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa"*.-

El nuevo Código Civil y Comercial en el art. 1909 conceptualiza a la Posesión de la siguiente manera: *"Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no"*. Seguidamente en el art. 1910 encontramos el concepto de Tenencia: *"Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor."*.-

Dentro de los conceptos a tener en cuenta para la lectura de este trabajo debemos incorporar el concepto de *"relación de poder"* nuevo elemento vertido en el Código Civil y Comercial el cual comprende las expresiones principales de posesión y tenencia. Este se prefirió ante el elegido por el Proyecto de 1998 el cual optaba por llamarlas *"relaciones reales"*, termino mucho más amplio y que se rechaza en los fundamentos al proyecto por ser equivoca ya que *"en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos relación real para significar derecho pera, por posición a relación personal."*⁶

Por último debemos detenernos en los denominados interdictos posesorios volcados en las normativas procesales, particularmente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Estos para una parte de la doctrina son la puesta en práctica de las acciones posesorias que consagra el Código de fondo; pero en oposición a esta postura parte de la doctrina afirma lo contrario, es decir, que son institutos distintos, por un lado los interdictos posesorios contenidos en los Códigos procesales, y por el otro las acciones posesorias consagrada en la ley de fondo. Sobre esta discusión dedicaremos un capítulo a su desarrollar.

⁶ LORENZETTI Ricardo Luis, como Presidente; HIGHTON DE NOLASCO Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida." FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN" – "PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN" 1ª ed.- Buenos Aires : Infojus, 2012.-

INTRODUCCIÓN

Ubicado dentro del área de los derechos reales, el tema ha desarrollado son las acciones posesorias en el Código Civil y Comercial y su impacto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Desarrollaremos el sistema de defensa posesoria existente en el Código Civil de Velez Sardfield comparativamente con el Código Civil y Comercial introducido por la ley 26.994.

Para ello deberemos trabajar sobre las posturas doctrinarias más antagónicas en tiempos de Velez, indagar si estos contrapuntos fueron resueltos o si continúan vigentes con la legislación actual.

Finalmente, atento a la compleja interrelación existente entre lo normado en la legislación de fondo y la legislación procesal estudiaremos como la legislación actual impactó en la legislación procesal, concluyendo con una propuesta superadora de actualización del Código Procesal Bonaerense.

Con el presente trabajo pretendemos demostrar a modo de hipótesis que si bien las modificaciones introducidas por la ley 26.694 en la materia posesoria buscaron simplificar y acabar las discusiones doctrinarias sobre el número de acciones existentes, aun existen autores que con idénticas posturas contrapuestas reavivan la discusión, asimismo demostraremos que es necesario actualizar la normativa procesal bonaerense ajustándola a la ley de fondo.

Los puntos que se probarán serán:

Que la división doctrinaria entre monistas y dualistas tiende a resurgir, habida cuenta de los doctrinarios que sostienen que en el Código Civil y Comercial se mantiene la distinción entre acciones policiales y acciones posesorias propiamente dichas.

Que la legislación procesal de la provincia de buenos aires ha quedado desactualizada y es necesario modificarla conforme la ley de fondo.

OBJETIVOS GENERALES:

- Analizar el origen de la protección de las relaciones de poder existente entre las personas y las cosas.
- Desarrollar la evolución histórica de las acciones posesorias hasta nuestros días.
- Explicar las acciones posesorias en la legislación Argentina.

- Explicar las diversas posturas existentes respecto a las acciones posesorias en la legislación nacional de Velez Sarfield y en el Código Civil y Comercial vigente.
- Analizar los interdictos posesorios en el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

-

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Comparar el sistema de las relaciones posesorias legislada en el Código Civil de Velez Sarfield y el Código Civil y Comercial Vigente.
- Explicar el origen y desarrollo de las teorías Monistas y Dualistas referidas a las acciones posesorias en el Código Civil de Velez.
- Analizar que teoría fue acogida por la comisión redactora al legislar las acciones posesorias en el Código Civil y Comercial.
- Analizar si en la doctrina actual se mantiene vigente la discusión doctrinaria entre teorías Monistas y Dualistas.
- Indagar la relación existente entre las acciones posesorias de la ley de fondo nacional y los interdictos legislados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.
- Determinar que reformas son necesarias para actualizar el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires en materia de interdictos, conforme la ley nacional civil actual.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

Sumario: *1. Introducción.- 2. La protección de la posesión en Roma.- 3. La protección de la posesión en el Derecho Canónico.- 4. La protección en el Derecho francés.- 5. La protección posesoria según Savigny y Ihering.- 6. Posturas modernas hasta el Código Civil de Velez.- 7. Conclusión.*

1. Introducción

Haremos un recorrido sobre los orígenes de las defensas de la posesión, veremos sus orígenes en Roma y cómo fue su evolución a través de los tiempos. Veremos cómo es tratado por el Derecho Canónico, el derecho francés y luego nos volcaremos a estudiar los mayores exponentes históricos en la materia, Savigny y Ihering. Finalmente nos avocaremos al derecho Argentino en tiempos de Velez Sarfield.

El nacimiento de este instituto se encuentra discutido en la doctrina existiendo dos teorías principales que coinciden en que su origen tuvo lugar con la labor del pretor, estableciendo esta protección por medio de interdictos. Discrepando en la razón que motivó su creación y el alcance del instituto en sus comienzos.

Clerc sintetiza estas dos teorías explicando que Niehbur, *“sostiene como eje principal que la protección posesoria fue creada para proteger a los ocupantes del ager publicus, porque, no siendo esta tierra susceptible de propiedad privada, sus ocupantes no podían defenderla contra una turbación o un despojo que pudieran sufrir sobre esas parcelas que le habían sido concedidas. En esa situación es que el pretor, a través de los interdictos, permitió la defensa de esas tierras. Más tarde esos interdictos fueron extendidos a la posesión en general.”*⁷ Esta postura coincide con lo narrado por el jurista Argüello.

Ihering, por otro lado sostiene que la protección posesoria fue una facultad propia del pretor de atribuir a una de las dos partes litigantes la posesión provisoria de la cosa litigiosa en las acciones de reivindicación y hasta la sentencia final. Esta posesión que entregaba provisoriamente el pretor se tutelaba mediante los interdictos.

Más allá de esta discusión sobre la causa que dio origen a la acción interdictal, este instituto a lo largo de la historia sufrió variaciones y modificaciones en su uso, procedencia y requisitos que debemos recorrer para conocer cómo llegamos a las acciones modernas plasmadas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

2. La protección de la posesión en Roma

⁷ CLERC, Carlos Mario, “La protección posesoria y el proyecto de código civil y comercial”, Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación. Ponencias de La Matanza - <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/lamatanza/>. Pag. 1.-

Para la protección de la posesión, sea privación o perturbación ilícita, en roma se creó una defensa particular “los interdictos” o “*interdicta*”. Este instituto en su comienzo era un procedimiento estatal administrativo que data de la época de las XII Tablas⁸ con el objetivo de proteger las cosas privadas y en particular las cosas públicas. El magistrado a pedido de una de las partes, ordenaba que la contraparte debía hacer determinada cosa (*facere*) o abstenerse de determinados comportamientos (*no facere*). Si el demandado no se allanaba a acatar la orden del pretor, entonces se sometía el asunto a la decisión del juez.

Es así, que en palabras de Aníbal Torres Vásquez los interdictos nacen como “*remedios creados por el magistrado o por el pretor para resolver relaciones que, por su naturaleza no se pueden hacer valer por vía de acción*”⁹. Llevándonos a la conclusión que desde sus comienzos los interdictos fueron remedios administrativos para la protección de la posesión, donde no se discutía su origen, y que sin llegar a ser acciones jurisdiccionales pretendían en forma rápida proteger el orden constituido, para así asegurar la paz pública.-

La doctrina Romana de la época clásica distinguía entre:

Interdicto de retener (*retinendae possessionis*): Para la protección de quien sin ser despojado del bien sufiera perturbaciones o molestias en su posesión.

Interdicto de recuperar (*recuperandae possessionis*): Buscaba restituir la posesión al poseedor despojado por un hecho violento o ilícito de un tercero.-

Interdicto de Adquirir (*adipiscendae possessionis*): Este último no era un medio de protección de la posesión, sino medidas procesales destinadas a adquirir la posesión de una cosa que al momento no se poseía.-

Estas tres clases de interdictos, en sus comienzos a su vez se dividían en subcategorías, que servían a situaciones fácticas determinadas como ser si era cosas muebles o inmuebles, si existía una posesión más antigua, o si el despojo provenía de hombres armados, etc. Mencionaremos a modo de ejemplos algunas con el objeto de ilustrar la variedad de institutos que existían en su comienzo pudiendo mencionar el *interdictum uti possidetis*, *interdictum utrubi*, *interdictum de vi*, *interdictum deprecario*, *interdictum de vi armata*, etc.-

8 ARGÜELLO, Luis Rodolfo, “Manual de derecho romano – historia e instituciones”, Editorial Astrea, 3° edición 7° reimpresión, año 2004. Pag. 215.-

9 VASQUEZ Aníbal Torres, “La defensa de la Posesión”, publicación web en www.ettorresvasquez.com. Pag. 4.-

Podemos señalar como particularidad del Derecho romano, que el mismo concedía los interdictos al que poseía *nec vi nec clam nec precario*, es decir cuando la posesión no era viciosa, por lo tanto el demandado contaba con la excepción para poder demostrar el carácter violento, clandestino o precario de la posesión del demandante. Este modo de defensa interdictal ha sido abandonado por el Derecho actual que protege a todo poseedor.

Finalmente finalizado el período Clásico, en los tiempos de Dioclesiano, a fines del s. III, durante el período del imperio o período del Derecho romano post clásico las fórmulas fueron abolidas, la palabra “acción” tomó su actual significación y se conservaron los interdictos y la *restitutio in integrum* (restitución por entero).-

3. La protección de la posesión en el Derecho Canónico

En el Derecho canónico se introducen modificaciones transcendentales a los institutos de protección posesoria. A mediados del siglo IX se crea a través de las Falsas Decretales de la mano de Isidorus Mercator, la *exceptio spolii*, buscando proteger la posesión de los obispos víctimas de los herejes y de los señores feudales quienes los habían despojado de su sede y de los bienes de sus iglesias, dando lugar a una acción a una acción de restitución. En tal sentido el *remedium spolii* surge como un privilegio de los obispos, interviniendo como incidente previo de un proceso criminal; en el cual solo sería juzgado luego de ser restituido a su cargo o en sus bienes.

Esta excepción, tuvo como consecuencia la *actio spolii*, transformando una intervención defensiva en una acción propiamente con un rol ofensivo. Ampliando los sujetos activos facultados para interponer la *actio* a los clérigos y también a los laicos despojados, imponiéndole al juez el deber de reintegrarles en la posesión perdida. Sobre esta ampliación de la acción explica Beatriz Arean que la *actio spolii* “se generalizó: protegía a los particulares, se aplicaba a toda clase de bienes, cualquiera que fuese la causa del despojo, y podía invocarse tanto en juicios civiles como en juicios criminales. Más adelante se permitió ejercer la acción no solo contra el despojante, sino también contra terceros poseedores de mala fe”.¹⁰

10 AREAN Beatriz A., “Derechos Reales”, Editorial Hammurabi, 6° edición 1° reimposición, 2008, Pag. 196

Lo que debemos destacar de este período es que amplió la protección posesoria a todo poseedor despojado violenta o clandestinamente.

4. La protección en el Derecho francés

En el s. XIV, las acciones posesorias de mantenimiento y de recuperar se confundieron en una sola llamada "*complainte o complaine en cas de saisine et de nouvellété*". El Parlamento Parisino estableció que el despojado de su heredad perdía la posesión pero conservaba la *saisine* (investidura). Esta acción servía para mantener la posesión en caso de turbación y recuperarla en caso de pérdida.

En el Código de Napoleón en su art. 2228, se estableció que: "*La oposición es la ocupación o disfrute de una cosa o de un derecho que se tiene o ejerce por uno mismo o por otro que la tiene y ejerce en su nombre*" ("La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom"), definición que fue tomada de Pothier, ampliando el concepto de posesión de cosa corpórea al de el "disfrute de un derecho".

A la par de esta acción surgió la defensa mediante la "*réintégrande*", acción que no requería la posesión anual, protegiendo incluso al detentador y eran pasibles de protección los bienes muebles, siempre y cuando la privación había sido violenta.

5. La protección posesoria según Savigny y Ihering

Los autores históricos que analizaron los derechos reales y particularmente la conocida discusión conceptual sobre los elementos que comprendían la posesión eran Savigny y su discípulo Ihering, brevemente explicaremos como entendieron estos autores que debía protegerse la posesión.

Según Savigny cualquier perturbación a la posesión no contraria al Derecho, por no ser un derecho la posesión sino una relación de hecho. Por lo tanto solo lo será si es que se viola a la vez a la posesión y a cualquier otro derecho. Por el contrario, Ihering reconoce en la posesión un derecho, por contar con protección jurídica (recordemos que para este autor un derecho subjetivo es "*un interés jurídicamente protegido*").-

Para Savigny el acto de perturbación o despojo de la posesión es un acto contra la persona, ésta es la víctima de la violencia, y como toda violencia es injusta, los

interdictos posesorios se dirigen contra esta injusticia. Por lo tanto el fundamento de la tutela es la prohibición de la violencia injusta contra una persona.

Para Rudolf von Ihering la posesión se protege como un complemento necesario de la protección de la propiedad. La posesión ocupa el lugar de la exterioridad, la visibilidad de esa propiedad. Según el autor, el instituto de la propiedad perdería sentido y dejaría de existir si el titular propietario para proteger su derecho tendría que probar su propiedad cada vez que sufre un ataque a la misma. Así, con la protección posesoria, basta solo con la prueba de la exterioridad de la posesión para gozar de la protección de su propiedad. Nos clarifica Anibal Torres Vasquez al sintetizar diciendo que *“Ihering fundamenta la protección de la posesión en la defensa de la propiedad. La protección de la posesión es un complemento de la protección de la propiedad, sin la necesidad de probar el derecho de propiedad, lo que aprovecha al mismo tiempo a los no propietarios que poseen aun contra los propietarios que no poseen.”*¹¹

6. Posturas modernas hasta el Código Civil de Velez

En forma sintética y a modo de cierre de este punto expondremos cuales son las posturas modernas en el derecho argentino sin sobreabundar en el tema ya que oportunamente, en un capítulo propio, desarrollaremos en forma detallada y pormenorizada las diferencias que trajo la reforma del nuevo Código Civil y Comercial respecto del Código Civil de Velez Sarfield.-

Previo a la sanción del código Civil de Velez, los poseedores de cosas muebles e inmuebles estaban facultados para promover interdictos solo contra el autor de despojo, finalizada esta acción era posible recurrir al plenario de la posesión pudiendo acumularse ambas.

El sistema del viejo Código Civil con la reforma de la ley 17.711, en opinión de la mayoría de la doctrina, frente a dos tipos de ataques distintos a la relación real de que se trate, se erigen dos tipos de acciones: las propiamente dichas y policiales, resultando en la previsión de cuatro acciones. En sentido estricto: de manutención de la posesión y de recuperación de la posesión; y las acciones posesorias de carácter policial: acción de despojo, de manutención.

11 – VASQUEZ Anibal Torres, “La defensa de la Posesión”, publicación web en www.ettorresvasquez.com.. Pag. 12

Esta diferenciación dio origen a una larga discusión doctrinaria en cuanto a si hablamos de cuatro acciones diferenciadas o si las acciones propiamente dichas y las policiales se tratan de un mismo instituto. Surgiendo así una Tesis Dualista, seguida por autores como Mariani de Vidal¹², en la doctrina mayoritaria que distingue diferencia ambas defensas, y una Tesis Unitaria que considera lo contrario (Palacios).

7.- Conclusión

Hecho este estudio de la evolución de la defensa de la protección de la posesión hasta Velez Sarfield, podemos inferir que a lo largo de la historia numerosos autores, juristas han pretendido proteger esa relación de hecho que prima facie presenta características sumamente endeble y que llevan a dudar si merece o no amparo alguno. Desde el derecho Romano se buscó un fundamento jurídico y una acción que responda acorde a tales circunstancias, creando diversos argumentos y distintos alcances a los remedios creados. En este universo de teorías encontradas y discusiones doctrinarias debemos concluir que el principio general es que de algún modo aquella relación de hecho entre un sujeto y la cosa siempre mereció una respuesta jurisdiccional para su protección.

12 Mariani apunta que la reforma de la ley 25.488 no ha modificado estos puntos: MARIANI DE VIDAL, Marina, "DERECHOS REALES"-, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalia S.A. Pag. 260.

CAPITULO II

LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO DE VELEZ SARFIELD Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL VIGENTE

Sumario: 1. Introducción.- 2. Concepto de posesión y tenencia.- 1.a.- Elemento objetivo.- 1.b.-Elemento subjetivo.- 3. La posesión como situación de hecho o derecho - naturaleza de la posesión.- 4.- Metodología de los Códigos.- 4.a.- La posesión como hecho.- 4.b.-La posesión como derecho.- 4.c.- La postura de tomada en nuestros cuerpos normativos.- 5. La presunción de la posesión.- 6.- Presunción de continuidad. .- 7. Inmutabilidad de la causa.- 8.- Conclusión.-

1. Introducción

En este punto nos dedicaremos a estudiar y comparar la teoría de la posesión en el Código Civil de Velez Sarfield, y el nuevo Código Civil y Comercial para ello debemos partir desde las letras de la norma, para luego abocarnos a los puntos de mayor impacto tienen sobre el caso objeto de estudio.-

Compararemos los conceptos de posesión en ambos códigos civiles, estudiaremos sus puntos coincidentes y sus diferencias. Veremos que naturaleza jurídica se le da posesión, en el nuevo código civil. Finalmente veremos algunos puntos sustanciales que regulan la materia posesoria en la ley 26.994: veremos la presunción de la posesión, presunción de continuidad y la inmutabilidad de la causa.

2. Concepto de posesión y tenencia

El concepto de posesión de Velez Sarfield lo encontramos en el art. 2351 el cual reza que *“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”*. Siendo la contracara de la Posesión, la Tenencia conceptualizada en el art. 2352: *“El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”* debiendo complementarse con el art. 2461 *“cuando alguno por sí o por otro se hallare en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”*.-

De este modo Velez, se sumaba a las filas de Savigny, requiriendo para la demostración de la posesión, dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo: *el corpus* y el *animus*.

El nuevo Código Civil y Comercial en el art. 1909 conceptualiza a la Posesión. De la siguiente manera: *“Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”*. Seguidamente en el art. 1910 encontramos el concepto de Tenencia: *“Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor.”*.-

De esta primera lectura de los conceptos de posesión podemos observar que no existen modificaciones de fondo o sustanciales que produzcan impactos trascendentales

en el instituto. Ambas definiciones toman como base la teoría Savigniana en donde se requiere un elemento objetivo y otro subjetivo.

Veamos a continuación como define cada código a la posesión y a la tenencia, y que elementos comprender:

1.a.- Elemento objetivo

“alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder” Art. 2351 CC

“una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa” art. 1909 CCC

Podemos apreciar que:

- Ambos artículos reconocen que la posesión puede ser ejercida por el propio poseedor o por medio de tercero (tenedor).
- Ambas definiciones hablan de una relación de poder sobre una cosa.
- El CCC innova perfeccionando la definición al aclarar que se trata de una relación de poder de hecho, excluyendo la posibilidad de plantear el origen de esa relación de poder mediante un acto jurídico.

1.b.- Elemento subjetivo

“con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”. Art. 2351 CC

“comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no” art. 1909 CCC

Podemos apreciar que:

- Velez habla de que basta con que el autor tenga la *“intención de someterla”*, en una redacción que haciendo una interpretación estricta de la letra bastará simplemente con que el poseedor dentro de su psiquis tenga tal voluntad para que encuadre dentro de la norma. Actualmente el CCC requiere una acción efectiva que es la de *“comportarse como titular”* requiriendo una participación activa del poseedor, es decir, requiere la efectiva manifestación de la voluntad mediante actos posesorios, aunque sea ínfima.

- El CCC plantea que el poseedor debe actuar como titular de un derecho real, dejando de lado el concepto de “derecho de propiedad” el cual podía llevar a discusiones interpretativas. Actualmente al hablar de derechos reales, nos limita al *numerus clausus* del CCC, y no solo ello, sino que debemos excluir aquellos derechos reales que no se ejercitan mediante la posesión. Regularizando así, cuestiones que la doctrina ya había asumido, como la posibilidad de usucapir una servidumbre.
- Por último, el CCC incorpora la aclaración de que se es poseedor “*sea o no*” titular de ese derecho real, reafirmando la idea de que se puede poseer la cosa más allá de que exista o no un derecho a poseer.

3.- Metodología de los Códigos

La metodología adoptada por el Código de Velez Sardfield ubicaba a la teoría de la Posesión en el Libro Tercero “De los Derechos Reales” título II, capítulo I,II,III,IV,V,VI art. 2351 a 2467. Manteniéndose el mismo sistema en el nuevo CCC en el Libro Cuarto “Derechos Reales” título II, capítulo I,II,III, art. 1908 a 1940 completan la teoría general de la posesión los artículos 1891,1892,1895,1900 a1907. Con una notable reducción de la cantidad de artículos que regulan la materia.

4.- La posesión como situación de hecho o derecho - naturaleza de la posesión

Parte de la discusión y análisis de la posesión en la doctrina fue determinar cuál es su naturaleza jurídica, responder a este interrogante no es fácil, la cuestión es si existe derecho a la posesión o la posesión es una circunstancia de hecho que produce efectos jurídicos sin que sea un derecho *per se*. Nos detendremos aquí a evaluar estas dos posturas.

4.a.- La posesión como hecho

Parte de la doctrina más extrema interpretó a la posesión como un mero hecho que si bien el derecho le atribuyó una consecuencia jurídica, ello no era suficiente para referirnos a ello como un derecho. Otras posiciones menos extremas consideran que la posesión nace como un hecho, pero inmediatamente se convierte en relación de derecho pues apenas nacida es productora de efectos jurídicos. Savigny sostiene que la posesión

considerada en sí misma es un hecho, pero sus consecuencias semejan un derecho; por lo tanto la posesión, para este autor, es a la vez un hecho y un derecho.

4.b.- La posesión como derecho

Ihering parte de la noción de derecho subjetivo, el que para este autor es equivalente a “*un interés jurídicamente protegido*”. Producto de ello, concluye que si la posesión cuenta con protección jurídica tiene que necesariamente ser un derecho.

Si bien, parece asertiva la postura de Ihering, no podemos dejar de lado la diferencia sustancial que existe con los derechos subjetivos. Beatriz Arean al desarrollar este punto realiza esta aclaración y explica que los derechos subjetivos necesariamente siempre tienen un hecho generador. Producido este, el derecho se desprende del hecho y quedan sus consecuencias, en cambio, en la posesión debe persistir el hecho para que persista el derecho. Por lo tanto, “*el derecho nace con el hecho y desaparece con él*”.¹³

Vale aclarar, por nuestra parte, que esta afirmación no es del todo correcta, si bien es cierto que existe una estrecha relación entre el hecho de la posesión y los derechos que nacen a partir de esta, la pérdida de la posesión, o mejor dicho del corpus, no hace a la extinción automática de los derechos emergentes de esa relación de poder. El sujeto titular de la relación de poder que pierde el hecho de la posesión contará con los derechos propios de las acciones defensivas de esa posesión, sean interdictos o acciones posesorias el C.C.C.

4.c.- La postura de tomada en nuestros cuerpos normativos

Al estudiar el Código Civil Velezano podemos hallar posturas encontradas de nuestro antiguo codificador. Por un lado parece no dejar dudas al respecto que el Código Civil considera a la posesión como un hecho. Pero luego vemos la nota al artículo 2470 donde parece ser que VELEZ adhiere a la doctrina de la posesión como un derecho, y al respecto dice “*La posesión se nos presenta en su primer aspecto como un poder de hecho sobre la cosa, como un no derecho, algo en fin, completamente extraño al derecho; sin embargo ella es protegida contra ciertas violaciones. El motivo de esta*

13 AREAN Beatriz A., “Derechos Reales” Editorial Hammurabi, 6° edición 1° reimpresión, 2008, Pag. 126.-

protección y de esta asimilación de la posesión a un derecho, es la conexión íntima que existe entre el hecho de la posesión y el poseedor.”

Por otra parte el Código Civil se ocupa de la posesión antes de entrar a tratar de los derechos reales, y no entre ellos; en la nota al libro III se dice que la posesión es un elemento de los derechos reales, y no puede ser un elemento de un derecho real y un derecho real a la vez; finalmente para demostrar que el Código Civil considera a la posesión como un hecho y no como un derecho diremos que no se encuentra enumerada como un derecho real en el artículo 2503.

La posesión consiste en un hecho, pero actúa como causa de un efecto jurídico. En cuanto el derecho recoge este hecho y lo defiende y mantiene, da lugar a que quien posea esté protegido jurídicamente, tenga un derecho. En la posesión el derecho deriva del hecho, al contrario de lo que ocurre con la propiedad en donde el hecho de poseer lícitamente deriva del derecho del propietario.

Finalmente en la nueva redacción del Código Civil y Comercial, nos encontramos con la ratificación de la postura originaria del código anterior. Dejando en claro que cuando hablamos de la posesión, hablamos de un hecho. Queda plasmado esto en art. 1917 *“Innecesariedad de título. El sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder”*.

5. La presunción de la posesión

La nueva redacción del Código Civil y Comercial incorporó una presunción que produce una inversión de la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se discute la posesión. El artículo 1911 del CCC reza lo siguiente: ***“Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.”***

Esta incorporación nos está diciendo que demostrado el *corpus* se presume la posesión sin necesidad de acreditar el *animus*. Claro está, que admite prueba en contrario, y esta presunción cae ante el caso que se demuestre que ese *corpus* detentado tuvo origen en una relación de tenencia, mediante pruebas irrefutables como puede ser un contrato de locación.

Este artículo nos recuerda a Ihering quien sostenía que *“basta acreditar el corpus para que se presuma la posesión, salvo en los casos en que el legislador haya negado la protección posesoria. En tales casos sólo hay tenencia, pero para acreditarlo, el que niega la posesión debe probar la existencia de una causa jurídica de tenencia (causa detentiom's). De ahí que Ihering elogiara tan calurosamente las presunciones que en materia de posesión consagró el Código Napoleón.* ¹⁴

La importancia de las presunciones en materia posesoria y de tenencia de las cosas, es trascendental porque la continuidad, el tiempo y el momento de la posesión son el eje central para adquirir o perder derechos reales; razón por la cual, es importante en muchos casos determinar desde cuándo se ejerce la posesión, cómo ha comenzado la misma, cómo ha transcurrido, si ha cambiado el título de la posesión por el de tenencia o viceversa.

En un sentido similar Velez redactó el art. 2363 expresando que: *"El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. Él posee porque posee"*. Resaltando que entre las obligaciones inherentes a la posesión establecidas en el código de Velez no se menciona la obligación de producir prueba respecto de la causa u origen de la posesión conforme los arts. 2416 a 2421.

Esta incorporación al C.C.C. está dirigida a ser utilizada en el ámbito jurisdiccional como medios de prueba que oportunamente deberá ser valorada por el magistrado interviniente. El motivo de esta incorporación es ampliar la protección de la norma a otros sujetos poseedores, bien explica G. Medina y J. Rivera en los comentarios al C.C.C. que *“tanto en el Anteproyecto de Babiloni como en el Proyecto de 1936 se apoya la teoría objetiva con una finalidad declarada más amplia: proteger no sólo quien posee como medio para usucapir, sino a quien ejerce un poder efectivo, pleno o no, respecto de todas o de algunas de las facultades inherentes al dominio (Informe de la Comisión Reformadora de 1936: Reforma del Código Civil. Antecedentes, p. 143).*¹⁵

6.- Presunción de continuidad

14 DASSEN Julio Y VILLALOBOS Enrique Vera, “El “Corpus” Y El “Animus” La Polémica Savigny - Ihering’.” Publicado en Revista “Lecciones y Ensayos” Número 16 Año 1960, Pag. 54.

15 MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pág. 4462

Otra incorporación del nuevo C.C.C. es la presunción de continuidad plasmada en el art. 1930, el que expresa: “*Presunción de continuidad. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio*”.

Se busca con esta norma completar los lapsos temporales donde el poseedor no puede probar la posesión pero si cuenta con pruebas de que el ejercicio de la posesión comenzó antiguamente, es decir, si alguien prueba por un medio idóneo haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio. Esta presunción es *iuris tantum* por lo tanto cae si se acredita una situación de hecho distinta por un medio probatorio contundente.

Previo a esta modificación en el viejo Código Civil podíamos encontrar lo que Velez llamaba la “*conservación de la posesión solo animus*”. Esta doctrina buscaba sortear los lapsos temporales en los que el poseedor no tenía contacto con la cosa, es decir, pretendía reparar en la continuidad de la posesión antes mencionada. Para ello se interpretaba que a pesar de haber perdido el *corpus* con el solo *animus* de continuar siendo poseedor, se continuaba siéndolo, de tal modo la cosa no reviste la calidad de pérdida y por lo tanto no es susceptible de apropiación. Esta situación se encontraba delineada en los arts. 2447, 2450 y 2457.

Consideramos ampliamente clarificadora y superadora esta corrección, la idea de la continuidad de la posesión “*solo animus*” es difícil de plasmar en la realidad jurisdiccional debido al carácter netamente subjetivo de ello abriendo un portal a infinitas discusiones. En cambio, una presunción legal, deja de lado cualquier discusión en el ámbito subjetivo, quedando firme la presunción mientras que no se pruebe lo contrario.

7. Inmutabilidad de la causa

El viejo principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* expresada en la frase "nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión". Se incorpora en la nueva redacción del C.C.C. sin mayores modificaciones. Esta norma hace referencia a la estabilidad de la relación real, en donde la cusa que dio origen a esa relación queda incólume desde el momento de su nacimiento, sea posesión o tenencia y no puede ser modificada *per se*.-

La redacción del art. 1915 del nuevo código civil no parece distanciarse mucho de lo establecido por Velez en el art. 2353:

Art. 2353. Nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.-

Art. 1915.- Interversión. Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.

La nueva redacción nos viene a dejar en claro que hablamos de la Interversión de los títulos y que para que la misma sea procedente es necesario un acto jurídico válido que haga nacer una nueva relación real ej. de ello es la *traditio brevi man*.

Es importante destacar, que se deja en claro que la mera intención de dejar de ser tenedor para ser poseedor no es suficiente, es necesario que exista una manifestación mediante actos exteriores, y en segundo lugar que esa manifestación produzca efectos, es decir, que el poseedor efectivamente pierda cualquier poder de hecho o señorío sobre la cosa.

En pocas palabras podemos decir que Vélez creó presunciones de inmutabilidad que debían ser derrotadas mediante prueba en contrario de la interversión del título, el C.C.C. si bien no crea una presunción, establece requisitos para la modificación de la relación real. Por lo tanto, no cumplidos y demostrados esos requisitos se entiende que no se ha intervertido el título.

8. Conclusión

Concluyendo, el nuevo Código en lo que respecta a la teoría de la posesión no ha sido tan innovador como en otros institutos manteniendo el lineamiento del Código Civil de Velez. Cabe destacar que atendiendo las críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia al Código Velezano se introdujeron modificaciones que facilitan la

lectura de la norma y despejan dudas respecto a su sentido e interpretación, podemos verlo en la afirmación de que la posesión es una relación de hecho y no de derecho.

Por nuestra parte vemos que con buena técnica legislativa y en contra de la afirmación de Velez, quien creía que los conceptos no eran propios de los códigos, se introduce lisa y llanamente concepto de posesión, tenencia, relación de poder, que favorece la interpretación del Código y su sistema.

CAPITULO III

TRATAMIENTO DE LAS ACCIONES POSESORIAS PROPIAMENTE DICHAS Y LAS ACCIONES POLICIALES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

Sumario: 1.- Introducción.- 2.- Tratamiento de las acciones Posesorias en el Código Civil de Velez.- 2.a.- Acciones posesorias propiamente dichas. 2.b.- Acciones policiales. 2.c.- Tesis Unitaria y Tesis Dualista.3. Tratamiento de las acciones Posesorias en el Código Civil y Comercial.- 4. Nuevas posturas doctrinarias sobre el Monismo y el Dualismo.- 5. Conclusión.-

1.- Introducción

Una de las discusiones más complejas y discutidas en la doctrina cuando hablamos de acciones posesorias es la distinción entre las “acciones posesorias” y “acciones policiales” la cual de ninguna manera podemos decir que fue simple ni pacífica, encontramos numerosas posturas enfrentadas que no lograron consenso en su interpretación más allá de que haya sido admitido por gran parte de los doctrinarios por la aceptación de su distinción.

En este capítulo nos dedicaremos a desarrollar como fue resuelta esta discusión en la nueva legislación civil, demostraremos que a pesar de los esfuerzos de la comisión redactora por simplificar el sistema aun existen autores que sostienen que la disputa no fue resuelta en su totalidad. Para ello, primeramente explicaremos el sistema creado por Velez Sarfield y las discusiones doctrinarias que esta norma trajo, desarrollando las posturas Monistas y Dualistas. Finalmente, analizaremos el sistema de nuevo Código Civil y Comercial y contraponemos las posturas más controvertidas sobre el tema.

2. Tratamiento de las acciones posesorias en el código civil de Vélez

En los esquemas clásicos de ataques a la posesión o a la tenencia (incluyendo el sistema Veleceano) existen dos formas posibles de atacar las relaciones de poder existentes, siendo ellas la turbación o el despojo.

Así, en el art. 2496 del Código Civil se conceptualizaba a la **turbación** de la siguiente manera *“Sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor”* y seguidamente reguló al **despojo** en el art. 2497 estableciendo que *“Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo.”*

Estos actos de turbación y despojo, debían ser interrumpidos con una defensa legal que sea distinta a la fuerza propia del sujeto víctima de ataque, explica Molina Quiroga que la norma responde *“a la esencia del Estado de Derecho, que promueve la*

interdicción de la violencia privada y la erradicación de la justicia por mano propia, aun cuando quien se ve afectado en la relación real sea titular de un derecho”.¹⁶ Así, es que el estado debe brindar herramientas jurídicas suficientes para quien es víctima de estos actos pueda garantizar la defensa de sus derechos.

Cabe aclarar que existe el caso excepcional de la defensa extrajudicial o privada de la posesión regulada en el art. 2470 del C.C., de la cual solo diremos que faculta a usar la fuerza propia en situaciones especiales asimilables a la legítima defensa, en las cuales es tolerable el uso de la fuerza para repeler actos antijurídicos. Esta situación se da cuando el poseedor o tenedor es atacado por la fuerza y utiliza su propia fuerza para protegerse en la posesión propia, evitando actos turbatorios o como reacción ante el acto de despojo, con la finalidad de recobrar el corpus. El límite de esta defensa es temporalmente acotado, ya que entre la defensa y la turbación o desposesión no debe mediar intervalo de tiempo, asimismo no debe exceder los límites de la defensa. Al no ser un punto controvertido en la doctrina, y no representar mayores dificultades en su comprensión no nos explayaremos más sobre el tema, debido a que perderíamos el eje innecesariamente de nuestro objeto de estudio.

Volviendo a las acciones jurisdiccionales, a los efectos de materializar la defensa jurisdiccional de estos ataques Velez al redactar el Código Civil se nutrió de diversas fuentes, como el Derecho Romano, el Derecho Español, el Derecho Francés, el Esboco de Freitas, el Código Civil de Chile y el de Austria¹⁷, todas estas fuentes que no eran armónicas entre sí llevaron a que existan las discusiones doctrinarias que a continuación explicaremos.

Velez distinguió dos tipos de defensas: las acciones posesorias strictu sensu y las acciones policiales¹⁸. Las primeras beneficiaban al poseedor, conjuntamente con los interdictos, las acciones policiales y las defensas de tipo privadas. A su vez, no cualquier tipo de poseedor contaba con todos los tipos de acciones reguladas, sino que, era necesario ser poseedor anual y no vicioso para iniciar las acciones strictu sensu conforme los arts. 2487, 2473, 2495 del Código Civil de Velez. Dejando por exclusión a

¹⁶ MOLINA QUIROGA, Eduardo “MANUAL DE DERECHOS REALES” Editorial: La Ley Edición: 2015; Pag. 589 -

¹⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina - Derechos Reales - Tomo I, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalía S.A.. Cap. 5,

¹⁸ Si bien esta dualidad de acciones no fue aceptada pasivamente por toda la doctrina, consideramos necesaria plasmar su distinción para una mayor comprensión del tema para luego adentrarnos en el debate en cuestión.-

los poseedores que no reunían estas características con legitimación activa para interponer las acciones policiales (arts. 2469 y 2490, Civ.), contando con una sola acción para cada tipo de ataque. Agregamos que a todas estas acciones debemos adicionarles las defensas judiciales creadas por lo Códigos de Procedimientos de las cuales nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

Ambas clases de acciones se confieren para mantener o recuperar la relación posesoria. Diferenciándose en su legitimación activa, su legitimación pasiva, el alcance del efecto reipersecutorio y el alcance de la cosa juzgada que se produce en unas y otras. A continuación, explicaremos brevemente de que se trataba cada una de ellas.-

2.a.- Acciones posesorias propiamente dichas.

Estas acciones, llamadas Acciones Posesorias de Mantener y de Recuperar tenían una legitimación activa acotada, pero amplia legitimación pasiva. Quien instaba esta acción debía ser poseedor anual, no vicioso conforme el art. 2473 el poseedor de la cosa no contaba con facultades para entablar acciones posesorias, si su posesión no tuviere a lo menos el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina. Sumado a ello la posesión debía ser continua y no interrumpida como lo establecía el art. 2.481.

La legitimación pasiva, en cambio, era “erga omnes”, exceptuándose los casos del sucesor particular poseedor de buena fe de cosas muebles que no sean robadas o perdidas (art. 2488 C.C. en concordancia con el art. 2414 C.C.).-

2.b.- Acciones policiales.

Las llamadas Acciones Policiales de Manutención y de Recobrar o Despojo cuentan una legitimación activa amplia, siendo los sujetos activos de esta acción todo poseedor o tenedor aún vicioso, quedando excluidos los casos del art. 2490 C.C., es decir, aquellos que detentaban la posesión como tenedores en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad. En el mismo sentido el art. 2491 C.C. establecía que la acción se dirigía contra los sucesores universales y los sucesores particulares de mala fe, por lo tanto si el poseedor actual era un sucesor particular de buena fe el despojado o turbado no podría accionar contra este.

Es así que en forma breve y sintética plasmamos que en el Código de Velez existían dos tipos de respuestas distintas para cada tipo de ataque, resultando cuatro acciones: dos acciones policiales, dirigidas a mantener y a recuperar la posesión y dos acciones posesorias propiamente dichas con similar objetivo.

Esta dualidad que plasmamos en forma sintética en los puntos 2.a y 2.b no fue aceptada por toda la doctrina en forma unánime y pasiva, existieron innumerables autores doctrinarios que intentaron explicar el funcionamiento de este sistema y cuál era su postura. Algunos autores se volcaron por la dualidad de acciones mientras que otros defendieron con ahínco su inexistencia.

En el punto subsiguiente nos referiremos a las diversas teorías y discusiones existentes. Cabe aclarar que no nos adentraremos en la discusión en forma minuciosa ya que el Código de Velez no se encuentra vigente. A pesar de ello consideramos necesario su estudio para comprender la discusión que orbita hoy el Código Civil y Comercial vigente.-

2.c.- Tesis Unitaria y Tesis Dualista.

Como venimos plasmando desde el comienzo de este estudio, la doctrina no fue pacífica al estudiar las acciones posesorias, podríamos hasta decir que fue uno de los temas más discutidos y con posiciones más controvertidas del Código de Velez.

La postura mayoritaria fue la Dualista en donde se diferenciaban dos tipos de acciones, las posesorias propiamente dichas y las policiales. Esta corriente fue seguida por Alterini, Highton, Mariani de Vidal, Areán, Musto, Iturbide, Gabás, Papaño, Kipper, Dillon, Causse. Estos autores reconocían las acciones posesorias y los interdictos como dos tipos distintos de defensa posesoria, marcando diferencias sustancialmente amparados por el Código Procesal de la Nación. Estos autores encontraban que el segundo párrafo del art 623 del CPCCN distingue en su redacción al mencionar “*acción posesoria o el interdicto*”, en segundo lugar el código de procedimientos otorga trámite ordinario a las acciones posesorias y a los interdictos tramiten por la vía sumarísima. Otra distinción en cuanto a los plazos para interponer el reclamo, en las acciones posesorias encontramos un plazo de prescripción mientras que al hablar de las acciones de carácter policial hablamos de caducidad. En cuanto a la legitimación activa, explicamos que sus sujetos activos son distintos, pudiendo afirmar que las acciones posesorias protegen la posesión anual, los interdictos la posesión actual.

En forma opuesta a estos autores los defensores de la Tesis Unitaria, sustentada por autores de importante renombre como Guillermo Borda y Palacio en lo procesal, pretendían prescindir de los requisitos de la anualidad y la falta de vicios y consideraban que la dualidad estaba derogada en forma tácita luego de la reforma de la ley 17.711, afirmando que en la nueva redacción de los arts. 2469¹⁹ y 2490²⁰ ya no se podía distinguir la dualidad de acciones, pretendiendo que exista una sola acción tanto para poseedores como tenedores dirigida a recuperar la posesión con un efecto reipersecutorio limitado al despojante, sus sucesores universales y los sucesores particulares de mala fe, conforme los términos del art. 2491²¹.

No nos extenderemos más sobre este punto, consideramos que explayarnos en esto es innecesario ya que el lector puede recurrir al material existente previo a la sanción de la ley 26.994, asimismo, atento a la derogación del Código de Velez consideramos que debemos profundizar en la nueva normativa vigente. A modo de síntesis podemos afirmar que la distinción en cuanto a las acciones estricto sensu y las acciones policiales se sustenta en su legitimación activa, legitimación pasiva, efecto reipersecutorio y su tramitación procesal.

3. Tratamiento de las acciones Posesorias en el Código Civil y Comercial

3.a. A modo de introducción

Analizada la regulación y las discusiones doctrinarias en el Código Civil de Velez corresponde abocarnos a estudiar si se mantiene la distinción entre acciones propiamente dichas y policiales en el nuevo Código Civil y Comercial.

En primer lugar es destacable que con buen tino se redujo notablemente la cantidad de artículos que regulaban las acciones posesorias quedando dispuesta su regulación en el Libro Cuarto – Derechos Reales Título XIII. - Acciones posesorias y

¹⁹ Art. 2.469. La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriere, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales.

²⁰ Art. 2.490. Corresponde la acción de despojo a todo poseedor o tenedor, aun vicioso, sin obligación de producir título alguno contra el despojante, sucesores y cómplices, aunque fuere dueño del bien. Exceptúase de esta disposición a quien es tenedor en interés ajeno o en razón de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad.

²¹ Art. 2.491. El desposeído tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión y sus sucesores universales y contra los sucesores particulares de mala fe.

acciones reales - Capítulo 1 Defensa de la posesión y la tenencia, yendo del art. 2238 al 2246, contabilizando un total de dieciocho artículos.

En este título “Acciones posesorias y acciones reales” diferencia con exactitud la turbación del desapoderamiento y la acción extrajudicial de las acciones posesorias judiciales (acción de despojo y acción de mantener la tenencia o la posesión).

En cuanto a las relaciones entre el petitorio y el posesorio en el art. 2273, mantiene las disposiciones del Código de Vélez al establecer que si el titular de un derecho real interpone la acción real (petitorio) sin antes intentar el posesorio pierde el derecho a promover este, manteniendo la posibilidad de intentar el posesorio y luego la acción real en este orden. Como novedad, agrega que quien intenta una acción real podrá utilizar las acciones posesorias en defensa de hechos o ataques posteriores, recogiendo la jurisprudencia de la materia²².

Otros puntos a destacar es que: en el caso de la defensa privada o extrajudicial (Art. 2240) amplía su espectro de aplicación permitiendo actuar “*contra toda violencia*”. Legisla la acción real reivindicatoria (art. 2252); la acción real negatoria (art.2262); la acción real confesoria (art. 2264) y la acción de deslinde (art. 2266).²³

Este pronto acercamiento nos hace inferir que las discusiones entre dualismo y monismo fueron resueltas, y que ya no hay necesidad de continuar con aquel viejo debate con posturas controvertidas y encrucijadas difíciles de sortear. Es así que rápidamente la doctrina mayoritaria siguiendo la postura adoptada por la Comisión Redactora plasmados en los fundamentos del Código Civil y Comercial dio por finalizada esta discusión.

En los comentarios a los artículos 2241 y 2242 la Dra. Graciela Medina interpreta que esta fue la postura asumida por los legisladores y nos explica que “*el Código Civil y Comercial en tren de simplificar y agilizar el régimen precedente postula la regulación de una sola acción posesoria para la turbación y otra para el desapoderamiento.*”²⁴

²² SMAYEVSKY Mirian “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION” Publicación web Exclusiva para www.nuevocodigocivil.com, Pag. 5

²³ SMAYEVSKY Mirian “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION” Publicación web Exclusiva para www.nuevocodigocivil.com, Pag. 6

²⁴ MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5119

Eduardo Molina Quiroga postula *“coincidimos en que el abanico de acciones posesorias era muy variado y la doctrina había intentado explicarlo, sin mayor éxito”*²⁵

Asimismo la comisión redactora en sus fundamentos expuso *“este Anteproyecto pretende simplificar y esclarecer el sistema del Código de Vélez”, “Así es que se incluye una acción para el ataque más grave (el despojo o disposición) y otra para el ataque más leve (la turbación)”*²⁶

En este contexto cualquier doctrinario se ve tentado por enfilarse en esta postura simplificadora y dar por finalizado el debate, máxime cuando de la primera lectura de la norma encontramos que la nueva redacción del C.C.C. no incorpora, ni siquiera menciona, a las acciones policiales con tal denominación. Ahora bien, todo esto no es un argumento suficiente para descartar de plano la existencia de estas acciones. Recordemos que con el Código de Vélez ocurría algo similar y la doctrina acogió el instituto de todos modos interpretando la norma jurídica. Esta advertencia la encontramos en *“Las defensas Posesorias en el Nuevo Código Civil y Comercial”* desarrollado por el Gabriel B. Ventura publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales De Córdoba en su Biblioteca Web <http://www.acaderc.org.ar/>.

En contra de lo interpretado por la mayoría Ventura afirma que la distinción de acciones policiales y propiamente dichas aun persiste. Este autor considera que en el art. 2241 y 2242 se hallan las acciones posesorias policiales, con una legitimación activa amplia que abarca tanto a los poseedores como a los tenedores. Por otro lado ubica a las acciones posesorias propiamente dichas en el art. 2245 C.C.C. dándole una legitimación activa acotada exclusivamente a la relación de poder posesión²⁷.

A continuación desarrollaremos separadamente las acciones de despojo y turbación reguladas en el Código Civil y Comercial, plasmaremos los fundamentos de la comisión redactora y de los autores que acompañan esta postura para sostener la idea de Unicidad de acciones contraponiendo estos argumentos con los vertidos por Ventura quien sostiene lo contrario.

²⁵ MOLINA QUIROGA, Eduardo *“MANUAL DE DERECHOS REALES”* Editorial: La Ley Edición: 2015.-. Pag. 589 -

²⁶ Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN -. Pag. 266 -

²⁷ VENTURA, Gabrie B. *“LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”*, La Ley, 2015 – E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>, Pag, 7.

3.b. Acción de Despojo y de Mantener en el nuevo Código Civil y Comercial

En el art. 2241 encontramos la regulación de la llamada “acción de despojo”, en la misma se establece que:

“Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento.

La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.”

En el primer párrafo del artículo encontramos determinada la legitimación activa y pasiva de la acción, podemos advertir que existe una legitimación activa amplia comprendiendo tanto a los poseedores y a los tenedores, aclarando que comprende aun hasta los poseedores o tenedores viciosos (estos últimos inexistentes en el código de Velez). Seguido a ello determina que será legitimado pasivo el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, párrafo seguido se aclara que puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

El tercer párrafo del artículo está dedicado a la conocida Acción de obra Nueva, dejando para su última parte los efectos de la sentencia que podrán ser la orden de restitución de la cosa o la orden de remoción de lo construido, con efecto de cosa juzgada material.

Siguiendo este orden sistemático en el art. 2242 encontramos la regulación de la llamada “acción de mantener”, en la misma se establece que:

“Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto.

Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.”

En una idéntica estructura a su artículo anterior referido a la acción de despojo el art. 2242 enuncia en su primer párrafo a los legitimados activos y pasivos, siendo ambos de carácter amplio comprendiendo tanto poseedores como tenedores, aclarando nuevamente que debe incluirse en este listado a quienes detentan la cosa con carácter vicioso. Se diferencia en la legitimación pasiva por el carácter de la turbación, en donde requiere la acción reiterada y constante del agresor, por lo tanto se limita a los agresores, coparticipes y sucesores si continúan con la agresión.

Determinando en su último párrafo que la sentencia que hace lugar a la acción deberá contener la orden de cese de los actos turbatorios conjuntamente con la adopción de medidas suficientes para impedir que los hechos se vuelvan a reiterar.

Es así que vemos simplificado en dos artículos un complejo sistema de acciones que existía en Velez, en donde teníamos frente a los actos de turbación la acción policial de manutención (art. 2469), o bien la acción posesoria stricto sensu de mantener plasmada en los arts. 2487, 2495 y 2496. Asimismo, ante el despojo, como vimos, se desplegaban dos remedios equivalentes: la acción policial de despojo (arts. 2490 a 2494) y la acción posesoria stricto sensu de recobrar (art. 2487). Debiendo agregarse a estas acciones las acciones de obra nueva (arts. 2498 y 2499) y la denuncia de daño temido.

Luego de estos dos artículos, en el mismo capítulo, encontramos cuatro artículos más dedicados a regular la prueba, la facultad de convertir la acción de mantener en acción de recuperar, el trámite que debe darse al proceso, y finalmente tenemos el art. 2245 que se dedica nuevamente a la legitimación tanto activa como pasiva. Vale aclarar que desarrollaremos los primeros puntos enunciados restando para desarrollar en el siguiente capítulo el caso particular del art. 2245 el cual ha traído interpretaciones controvertidas en la doctrina.

Luego de desarrollar las acciones posesorias el art. 2243 se dedica a jerarquizar quien tiene derecho a la posesión en los casos en que la producción de la prueba sea

dudosa o de difícil interpretación. Este artículo viene a suplir y actualizar lo regulado en el viejo art. 2471 del Código de Velez, es así que toma parte de lo ya establecido con algunas modificaciones.

A diferencia del petitorio, en las acciones posesorias la prueba a producir se limitará a las relaciones de poder, en donde el actor se ve en la obligación de acreditar su relación posesoria de hecho y que esta fue turbada o despojada, debiendo contrarrestar esta acción el demandado acreditando que tal turbación o despojo no fue real, una relación posesoria más antigua o que el derecho o acción del demandado se extinguió por el transcurso del tiempo.

En ese contexto de ideas, Velez creó en el citado artículo una serie de reglas de interpretación para el caso que existieran dudas sobre la titularidad de la relación de poder sobre la cosa motivo de la litis. Estableciendo que si existían dudas sobre el último estado de la posesión entre los actores se deberá resolver entendiendo que es poseedor quien *probare una posesión más antigua* y para el caso que no se demostrase este punto, será victorioso quien acredite *derecho de poseer, o mejor derecho de poseer*. Esta última facultad de acreditar el derecho a poseedor o un mejor derecho a poseer choca con la naturaleza y el objeto del litigio, ya que en estos procesos no discutimos quien detenta estos derechos sino que discutimos quien es poseedor actual de la cosa, debiendo dilucidarse el derecho a poseer por la vía pertinente, el petitorio.

El nuevo Código Civil y Comercial, toma la idea troncal del artículo, pero agregando otras posibilidades. Así, en el caso que sea dudosa la prueba producida que acredite quien ejerce la relación de poder, se deberá resolver que es poseedor quien acredite *estar en contacto con la cosa en la fecha más próxima a la lesión* (despojo o turbación), y si no puede acreditarse esta situación, en el mismo sentido que Velez *se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua*. Por último elimina la posibilidad de acreditar el derecho o mejor derecho a poseer ya que como explicamos en el párrafo anterior, el derecho a poseer no es objeto de discusión en estos procesos.-

Luego de establecer estas reglas en cuanto a la interpretación de la prueba producida el art. 2244 se ocupa de la facultad de conversión de la acción. La nueva normativa faculta al actor a continuar la acción de mantener como acción de recuperar sin retrotraer el proceso en caso de que durante la tramitación de la litis la lesión se agrave.

El fundamento de esta incorporación es claro *“de seguirse la instancia inicial (acción de mantener) y llegar a buen término, con dictamen favorable al pretensor, atento a la mutación producida de la situación de hecho que la justificó, la ejecución de la sentencia será inoperante y de imposible cumplimiento, toda vez que se condenará al accionado a cesar en las molestias, cuando el mismo se ha hecho con la posesión definitiva de la cosa.”*²⁸

Por último, encontramos al final del capítulo el art. 2246 que regula el proceso por el cual deben tramitar las acciones posesorias, allí encontramos que en principio debe darse el trámite de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales, siendo una regla que no es absoluta ya que faculta al magistrado interviniente a determinar otro tipo de trámite de acuerdo a las circunstancias del caso.

4. Nuevas posturas doctrinarias sobre el Monismo y el Dualismo

Como venimos explicando en este capítulo la intención de la comisión redactora ha sido la de simplificar y dar un punto final al debate sobre la cantidad de acciones existentes en el Código de fondo. Bien se explica en sus fundamentos: *“este Anteproyecto pretende simplificar y esclarecer el sistema del Código de Velez”, “Así es que se incluye una acción para el ataque más grave (el despojo o disposición) y otra para el ataque más leve (la turbación)”*²⁹, esta postura fue receptada rápidamente por la doctrina quienes en su mayoría adhirieron a esta postura y ratificaron la simplicidad del sistema nuevo esgrimido.

Esta postura casi unánime hasta el momento no es compartida por todos los doctrinarios actuales, deliberadamente omitimos en el acápite anterior desarrollar el art. 2245 del C.C.C. producto de que uno de los doctrinarios disidentes sustenta su postura en base a este artículo.

Vimos en el punto 3 que el sistema creado por la comisión redactora redujo el articulado dedicado a las acciones posesorias sintetizando la acción de recuperar y la de

²⁸ MEDINA, Graciela (dir) *“CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO”* / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview. Pag. 5130.-

²⁹ LORENZETTI Ricardo Luis, como Presidente; HIGHTON DE NOLASCO Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.” *FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN* – *“PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”* 1ª ed.- Buenos Aires : Infojus, 2012.-Pag. 266 -.

mantener en dos artículos que son el art. 2241 y el art. 2242. En ambos encontramos, en su primer párrafo, quienes se encuentran legitimados activa y pasivamente para ser parte en este tipo de acciones, seguidamente regula efectos de la sentencia y requisitos de ella. Sin embargo, llama la atención que al continuar con la lectura del capítulo se vuelve a hablar de los legitimados activos y pasivos de las acciones en el art. 2245, y no solo es una reiteración sino que presenta diferencias con el articulado anterior. Ante esta doble mención a los legitimados activos y pasivos nos preguntamos si estamos ante un nuevo dualismo, ante una simple redundancia o ante una aclaración que especifica quienes son los legitimados en las acciones posesorias.-

Gabriel B. Ventura publicó un paper llamado “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, en donde se atreve a afirmar que del nuevo Código Civil y Comercial “*surge de diversos artículos, y con más claridad aún que en el Código de Vélez, la distinción entre dos especies de acciones: unas, con una legitimación activa amplia, que tutelan tanto a tenedores como a poseedores; y otras con una legitimación restringida sólo a los poseedores.*”³⁰

Lo que encontramos en el art. 2245 es una norma específica dedicada a la legitimación de las acciones posesorias que parece oponerse a los art. 2241 y 2242, el mismo reza lo siguiente:

Art. 2245. Legitimación. Corresponden las acciones posesorias a los poseedores de cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa.

Cualquiera de los coposeedores puede ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyen o turban en el ejercicio de la posesión común. No proceden estas acciones cuando la cuestión entre coposeedores sólo se refiere a la extensión mayor o menor de cada parte.

Los tenedores pueden ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión, y si no quiere recibir la cosa, quedan facultados para tomarla directamente.”

Ventura encuentra que en los art. 2241 y 2242 se determinan como legitimados activos a todo tenedor o poseedor, pero en contraposición el art. 2245, usando idénticas expresiones, se limita a los poseedores. Consecuentemente concluye que siendo dos normas diferentes que regulan distintas legitimaciones se trataría de dos tipos de acciones diferentes.

³⁰ VENTURA, Gabrie B. “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, La Ley, 2015 – E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>, pag 5.-

Continua explicando este autor que aquellos no son los únicos fundamentos que sustentan su postura, sino que los restantes tres párrafos de este artículo, encuentra más argumentos que refuerzan esta conclusión. Entiende que el tercer párrafo del artículo que estamos estudiando al hablar de la legitimación de los tenedores para accionar se refiere a una excepción a la regla principal de la legitimación activa acotada, ya que en el primer párrafo solo se limita a enunciar que *“corresponden las acciones posesorias a los poseedores de cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa.”* Deduciendo Ventura que el tenedor *“normalmente no tiene las acciones posesorias, pero en ese supuesto excepcional si”*³¹.-

Por lo tanto, para Gabriel B. Ventura el sistema del Código Civil y Comercial es dualista. Plantea dos tipos de acciones posesorias, emulando al sistema Velezano, las acciones propiamente dichas y las acciones policiales. En el art. 2241 y 2242 se regularían las acciones policiales de despojo y de mantener respectivamente, con una legitimación activa amplia. Mientras que las acciones posesorias propiamente dichas quedan reguladas en el art. 2245 limitando su legitimación activa a los poseedores y en forma excepcional y subrogatoria a los tenedores del bien.

Podemos sintetizar sus fundamentos en los siguientes puntos: 1. Existen dos normas que regulan una misma situación jurídica (legitimación activa) por lo tanto debe tratarse de dos acciones distintas; 2. La legitimación activa establecida en los art. 2241 y 2241 se contraponen con la establecida en el art. 2245. 3.- No interesa la voluntad del legislador, en este caso la comisión redactora, para interpretar la ley. 4.-Utiliza un método exegético y sistémica para interpretar el Código *“las normas hablan por sí mismas”*. 5.- El hecho que no esté enunciado el nombre acciones propiamente dichas y acciones policiales no significa que no existan, como ocurría en el código de Velez.

Esta interpretación es minoritaria y el propio Ventura reconoce que no es la postura a la que adhiere la comisión redactora y la doctrina dominante, veamos a continuación los fundamentos de los que adhieren al monismo y como interpretan el art. 2245.

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial, en las Jornadas Sobre el Nuevo Código Civil y Comercial se hablaba de la superación de la oscuridad normativa, y sin mayores complejidades se afirmaba que *“el nuevo ordenamiento regula solamente*

³¹ VENTURA, Gabrie B. “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, La Ley, 2015 – E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>, pag 5.-

a las acciones posesorias, previendo un ejercicio amplio de ellas por parte de todo tenedor o poseedor”³², sin hacer mención a algún tipo de posible confrontación interpretativa.

Eduardo MOLINA QUIROGA dedica tres párrafos al análisis de este artículo y lo interpreta en forma conjunta con los art. 2241 y 2242 como una unidad sistémica. En esta breve explicación trata el art. 2245 como un artículo que profundiza lo regulado en los artículos anteriores, como si fuera una relación de género y especie. No deja dudas el último párrafo dedicado a la legitimación activa al decir “*también, como hemos visto, están legitimados los tenedores, producidos contra el poseedor...*”³³, haciendo referencia a los artículos anteriormente estudiados. En este mismo sentido CLERC se refiere al art. 2245 como un artículo “*de una gran trascendencia jurídica*”³⁴ pero no por una posible controversia doctrinaria, sino por ser la norma específica que determina los legitimados a actuar en las únicas dos acciones posesorias existentes en el Código. En sus conclusiones podemos leer que “*existirá a partir de la sanción del Proyecto una sola categoría que incluirá una acción de despojo (...) y una acción para mantener*”³⁵. Por ello podemos inferir que este autor considera que lo volcado en los art. 2241 y 2242 es una generalidad que luego será aclarada en los artículos subsiguientes.

En los Códigos comentados de Julio C. Rivera y Graciela Medina publicado por La Ley y el de Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica arriban a idénticas posturas.

El primer Código de Rivera y Medina inicia su comentario al art. 2245 haciendo ver su postura monista al explicar que “*el precepto realiza algunas precisiones respecto*

³² Leandro S. Picado, Jornadas Sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil) Monte hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. www.jndcbahiablanca2015.com

³³ MOLINA QUIROGA, Eduardo “MANUAL DE DERECHOS REALES” Editorial: La Ley Edición: 2015.-Pag. 605

³⁴ CLERC, Carlos Mario, “La protección posesoria y el proyecto de código civil y comercial”, Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación. Ponencias de La Matanza - <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/lamatanza>, Pag. 8

³⁵ LERC, Carlos Mario, “La protección posesoria y el proyecto de código civil y comercial”, Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación. Ponencias de La Matanza - <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/lamatanza>, Pag. 9.

*del objeto de las acciones posesorias”*³⁶, insinuando que se trata de una norma que se ocupa de dar precisiones sobre los artículos anteriores. En ese orden de ideas expone que la legitimación activa de las defensas posesorias se conceden con gran amplitud incluyendo a todos los titulares de las relaciones de poder sin importar si se trata de buena o mala fe, excluyendo el caso del servidor de la posesión quien solo cuenta con las defensas extrajudiciales.

Una nota particular que encontramos en estos comentarios es la calificación de subsidiaria de la acción del tenedor, estos autores afirman que solo podrá actuar ante la inacción del poseedor obteniendo la restitución del objeto. Por lo tanto, para estos autores el tenedor deberá en primer lugar notificar al poseedor del hecho turbatorio o de despojo, aguardar que este actúe y en caso de inacción por parte del poseedor, recién allí, contará con la facultad suficiente para accionar contra el turbador o despojante.

El segundo código comentado manifiesta que el C.C.C. *“en su meta de simplificar la regulación de las acciones posesorias, el Código Civil y Comercial otorga solo una acción frente al desapoderamiento, que puede ser ejercida por todo tenedor o poseedor (aún vicioso) sobre una cosa o una universalidad de hecho, contra el despojante, aunque sea el dueño, sus herederos y sucesores particulares de mala fe.”*³⁷ Pero a diferencia de otras publicaciones profundiza sobre el art. 2245 explicando que este sigue a los específicos arts. 2241 y 2242, aclarando que incorpora como objeto del interdicto la facultad de interponer la acción en defensa de una universalidad. Por otro lado, en oposición a Ventura, explica que la omisión de incluir a los tenedores en el primer párrafo del artículo no hace que estos no estén legitimados ya que su legitimación la admite expresamente el genérico art. 2238 C.C.C.. Refiere que la aclaración final del art. 2245 especifica las posibilidades de accionar que detenta el tenedor, debiendo notificar al poseedor de la situación de turbación que está sufriendo, bajo apercibimiento de correr con los gastos producidos por daños y perjuicios. Como así también, tiene la facultad de ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que este sea reintegrado en la posesión y, si no quiere recibir

³⁶ MEDINA, Graciela (dir) *“CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO”* / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5131.

³⁷ CAMELO Gustavo; PICASSO Sebastián; HERRERA Marisa. *“CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO”* - Tomo V Libro Cuarto Artículos 1882 a 2276 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015;Pag. 360.-

la cosa, queda facultado para tomarla directamente, regulando así la finalidad de estas acciones y las lesiones que las habilitan.

Finalmente los autores del Código Civil y Comercial al publicar los fundamentos de la nueva regulación de las acciones posesorias y las acciones reales explican que pretende simplificar y esclarecer el sistema del Código de Velez, demostrando su inclinación por el monismo. Argumentan seguidamente que en la práctica se utilizaban razonablemente y sin hacer distinción las acciones posesorias, afirmando así que “*se incluye una acción para el ataque más grave (el despojo o desposesión) y otra para el ataque más leve (la turbación)*”³⁸.

5. Conclusión

En este capítulo nos dedicamos a estudiar el sistema creado por Velez para la defensa posesoria y las discusiones doctrinarias que surgieron a partir de la compleja redacción del código producto de las distintas fuentes que utilizó el autor (Derecho Romano, el Derecho Español, el Derecho Francés, el Esboco de Freitas, el Código Civil de Chile y el de Austria).

Explicamos los tipos de ataques que pueden existir contra las relaciones de poder conceptualizando la turbación y el despojo según Velez y según el Código Civil y Comercial actual. Desarrollamos que las acciones posesorias son una herramienta jurídica que busca evitar que las personas utilicen la violencia privada para defender estas relaciones de poder, mas allá de la excepcional defensa extrajudicial del art. 2470 del Código de Velez y vigente al día de hoy en el art. 2240 del C.C.C.

Nos detuvimos a explicar como el Código Velezano trataba las defensas posesorias, encontrándonos con las acciones posesorias stritu sensu y las acciones policiales. Estas eran distinguidas por parte de la doctrina por su legitimación activa, su legitimación pasiva, el alcance del efecto reipersecutorio y el alcance de la cosa juzgada que se produce en unas y otras. Interpretación que no fue sostenida pasivamente por toda la doctrina, hasta podríamos llegar a decir que fue uno de los temas más

³⁸ - LORENZETTI Ricardo Luis, como Presidente; HIGHTON DE NOLASCO Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.” FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” – “PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” 1ª ed.- Buenos Aires: Infojus, 2012.-Pag. 266

controvertidos en el ámbito del derecho civil de Velez. Es así que surgieron dos posturas opuestas, el monismo y el dualismo.

Vimos que los defensores del Dualismo (Alterini, Highton, Mariani de Vidal, Areán, Musto, Iturbide, Gabás, Papaño, Kipper, Dillon, Causse) entendían a las acciones posesorias propiamente dichas se caracterizaban por una acotada legitimación activa, pero una amplia legitimación pasiva, mientras que en las acciones policiales funcionaban a la inversa. En tal orden Borda y Palacios afirmaban que luego de la reforma 17.711 ya esta discusión se encontraba sorteada con un sistema netamente monista.

Luego de ver el origen de la discusión que estudiamos nos dedicamos exclusivamente a la legislación actualmente vigente. Vimos que se redujo la cantidad de artículos que regulan las defensas posesorias y se dedicó un Título propio a las acciones posesorias y las acciones reales.

En cuanto a las similitudes con el Código Velezano encontramos que se mantiene la posibilidad de iniciar el posesorio y luego el petitorio, pero no a la inversa. Continúa vigente la defensa privada o extrajudicial, modificándose su órbita de actuación, facultando a actuar “contra toda violencia”.

Observamos que estas modificaciones introducidas facilitan su interpretación y estudio, ya no es necesario recurrir a numerosas fuentes para entender a que se refería el código ni tratamos con artículos desordenados que traen complejas y rebuscadas interpretaciones, se conceptualiza con claridad conceptos de turbación y despojo. Lo más valeroso de este sistema creado es la simplificación, creemos que esta reforma es notablemente superadora y trae claridad a las discusiones doctrinarias, se buscó reunir en dos acciones (de mantener y despojo), lo que antes se trataba separado entre acciones policiales y propiamente dichas, acciones de obra nueva, etc.

Por nuestra parte entendemos que era imperiosa la necesidad de resolver la problemática existente en el Código Civil de Velez y dar por finalizadas incertidumbres y discusiones doctrinarias para así lograr mayor seguridad jurídica. Este objetivo fue acogido por la comisión redactora siendo modificado considerablemente el régimen legal de la protección posesoria en relación con el contenido en el Código de Velezano. Adelantamos que adherimos a la idea que el objetivo fue alcanzado y estamos frente a un sistema monista de dos acciones, lo cual fundamentaremos debidamente en la conclusión final de este trabajo.

CAPITULO IV.

DEFENSAS POSESORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL **Y SU RELACIÓN CON EL CODIGO PROCESAL DE LA** **PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

Sumario: 1.- Introducción.- 2.- Reglas procesal en el Código Civil y Comercial.- 3.- Los interdictos y las acciones posesorias en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.- 3. a.- Interdictos y acciones posesorias: metodología del Código Procesal Bonaerense; 3. b.- Identidad entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; 3. c.- Monismo y dualismo en las normas Procesales; 4.- Conclusión.-

1.- Introducción

Este capítulo estará dedicado a la materia procesal. El Código Civil y Comercial de la Nación trajo con sus sanción normas que indican cómo deben ser tramitadas las defensas posesorias en el ámbito jurisdiccional, a su vez, encontramos en los códigos procedimentales normas específicas dedicadas a esta materia. Veremos que el derecho procesal de la Provincia de Buenos Aires regula las acciones de defensa de la posesión en forma separada por un lado los llamados “interdictos procesales” y por el otro las acciones posesorias.

Es por ello que estudiaremos de qué se tratan estos interdictos procesales y acciones posesorias y si son análogas a las defensas reguladas en el código de fondo actual o si se trata de otro de otro tipo de defensas. Vale aclarar que siendo el código Procesal Civil y Comercial de la Nación fuente directa del Código Procesal Bonaerense, y siendo sus articulados en lo referido a la materia que nos ocupa idénticos tomaremos doctrina que hace referencia al Código Federal para estudiar el código provincial.

Iniciaremos nuestro capítulo estudiando el art. 2246 que establece reglas procesales para las acciones posesorias creadas en la normativa de fondo, seguiremos con un análisis de los interdictos y las acciones posesorias en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comprendidas las defensas existentes en ambas normas, nos detendremos a analizar su relación y como interaccionan entre sí. Al finalizar el capítulo arrojaremos nuestra postura sobre el tema estudiado.

2.- Reglas procesal en el Código Civil y Comercial

Como vimos al finalizar el punto 3.b. del capítulo anterior, el art. 2246 bajo el título “Proceso”, establece el trámite que debe darse a las acciones posesorias, el mismo indica que: *“Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.”*

Esta norma no es novedosa fue tomado de lo dispuesto por el art. 2193 del Proyecto de Código Civil de 1998 y tiene su antecedente en el art. 2501 del código Velezano. Velez, con el mismo objetivo, había regulado el trámite de las acciones posesorias debiendo juzgarse *“sumariamente”* y en la forma *“que prescriban las leyes*

de los procedimientos judiciales”. Buscando siempre dar un trámite veloz y acodato con la finalidad de lograr su resolución a la mayor brevedad posible.

El Código Civil y Comercial comprendiendo que las normativas procesales de cada provincia utilizan terminología y herramientas procedimentales diferentes, decidió optar por una terminología más ambigua pero que a su vez facilita su comprensión y adaptación a cada código procesal. Con la misma finalidad de Velez se determinó que el trámite que deberán tomar las acciones posesorias debe ser el proceso de conocimiento “*más abreviado*”, de esta forma el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 623 les confiere un trámite sumario; en Córdoba tramitan por juicio abreviado (art. 779 inc. 1); en Santa Fe por juicio oral, y veremos luego que sucede con la provincia de Buenos Aires.

Esta regla no es absoluta, al finalizar el artículo 2246 se crea una excepción a la regla facultando al magistrado interviniente a dar el trámite mas abreviado que él considere más idóneo “*atendiendo a las circunstancias del caso*”. Con esta excepción se pone en manos del juez la posibilidad de evaluar las aristas del caso en particular y de considerarlo necesario apartarse del principio general. De esta forma en los casos complejos donde producto del objeto en litigio, la cantidad de sujetos intervinientes o existiendo numerosa prueba a producir el juez podrá optar por un trámite distinto ya que cuenta con dicha facultad. Lo importante aquí es el esclarecimiento del hecho con la mayor celeridad posible.

El interés en dar una respuesta rápida tiene su causa en el objeto de estos litigios y la posibilidad de finalizada la acción, iniciar el juicio petitorio de fondo. Debemos tener en cuenta que en este proceso no estamos discutiendo el derecho a la posesión, sino la posesión en sí misma, por lo tanto existiendo la posibilidad de un ulterior proceso petitorio (donde presentemos los títulos fundantes que acrediten el derecho a poseer) no peligran las garantías constitucionales al dársele un trámite más corto. Explican Medina y Rivera que “*por girar en torno a situaciones de hecho bien puede resolverse en procesos abreviados, con prueba acotada a esas circunstancias y cuya solución, en modo alguno hará cosa juzgada en sentido material, respecto de la eventual titularidad de un derecho real que alguno de los contendientes (incluso la*

parte vencida) pueda tener sobre el objeto de la litis, cuestión que se ventilará en un ulterior juicio petitorio, ordinario y con amplitud de pruebas.”³⁹

Finalmente esta posibilidad de apartarse del principio del proceso “*más abreviado*” puede resolverse de oficio o a pedido de parte, como bien lo explican Herrera, Carmelo y Picasso en su Código Civil y Comercial comentado “*podrá elegir de oficio o a pedido de parte que la contienda se encarrile bajo las reglas de otro de los procesos de conocimiento que conjugue más adecuadamente la brevedad pretendida con la amplitud probatoria necesaria para acreditar los hechos invocados.*”⁴⁰

3.- Los interdictos y las acciones posesorias en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.-

3. a.- Interdictos y acciones posesorias: metodología del Código Procesal Bonaerense.

La normas procesal de la provincia de Buenos Aires creado por el Decreto Ley Provincial Nro. 7425/68, texto actualizado con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley Provincial Nro. 8689/77 y las Leyes Provinciales 10072, 10481, 11173, 11205, 11443, 11453, 11511, 11593, 11874, 11909, 12141, 12318, 12357, 12569, 12607, 13224, 13266, 13298, 13520, 13634, 13708, 13911, 13912, 13986, 14141, 14142, 14156, 14215, 14220, 14238, 14334, 14363, 14365, 14647, 14743 y 14875 fijaron la regulación de la protección posesoria creando los llamados interdictos y acogiendo las acciones posesorias de la norma de fondo. Este código no solo delimitó las formas del proceso, sino que también estableció legitimaciones activas, supuestos de procedencia y efectos, poniéndose en duda el carácter de estas acciones e incluso su constitucionalidad.

Encontramos estas acciones en el LIBRO IV dentro de los Procesos Especiales del art. 600 al art. 617 ter. En el Título I de este libro se regulan los Interdictos y Acciones Posesorias, dedicando un capítulo a enumerar los distintos Interdictos, y

³⁹MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5135

⁴⁰CARAMELO Gustavo; PICASSO Sebastián; HERRERA Marisa. “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, Pag. 365.

seguidamente en cada capítulo encontramos regulados los interdictos de adquirir la posesión, de retener la posesión o tenencia, de recobrar la posesión o tenencia y de impedir una obra nueva, cierra esta enumeración con un capítulo dedicado a “Disposiciones Comunes a los Interdictos”. Luego de tratar los interdictos, da lugar a un capítulo exclusivo dedicado a las acciones posesorias del Código Civil.

Vemos que este código procesal trata por un lado un tipo de defensa llamada “interdictos”, término que no es utilizado en el Código Civil de Velez y que tampoco se reproduce en el Código Civil y Comercial actual y luego, separadamente, se ocupa en partículas de las Acciones Posesorias del código de fondo. Dando a entender con esta discriminación, que se tratan de dos vías procesales diferentes.

3. b.- Identidad entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Como muchos de los Código Procesales provinciales, el Bonaerense toma como fuente para su regulación la norma procesal Nacional reformada por la ley 17.454 con fecha 20 de setiembre de 1967, dando su origen a la norma el decreto 7425/68 del año siguiente. Por ello encontramos una gran similitud en sus regulaciones y con mayor precisión en el caso que nos ocupa.

Es tal la similitud en una y otra norma que podemos afirmar que las mismas son idénticas. A saber, ambas diferencian interdictos de acciones posesorias; la metodología no solo es similar sino que es análoga, encontrándose regulados bajo el mismo LIBRO IV dentro de los Procesos Especiales y con la misma cantidad de Capítulos; establecen requisitos para la procedencia de las acciones, legitimaciones activas, pasivas, límites a la acción y su caducidad.

Las diferencias que encontramos son menores, en el caso del Interdicto de retener su letra es una copia exacta, solo se diferencia en la numeración de los artículos. En el interdicto de recobrar el art. 615 al tratar la prueba admisible, agrega que se admitirá prueba que tuviere por objeto demostrar la fecha en que se produjo el despojo. Aclaración que no hace el Código Bonaerense, pero que consideramos incorporada tácitamente cuando se dice que solo se admite la prueba del despojo, por lo tanto, necesariamente cuando se intente demostrar el hecho del despojo se intentará demostrar el momento, fecha, en el cual sucedió el hecho dañoso. Finalmente los artículos 617 y 611 (Federal y Bonaerense, respectivamente) se dedican a la modificación y ampliación

de las demanda, indicando que los procesos en trámite no se retrotraerán si encontrándose en curso un interdicto de retener se produjere el despojo del demandante. En estos casos la acción proseguirá como interdicto de recobrar, aclarando el código federal que no se retrotraerán “*en cuanto fuese posible*”, salvedad que no se encuentra en la provincia.

Por último los Capítulos VI y VII bajo los títulos “Disposiciones comunes a los interdictos” y “Acciones Posesorias”, regulan de idéntica manera la caducidad de los interdictos, el principio cosa juzgada y la facultad de iniciar el petitorio, y el trámite de las acciones posesorias propias del código de fondo.

Tomamos uno de los títulos de este capítulo para analizar comparativamente ambas normas procesales debido a que en la prosecución de nuestra investigación tomaremos como referencia doctrina e interpretaciones del Código Procesal Federal, producto del enriquecedor contenido de sus autores y la facilidad existente para trasladar estas interpretaciones a nuestro objeto de estudio, el Código Procesal Bonaerense.

3. c.- Monismo y dualismo en las normas Procesales

Antes de dedicarnos a estudiar comparativamente el Nuevo Código Civil y Comercial conjuntamente con la ley procesal, debemos retroceder un poco y estudiar que sucedía antes de su sanción de la ley 26.994.

Los interdictos procesales presentaban algunas diferencias con las acciones posesorias del Código Civil de Velez y con sus acciones policiales, asimismo, adelantamos que estas diferencias no fueron resueltas por el Código Civil y Comercial ya que sería imposible para el legislador acoger dentro de la norma de un Código Federal la totalidad de las regulaciones procesales de las distintas provincias, de la misma forma, no es propio de una ley de fondo subsumirse a criterios procesales provinciales.

Elena I. Highton⁴¹ observa que en el CPCCN, la regulación de los interdictos contiene ampliaciones que sobrepasan lo establecido por el Código Civil en materia de acciones policiales, lo que se fundó básicamente en la preexistencia del modelo procesal, situación que pudo haber sido corregida al momento de la regulación del

⁴¹. HIGHTON. Elena I, “POSESIÓN”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984, Pag.283/284.

Código Procesal Bonaerense, pero se optó por emular el código Nacional con sus dificultades.

Esta autora explica que existieron dos tesis con anterioridad al dictado del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado por ley 17.454 y reformado luego por ley 22.434. Tales teorías referían al anterior Código Procesal de la Capital y sostenían la Tesis Dualista (regulación interdictal procesal diferente a la protección de fondo) con dos variantes: a) sostiene que las acciones posesorias del Código Civil son independientes de los interdictos del Código Procesal entonces vigente en la Capital y que, elegida una de las vías, sólo queda al interesado la acción real, no pudiendo discutir la cuestión posesoria nuevamente; b) la acción de despojo es una sola con la de recobrar con el Código Civil y se confunde a su vez con el interdicto del Código Procesal en tanto el interdicto de retener deja a salvo la acción del Código Civil. La otra tesis, Monista, sostuvo que los interdictos eran la regulación procesal de las acciones posesorias, postura sostenida por Lino Enrique Palacio⁴².

Tesis Monista.

Un gran número de doctrinarios en la materia, entendía que el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (doctrina aplicable al bonaerense) acoge la normativa dualista del Código de fondo de Velez regulando a las acciones posesorias propiamente dichas como tales y a las policiales como interdictos⁴³.

Para sostener esta tesitura afirmaban que el art. 31 de la Constitución Nacional establece que las legislaciones procesales no podrían ser contradictorias o ampliatorias de la ley sustancial⁴⁴.

Mariani de Vidal apunta que a partir de la reforma 17.711, el art. 2469 del Código de Velez postula que la *“acción para mantenerse en la posesión no tendrá, pues, ya sólo el poseedor anual no vicioso (arts. 2473/81) sino cualquier clase de poseedor, aún vicioso, y aún el tenedor.”* Por lo tanto, interpreta que para defenderse contra los actos de turbación, existían dos vías a partir de la reforma: *“1) La clásica acción de manutención, nombrada por el art. 2487 y reglada por los arts. 2495/96; requisitos para intentarla: posesión (2351) anual no viciosa (2473/81).”* Y *“2) La*

⁴². PALACIOS, Lino Enrique. “MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, 16ª Ed. Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, Pag. 811/812.

⁴³. MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo I, 7ª edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalía S.A Pag. 256/258,.

⁴⁴. MUSTO, Néstor Jorge, “DERECHOS REALES”, Reimpresión, Tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995. Pag. 426/428

*nueva acción policial de manutención con recaudos mínimos: posesión de cualquier tipo y tenencia: art. 2469. Obvio resulta decir que el poseedor anual no vicioso también puede intentar la acción policial del 2469, mas dada la índole de la misma, por ser provisoria, el Código no le impide, ni podría lógicamente impedirselo, intentar la acción posesoria de mantener de los arts. 2487, 2495 y 2496, esta sí, definitiva en el posesorio”*⁴⁵. Afirmando que la acción del art. 2469 seguirá el procedimiento de los interdictos procesales, concluyendo que siendo las exigencias para su procedencia menores y la celeridad del trámite mayor (ya que la vía es el proceso sumarísimo) las defensas posesorias propiamente dichas caerían en desuso.

Por otro lado, se fundaban en la similitud existente entre los requisitos exigidos por el Código Procesal en los arts. 610 a 615 (art. 604 a 612 CPCCBsAs) y los del Código Civil Velezano en los arts. 2469 y 2490 en cuanto a la legitimación activa. Al analizar Mariani de Vidal comparativamente las acciones policiales de mantener llega a la conclusión que *“los requisitos exigidos por el Cód. Proc. para intentar el interdicto de retener —arts. 610/13— con los del art. 2469 Cód. Civ.: (...) son sustancialmente idénticos, pues se dan al poseedor o tenedor de cualquier clase”*⁴⁶ Seguidamente, realiza la misma práctica con la ley de forma para intentar el interdicto de recobrar y el Código de Velez llegando a la misma conclusión, con la salvedad que habría que agregar en la normativa procesal el despojo por abuso de confianza. Empero, esta distinción es rápidamente salvada por la autora afirmando que *“evidentemente está comprendido, (...) y cuya omisión en este inciso se ha debido obviamente a un error, pues si bien podría limitarse el despojo a la desposesión violenta, no hay razón alguna para excluir de su ámbito a la desposesión por abuso de confianza, cuando se comprende a la desposesión clandestina, adoptando una interpretación amplia del concepto de despojo”*⁴⁷. Concluyendo Vidal que los interdictos no son más que la reglamentación de las acciones posesorias policiales.

Es así, que la equivalencia estaría dada de la siguiente manera, según estos autores, los beneficiarios del despojo serían los sucesores particulares de mala fe del art. 2491 del Código de Velez y la protección conferida antes sólo por las normas procesales

⁴⁵ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo I, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalía S.A, Pag. 243.

⁴⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo I, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalía S.A. Pag. 257/258.

⁴⁷ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo I, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalía S.A. Pag. 258.

tiene ahora sustento en las de fondo, siendo los interdictos una mera reglamentación práctica de la protección establecida por la ley 17.711 en las acciones policiales.

Por su parte el Procesalista Lino Enrique Palacios enfilado en las doctrinas monistas, explica que *“aunque la ley 17.711 no derogó expresamente las normas que instituyen tales requisitos, en razón de que el art. 2469 Cód. Civ., en su actual redacción, concede explícitamente las llamadas “acciones posesorias” a todo poseedor, con prescindencia de su naturaleza, se impone la conclusión de que, al margen de la inadecuada técnica legislativa utilizada, aquellas normas deben reputarse implícitamente derogadas”*⁴⁸. Concluyendo que la dicotomía entre teorías unitaria y dualista ha perdido su sentido.

En la misma postura de Palacio encontramos al procesalista Camps. Este autor en los comentarios al art. 600 del CPCCBsAs, coincide en la innecesariedad del debate y afirma que esta disputa *“encontraba mayor justificativo en el contexto de la anterior legislación de fondo -previa a la reforma del Código de Vélez operada en el año 1968 por la ley 17711 - y forma y se centraba específicamente en la determinación de la autonomía de estas figuras, sus respectivos campos de aplicación y sus diferentes trámites. Hoy en día, el Código Procesal Civil y Comercial atribuye los interdictos de retener y recobrar tanto a tenedores como a poseedores (...)Por otro lado, luego de haber transitado tanto un interdicto como una pretensión posesoria, sólo podrá recurrirse a la pretensión real (arts. 616 y 617 in fine). Esto es, no se establece prelación alguna entre aquellos dos grupos de pretensiones, poniéndolas en un pie de igualdad en cuanto a los efectos de sus resoluciones, sólo subordinadas a la reivindicación -pretensión real más frecuente-. Como nota diferenciadora encontramos los continentes procesales de cada grupo de pretensiones: los interdictos tramitan por la vía del sumarísimo (arts. 601, 605, 609 y 613) mientras que las pretensiones posesorias lo hacen a través del juicio sumario (art. 617).”*⁴⁹.

El procesalista, entiende que a pesar de que existan diferencias, si se quiere “gramaticales”, la única diferencia transcendental es el trámite que se le dará, sumario o sumarísimo, siendo equivalentes sus efectos y sus legitimaciones. Consecuentemente, entiende que deviene innecesaria la discusión ya que en la práctica se le dará igual curso con iguales efectos, aunque con un trámite más acotado de optar por la vía interdictal.

⁴⁸. PALACIO, Lino Enrique, “MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, 16ª Ed. actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001. Pag. 813/814

⁴⁹. CAMPS, Carlos Enrique – “CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES” (ANOTADO - COMENTADO - CONCORDADO) LexisNexis – Depalma, Edición Año 2004, Pag. 282.

Tesis Dualista.

Los autores enrolados en esta doctrina sostenían que el Código Procesal reguló por separado los interdictos y las acciones posesorias, dándole un trámite sumarísimo a los primeros y un sumario/ordinario a las segundas.

El fundamento para sostener esta postura es que la ley procesal Nacional (en la que se funda el Código Bonaerense) es anterior a la reforma de la ley de fondo, y se ratifica esta interpretación cuando vemos que con la reforma introducida por Borda mediante la ley 17.711, no se reformó el art. 2501, sino que solo se limitó a agregar en el art. 2469 que tramitarán sumariamente, y no sumarísimamente como lo son los interdictos procesales.

Otros puntos que destacaron los defensores del dualismo es la diferencia en sus requisitos de procedencia, el inc. 2 del Art. 610 CPCCN y 604 CPCCBsAs, estos indican que *“Para que proceda el interdicto de retener se requerirá: 2) Que alguien amenazare perturbarle o lo perturbase en ellas mediante actos materiales.”*, es decir, solo basta la amenaza de perturbación para que sea procedente el interdicto, sin embargo el Código Velezano requería efectivos actos turbatorios en los términos del art. 2496. En cuanto a los interdictos de recobrar, su admisibilidad se restringe al despojo producido en virtud de violencia o clandestinidad (art. 614 CPCCN y 608 CPCCBsAs), limite inexistente en Velez, ya que admite también el abuso de confianza o sólo la violencia para los partidarios de la tesis restringida.

Respecto de la legitimación pasiva, Velez en el art. 2491 estableció que *“el desposeído tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión y sus sucesores universales y contra los sucesores particulares de mala fe”*, mientras que en la normativa procesal encontramos enumerados al autor, a sus sucesores (vale aclarar que el Código Procesal de la Nación solo dice *“sucesores”*, en cambio, el de la provincia dice *“sucesores universales o particulares de mala fe”*), copartícipes o beneficiarios del despojo. Vemos, que la legitimación activa de los Códigos Procesales es más amplia que en la derogada ley de fondo, pudiendo accionarse también contra copartícipes y beneficiarios.

Finalmente encontramos que Velez en el art. 4038 establecía un plazo de prescripción de un año de las acciones posesorias y el art. 2493 un plazo de caducidad para las acciones policiales, por su parte los interdictos tienen un plazo de caducidad de un año art. 621 CPCCN y 615 CPCCBsAs. Aunque temporalmente es el mismo plazo,

los efectos de la caducidad y de la prescripción no son idénticos, en el primero hablamos de la pérdida de la acción, en cambio, la otra se ocupa de la pérdida del derecho.

Ello implica una notoria diferencia de una a otra por cuanto no se aplican a la caducidad las normas atinentes a la interrupción y suspensión de la prescripción, el plazo de caducidad es perentorio y la misma puede hacerse valer de oficio mientras que el juez no puede suplir de oficio la prescripción interdictos. Enseña Camps en su comentario al art. 615 del CPCBsAS que *“leemos que tal como resulta del rótulo mismo de la ley procesal, la norma que contiene el art. 615 es un plazo de caducidad por lo que puede y debe ser aplicado de oficio ya que tiene por objeto consolidar una situación legal que hay interés en amparar.”*⁵⁰.

4.- Conclusión

En este punto desarrollamos los aspectos procesales de las acciones posesorias, particularmente vimos la regulación existente en el Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Vimos que metodológicamente hace una clara separación entre acciones posesorias e interdictos procesales no siendo pacífica la doctrina en cuanto a cómo interaccionaban las normativas de fondo con las procesales.

Nos detuvimos a plasmar la concordancia existente entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el de la Nación, dejando de manifiesto que sus regulaciones son idénticas, concluyendo que trabajaríamos con doctrina Nacional y Provincial para el impulso de nuestro trabajo.

Por último nos dedicamos a desentrañar la normativa procesal Bonaerense existente, haciendo hincapié en las teorías que intentaban explicar su relación con el Código Civil de Velez. Por un lado encontrábamos las teorías Dualistas que afirmaban que estábamos hablando de distintas acciones, por un lado las acciones policiales del Código de fondo y sus respectivas acciones posesorias y por el otro, los interdictos procesales, esta postura, podría decirse que sostenía que ante un despojo existían tres tipos de defensas, acción policías, acción interdictal y las acciones posesorias propiamente dichas. Otra rama del dualismo, tenía una interpretación más sintetizadora, entendiendo a los interdictos como la codificación procesal de las acciones policiales.

⁵⁰. CAMPS, Carlos Enrique - CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES(ANOTADO - COMENTADO - CONCORDADO)LexisNexis – Depalma, Edición Año 2004; Pag. 293.

Finalmente, en la vereda opuesta, encontrábamos a los defensores del Monismo quienes sostenían que esta discusión era innecesaria y se debía optar por una sola defensa ya que con la reforma 17.711 lo único que diferenciábamos era si el trámite del proceso era sumario o sumarísimo.

Habiendo entendido como se relacionaba el Código Velezano con la normativa procesal, debemos ahora dedicarnos a estudiar si esta problemática se reitera con el Código Civil y Comercial vigente.

CAPITULO V

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL BONAERENSE Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1.- Introducción.; 2.- Posibles interpretaciones y aclaraciones preliminares.; 3.- Clases de interdictos y clases de Acciones posesorias en el Código de Fondo.;3.a.- La acción de obra nueva.;4.- El interdicto de Retener y la Acción de mantener la tenencia o la posesión.; 4.a.- La legitimación activa; 4.b.- La legitimación pasiva; 4. c.- El bien tutelado; 4. d.- La procedencia de la acción y el interdicto; 4.e.- Trámite; 4.f.- Efectos de la sentencia: 5.- El interdicto de Recobrar y la Acción de despojo; 5.a.- La legitimación activa; 5.b.- La legitimación pasiva; 5.c.- El bien tutelado; 5. d.- La procedencia de la acción y el interdicto; 5.e.- conversión de la acción; 5.f.- Trámite; a; 6.- Prueba; 7.-Efecto de la sentencia; 8.- Caducidad y Prescripción;9.- La cuestión del art. 617 del CPCCBsA, 9.a. Remisión al Código Civil y Comercial, 9.b. Inconstitucionalidad del art. 61;10.- Conclusión.-

1.- Introducción.

Habiendo retratado las problemáticas que presentaba la relación entre el Código Civil de Velez y la normativa procesal Nacional y Bonaerense, nos dedicaremos aquí a ilustrar como interactúa el nuevo Código Civil y Comercial con el Código Procesal Bonaerense. Veremos si la dicotomía dualismo/monismo continua vigente o si con la nueva normativa se ha resuelto finalmente este debate.

2.- Posibles interpretaciones y aclaraciones preliminares.

Como vimos en el capítulo Tercero de este trabajo a pesar de existir una vertiente doctrinaria de la mano de Ventura que interpreta que continua vigente el dualismo en el Código Civil y Comercial, afirmando que aun impera la distinción entre acciones posesorias propiamente dichas y acciones policiales, esta postura no es la mayoritaria. Vimos oportunamente que en los Códigos Comentados, la doctrina mayoritaria y los fundamentos de la comisión redactora, que el Código Civil y Comercial sancionado en 2015 busca simplificar el sistema de las defensas posesorias dejando tan solo dos acciones, una para recuperar y la otra para mantener, triunfando así el monismo.

Por lo tanto, asumiendo estas tesis doctrinarias vemos las siguientes posibles interpretaciones:

a.- Desde un punto de vista dualista (Ventura), tendremos dos tipos de defensas en el código de fondo, las acciones posesorias propiamente dichas y las acciones policiales. A su vez, podemos interpretar:

a.1.- Que los interdictos son defensas independientes de las del código Civil y Comercial, quedando así tres vías defensivas: acciones propiamente dichas, acciones policiales y los interdictos.

a.2.- Que los interdictos son la regulación de las defensas policiales, por lo tanto quedarían solo dos.

b.- Desde una interpretación monista, con solo un tipo acciones en el código de fondo, también encontramos dos interpretaciones posibles:

b.1.- Que las acciones de fondo conviven con los interdictos teniendo dos tipos de defensas.-

b.2.- Que los interdictos del CPCCBsAs regulan a las acciones del Código Civil y Comercial, quedando así, solo una defensa.

Por nuestra parte ya hemos manifestado más arriba que si bien resulta atractiva la postura de Ventura no la compartimos. Adherimos a la interpretación monista por lo que en este punto trabajaremos desde ese ángulo doctrinario. A pesar de ello, en dedicaremos un punto a analizar como operarían estas cuatro posibles vertientes defensivas.

Hechas esta aclaración nos queda determinar si las acciones posesorias del Código de fondo tramitan dentro del marco de los interdictos procesales (art. 608 a 616 del CPCC BsAs), quedando en desuso lo normado por los art. 617, 617 bis y 617 ter. O si encuadramos a las acciones posesorias dentro de estos últimos, dejando a los interdictos como otra vía defensiva creada por el Código Procesal, dando lugar a una doble vía defensiva, es decir, un nuevo dualismo.

Para esclarecer este interrogante trataremos comparativamente los interdictos procesales y las nuevas defensas posesorias del Código de fondo, de esta forma veremos si es posible subsumir la norma de fondo a la de forma.

3.- Clases de interdictos y clases de Acciones posesorias en el Código de Fondo.

Encontramos que el Código Civil y Comercial ha simplificado en su número de artículos y la cantidad de acciones para la defensa posesoria, vimos por un lado la defensa extrajudicial regulada en art. 2240, de la cual no nos ocuparemos por ser un tipo de defensa no judicial, y por el otro la *acción de despojo* y la *acción de mantener la tenencia o la posesión* en los art. 2241 y 2242 respectivamente, quedando para el final del Título normas generales sobre la legitimación activa en el art. 2245 y el proceso de estas acciones en el art. 2246.

Por su parte el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, como detallamos en el punto 3.a. del capítulo cuarto, separa en tres a los tipos de defensas, por un lado los interdictos de retener y recobrar, en forma análoga al Código de fondo, pero trata en un capítulo aparte a los interdictos de Obra Nueva.

Esta primer diferencia podría llevarnos a enfilarnos en una teoría dualista y afirmar que no se tratan de acciones equivalentes ya que el CPCCBsAs trata como una

acción distinta al interdicto de obra nueva, pero sería una decisión apresurada y sin mayor sustento que una cuestión metodológica.

3.a.- La acción de obra nueva.

Veamos que dice el Código Civil y Comercial sobre la *acción de obra nueva*. Tanto el art.2241 como el art 2242 en su segundo párrafo incluyen las acciones de obra nueva dentro de las acciones de despojo y de mantener. Estableciendo en su párrafo segundo lo siguiente: *“Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia”*, emulando así lo que encontrábamos en el art. 2498 de Velez. Por su parte el art. 2242 dice *“esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra”*. Esta última expresión se separa de lo regulado por el art. 2499 de Velez donde se tomaba como acto turbatorio la efectiva realización de una obra en un terreno distinto al del poseedor, pero que produce en *“la posesión de éste (...) un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.”*. Explican Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso que *“la turbación puede estar representada por una probabilidad (cuya seriedad será merituada por el juzgador) de sufrir un futuro desapoderamiento por la obra que se comenzará a realizar de inmediato. Debido a que esta acción, de mantener por inminente realización una obra, ha sido legislada como una de las acciones posesorias, el legitimado activo deberá acreditar la relación de poder que podría ser agredida por la obra”*⁵¹

Rivera⁵² hace un estudio más minucioso y apunta que:

- 1.- se contempla la posibilidad que éstas se ejecuten en toda clase de objetos, y no solamente en los inmuebles.
- 2.- no deben ser indefectiblemente "nuevas", pueden ser remodelaciones.
- 3.- La expresión obra debe también comprende construcciones, edificaciones, plantaciones y mejoras e igualmente de su demolición o destrucción.

⁵¹ CAMELO Gustavo; PICASSO Sebastián; HERRERA Marisa. “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, Pag. 361

⁵² MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5123.

4.- Si la ejecución de la obra se realiza en objetos del actor, se ajusta al esquema de la acción de despojo; en cambio, si se practica en o desde objetos ajenos, se perfila como una modalidad de la acción de mantener.-

5.- No requiere que la obra esté iniciada basta con la certeza de su futura realización.-

Por último, el Código entiende procedente la acción de mantener ante “*la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento*”, por lo tanto ya no es requisito *sine qua non* la efectiva producción de actos materiales, basta con la mención de una probabilidad para que la acción sea procedente. Quedando en manos del magistrado la difícil tarea de merituar si los hechos denunciados por el demandante son suficientes para optar por la vida del proceso o no. Rivera explica que aunque no se haga mención de este nombre lo que se trata aquí es la acción de “daño temido” y procede “*porque la cosa que puede producir el daño ya existe, sin que su propietario (poseedor, tenedor o representante), haya efectuado (o pretenda ejecutar) ningún cambio en ella*”.⁵³

Comprendidos los alcances de la normativa de fondo, nos encontramos con la problemática de cómo hacer operativas estas acciones procesalmente. Ante “*los actos que anuncian la inminente realización de una obra*” o “*el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia*” nos encontramos con la posibilidad de interponer un interdicto de obra nueva, o una acción de despojo o mantener de la ley de fondo. Veamos como interactúa la nueva norma de fondo con la ley procesal.

El código procesal establece en el art. 613 que “*Cuando se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble, su poseedor o tenedor podrá promover el interdicto de obra nueva. La acción se dirigirá contra el dueño de la obra y, si fuese desconocido, contra el director o encargado de ella. Tramitará por el juicio sumarísimo*”

Camps⁵⁴ explica que para que proceda el interdicto debe existir el inicio de construcción de una obra que afecte a un inmueble vecino, por lo tanto podemos excluir el caso del párrafo segundo del art. 2241 C.C.C. ya que este requiere un

⁵³ MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5123.-

⁵⁴ CAMPS, Carlos Enrique - CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (ANOTADO - COMENTADO - CONCORDADO) LexisNexis – Depalma, Edición Año 2004, Pag. 292.

desapoderamiento producido por la realización de una obra en el objeto que se ejerce la posesión o la tenencia, quedando para este caso la vía de la acción posesoria de recuperar o el interdicto de recobrar (que luego veremos si son dos tipos distintas de defensas o solo una).-

El segundo caso del Código Civil y Comercial son los “*actos que anuncian la inminente realización de una obra*”, es decir, no requiere que esté iniciada la obra para interponer la acción, mientras que el art. 613 especifica que procederá la acción cuando se hubiere comenzado la obra. Quedando expuesto que existen diferencias entre el Código Civil y Comercial y el Código Procesal Civil y Comercial.

Otras diferencias que encontramos entre la ley de fondo y la ley de forma son las siguientes:

1.- El CPCCBsAs limita el objeto a bienes inmuebles, mientras que el C.C.C. contempla la posibilidad que éstas se ejecuten en toda clase de objetos, y no solamente en los inmuebles.

2.- El CPCCBsAs, en el art. 613 habla de “*una obra*”, pero el título del Capítulo V habla de “*Obra Nueva*” y debe entenderse como tal y limitarse a ello. El C.C.C. no requiere que sean obras "nuevas", se debe entender obra en el uso genérico de la palabra, incluyendo demoliciones, mejoras, edificaciones, etc.

3.- La legitimación pasiva del CPCCBsAs incluye el dueño de la obra y si este fuera desconocido, el director o encargado de la obra. En cambio, el C.C.C. plantea una legitimación amplia contra quien lo turba en todo o en parte del objeto, quedando comprendidos dentro de estos los enumerados por el Código de forma.

4.- En cuanto al trámite, el CPCCBsAs establece un proceso sumarísimo y el C.C.C. en el art. 2246, habla “*del proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales*”, siendo en este caso coincidentes.

Podemos apreciar que existen numerosas diferencias que hacen imposible hablar de acciones similares, en primer lugar porque en el Código Civil y Comercial no existe la acción de obra nueva, sino que se trata de un caso más dentro de las acciones de mantener y de recuperar. Por otro lado la órbita de actuación planteada por el Código Civil y Comercial es más amplia que la del código de forma. Debemos entonces

entender que se trata de una defensa distinta propia del Código de fondo o en su defecto debemos plantear la necesidad de su derogación.

De optar por la primera opción, entendemos que sería letra muerta en el Código Procesal los art. 613 y 614 dado que quedaría en desuso por ser más conveniente la vía del C.C.C. Al ser más amplia, el turbado en su posesión optará por ir por la vía de la acción de mantener del C.C.C. ya que la legitimación pasiva es amplia y así evitará un posible rechazo de la acción por falta de legitimación; otra ventaja es que el actor no deberá esperar a que la obra comience para interponer la acción, solo necesitará acreditar que existen actos que anuncian la inminente realización de una obra que producirá un menoscabo en su posesión para iniciar la acción y así evitar esperar a que el daño esté producido, logrando mayor economía procesal ya que al actuar con antelación a que el daño se produzca si logra evitarlo no será necesario accionar para lograr la reparación del mismo. En cuanto al objeto, al no limitarse a una obra nueva, consideramos que es conveniente para el actor optar por la vía del Código de Fondo evitando un posible rechazo de la demanda por no ser objeto del interdicto.

Finalmente siendo el trámite de ambos procesos el sumarísimo, no habrá distinción en cuanto al proceso que se le dará. Por lo tanto, de reunir los requisitos de procedencia del interdicto de obra nueva, el trámite será equivalente al de la acción de mantener del Código Civil y Comercial, confundándose ambas defensas posesorias.

4.- El interdicto de Retener y la Acción de mantener la tenencia o la posesión.

Analicemos comparativamente los interdictos de retener ubicados del art. 604 al 607 del CPCCBsAs, con la Acción de Mantener la tenencia o la posesión del C.C.C. del art. 2242.

4.a.- La legitimación activa.

La legitimación activa es amplia en el CPCCBsAs, se refiere a poseedores o tenedores en forma genérica, sin hacer distinción de tenedor precario o hacer referencias a los vicios. En el C.C.C. también vemos una legitimación activa amplia para el ejercicio de las defensas posesorias, concedida a todos los poseedores y a los tenedores, aclarando que se encuentran comprendidos los viciosos.

Apunta Rivera que esta defensa se extiende a los “*titulares de concesiones y permisos sobre los bienes de dominio público del Estado, cuando son despojados o se los molesta en su relación de poder con dichos objetos por terceros*”⁵⁵. Quedando solo excluidos de la defensa a los servidores de la posesión, que solo cuentan con las defensas extrajudiciales.

4.b.- La legitimación pasiva.

La legitimación pasiva en el CPCCBsAs se da contra el turbador, sus sucesores, comprendiendo dentro de los sucesores tanto a los universales como a los particulares, y contra los coparticipes, es decir, aquellos que colaboren con el autor en la realización de los actos materiales de turbación. El C.C.C. en su art. 2242 indica que la acción de mantener se dará contra el autor de la turbación, no haciendo mención a otro tipo de autores porque al ser los actos de ejecución continúa no existen en esta instancia, en sentido estricto, "sucesores particulares" de aquél. Siendo viable la acción contra el agresor, sus coparticipes y los herederos de ellos, en el caso que continúen en la misma actitud de sus antecesores y permanezcan atacando al actor, justificando la apertura del pleito posesorio.

4. c.- El bien tutelado.

Los bienes protegidos por el CPCCBsAs se encuentran enumerados por el art. 604 inc. 1, siendo estos tanto muebles como inmuebles. En un sentido más amplio, el C.C.C. incorporó una reforma superadora al utilizar el término “cosa” en lugar de bienes, sea muebles o inmuebles, existiendo una relación de género y especie entre estos términos debemos comprender que se posibilita la defensa de muebles e inmuebles. Otra propuesta superadora incorporada es la posibilidad de la defensa de una “*universalidad de hecho o partes materiales de una cosa*”. Esta novedad traída por el Código de fondo, permite que se pueda plantear una sola acción para defender un conjunto de cosas, aclara Rivera que siempre en la medida que todas y cada una de ellas correspondan en los hechos al mismo titular de la relación de poder (poseedor o tenedor).

⁵⁵ MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5120

4. d.- La procedencia de la acción y el interdicto.

El art. 604 Inc. 2 del CPCCBsAs determina la procedencia de este interdicto, constituyendo procedente la acción cuando se perturbase mediante actos materiales la posesión o la tenencia, o ante la simple amenaza de perturbación. No es necesaria la acreditación de actos materiales turbatorios para que proceda el interdicto, sino que demostrando que existen actos preparatorios que demuestren una posible amenaza de perturbación será procedente esta defensa. La lesión protegida por el Código Civil y Comercial comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra (ya vimos lo que sucedía en el caso de la realización de una obra en el punto anterior, por lo cual nos remitimos a ello).

La terminología utilizada por el C.C.C. es distinta de la volcada por el CPCCBsAs, pero ello no obsta que estemos hablando de situaciones similares. En primer lugar debemos afirmar que tanto el término perturbación como turbación hacen referencia a lo mismo, entendiéndose que *“Hay turbación cuando de los actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor, no resulta una exclusión absoluta del poseedor”* conforme el art. 2238.

El C.C.C. en el art. 2242 habla de *“la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento”*, es decir que existen actos turbatorios que aun no han logrado producir un desapoderamiento, siendo coincidente con el segundo caso del art. 604 inc.2 actos de perturbación. Pero no parece muy claro si el primer caso del art. 604 inc. 2 *“que alguien amenazare perturbarle”* se encuentra comprendido dentro de la acción, para dilucidar esta cuestión debemos ver que entiende el C.C.C. por actos turbatorios ya que el art. 2242 establece que procede la acción de mantener cuando existen amenazas de desapoderamiento, es decir, actos turbatorios. Del concepto de actos turbatorios del art. 2238, que transcribimos más arriba, extraemos que deben ser *“actos materiales producidos o de inminente producción”*, con la incorporación de la conjunción disyuntiva “o” encontramos una alternancia entre estas dos situaciones, por lo tanto, la mera *“inminente producción”* de estos actos materiales es suficiente para la procedencia de la acción.

Entendemos que a pesar de la diferente terminología usada, cuando hablamos de inminente producción de actos materiales y de amenazas de perturbación estamos hablando de la misma situación fáctica, el tenedor o poseedor advierte actos preparatorios que sin llegar a turbar su relación de poder próximamente se producirá acto material tendiente al desapoderamiento.

Otra interpretación de este artículo es la de Rivera⁵⁶, quien entiende que la frase *"la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento"* se refiere a la acción de Daño Temido. Interpretación que no es excluyente de lo vertida con anterioridad pero colisiona con la equiparación con el código de forma, ya que el art. 617 bis y ter del CPCCBsAs se ocupan de estas acciones.

Este autor explica que existe una cosa que puede producir un daño, sin que su propietario haya efectuado ningún cambio en ella. Tratándose de un edificio ruinoso, cosas muebles que estén emplazadas en ellos o que existan de modo autónomo. Buscando con esta acción obligar al poseedor de la cosa "peligrosa" a que haga cesar la situación riesgosa. En contra Gabriel Ventura⁵⁷ explica que el daño temido se encuentra regulado a partir del artículo 1710 del C.C. C., donde se regula la posibilidad de accionar en forma preventiva. Hace mención en particular al art. 1711 que establece que *"La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento..."*. Encontrando legitimado para incoarla quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

Coincidimos en este punto con Ventura, entendemos que es inadecuada la incorporación de la acción de daño temido dentro de las defensas posesorias ya que su naturaleza es distinta a las defensas posesorias. Asimismo, es inconsistente con la nueva codificación. El C.C.C. establece que los actos turbatorios son "actos materiales" perpetrados con la finalidad de producir un despojo. Demostrando, así, que son actos perpetrados por una persona humana con una intencionalidad determinada, el despojo. Por lo tanto entender que el titular de la cosa ruinoso pretende lograr un despojo mediante un acto omisivo (ej. Dejar que suceda derrumbe de su inmueble), es

⁵⁶ MEDINA, Graciela (dir) "CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO" / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5120.

⁵⁷ VENTURA, Gabrie B. "LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN", La Ley, 2015 - E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>, Pag. 12.

simplemente intentar forzar los conceptos de la norma porque no solo debe existir la cosa peligrosa sino que el poseedor deliberadamente debe omitir hacer cesar el peligro con la finalidad de que esta se derrumbe y de esta forma desapoderar al actual poseedor o tenedor, situación de lo más compleja y rebuscada. Y si aceptáramos como factible esta posibilidad, debemos analizar la concreción del despojo, el cual jamás sería efectivo, ya que la producción de un daño producto de una cosa ruinoso no es más que un daño material y no un acto de despojo.

Es por ello que entendemos desacertada la inclusión de la figura del daño temido dentro de las defensas posesorias, ya que su naturaleza y finalidad es distinta, en una hay una finalidad de desapoderamiento en la otra hay una omisión que tiene consecuencias dañosas, sin importar la intención del poseedor de la cosa peligrosa. Consideramos acertada la idea de interpretar la casuística del daño temido dentro de las acciones preventivas, más allá que puedan incluirse también las defensas del código de forma en sus art. 617 bis y ter.

4.e.- Trámite

Sobre el trámite de la acción de mantener y los interdictos de retener no hay motivo para extendernos demasiado, el art. 2246 del C.C.C. indica que se le dará el trámite *“del proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales”*, siendo en el caso de la Provincia de Buenos Aires el trámite sumarísimo el cual está indicado para estos interdictos en el art. 605.

Empero aquí no termina la cuestión, el Código Civil y Comercial agrega la posibilidad de que el juez opte por otro tipo de proceso *“atendiendo a las circunstancias del caso”*, y esto no es una cuestión excepcional sino que el juez deberá analizar el caso en particular y determinar si es conveniente un juicio sumarísimo o algún otro proceso conforme el Código Procesal como lo vimos en el punto 2 del capítulo anterior y allí nos remitimos. Lo que debemos evaluar en esta instancia es si esta cuestión se replica en el Código Procesal estudiado.

El art. 605 es firme y contundente, *“tramitará por las reglas del proceso sumarísimo”*, no dando la posibilidad de modificar el tipo de trámite conforme las circunstancias como ocurre en numerosos casos del Código Procesal y como lo autoriza el art. 319. Este último artículo es claro, el principio general será el proceso ordinario, salvo que exista una tramitación especial determinada, en nuestro caso el sumarísimo, y apunta que esta regla solo será exceptuada cuando el código autorice al juez a

determinar la clase de proceso aplicable. No siendo el art. 605 uno de estos casos donde se lo autorice al magistrado, nos vemos limitados a actuar dentro del proceso sumarísimo.

Por lo tanto, de ser un caso “simple”, sin mayores complejidades y el magistrado optare por el proceso más abreviado, es decir sumarísimo, no habría mayor inconveniente, siendo indistinta la vía interdictal o la acción posesoria. El conflicto surge si el juez resuelve que ante su complejidad debe tramitar sumariamente. Si interpretamos que se tratan de las mismas acciones acabaríamos por extinguir la facultad de optar por otro proceso o por forzar la letra del CPCCBsAs haciendo que cree una facultad inexistente.

Encontramos aquí un punto donde se alejan estas defensas posesorias, dificultando la idea de un sistema monista absoluto.

5.- El interdicto de Recobrar y la Acción de despojo.

Habiendo desarrollado las defensas ante los actos turbatorios nos queda por estudiar las defensas existentes ante el desapoderamiento o despojo. Analicemos comparativamente los interdictos de recobrar ubicados del art. 608 al 612 del CPCCBsAs, con la Acción de Mantener la tenencia o la posesión del C.C.C. del art. 2241.

5.a.- La legitimación activa.

Tanto en la norma de fondo como en la de forma las legitimaciones activas son equivalentes y a su vez coinciden con lo estudiado en el punto homónimo del punto 4 de este capítulo, donde desarrollamos este tema, nos remitiremos allí en honor a la brevedad.

Sin embargo, el art. 608 inc. 1 del CPCCBsAs, agrega como legitimado activo el causante del poseedor o tenedor del bien inmueble, situación que merece ser tratada al menos en forma breve.

El art. 1901 del C.C.C. enuncia que el heredero continúa la posesión de su causante, producido el deceso inmediatamente el heredero pasa a ser poseedor del bien desapoderado, conocida es la ficción del derecho “muerte, apertura y transmisión sucede en un mismo momento”. Por lo tanto, si luego de la muerte el bien continúa

fuera de su órbita de poder del heredero, este podrá instar la acción defensiva no como heredero sino en carácter de poseedor, por ser continuador de la posesión.

5.b.- La legitimación pasiva.

En este caso, también son legitimados pasivos el autor denunciado, sus sucesores universales o particulares de mala fe y copartícipes como lo reglamenta el art. 609 del CPCCBsAs, pero agrega un sujeto más que por evidente imposibilidad física y material no se encuentra dentro de la acción de mantener. Se trata del “beneficiarios del despojo”, quienes eran equiparados por el Monismo a los sucesores particulares de mala fe, conforme lo vimos en el capítulo anterior; postura que compartimos.

El C.C.C. del mismo modo, determina que serán legitimados pasivos el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe. Añade que *“La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.”* Buscando reforzar la idea de que se rechaza la toma de justicia por mano propia, indicando que el dueño de la cosa deberá optar por la vía judicial para poder sortear un desapoderamiento de haberlo sufrido.

Señala Rivera en el comentario a este artículo que el límite se encuentra en el sucesor singular de buena fe, explica quien *“si desconoce los orígenes mismos de la relación de poder y los medios por los cuales fue habida por sus antecesores, no puede ser alcanzado por sus efectos”*.⁵⁸ Interpretación que consideramos extensible al caso de los interdictos.

5.c.- El bien tutelado.

Nuevamente, dada la simetría existente los las acciones e interdictos de mantener nos remitimos a su tratamiento.

5. d.- La procedencia de la acción y el interdicto.

El CPCCBsAs nos dice en su art. 608 inc. 2 que el despojo debe haber ocurrido en forma *“total o parcialmente del bien, con violencia o clandestinidad”*. El C.C.C. habilita la instancia de esta acción cuando ocurre un desapoderamiento en los términos del art. 2238 o cuando ocurrió un *“desapoderamiento producido por la realización de*

⁵⁸ MEDINA, Graciela (dir) *“CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO”* / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview, Pag. 5121

una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.”. Este último punto ya fue trabajado, llevándonos a estudiar si el concepto de “desapoderamiento” es equivalente, mayor o más estrecho que el de “despojo total o parcial de un bien con violencia o clandestinidad”.

Los autores que estudiaron la normativa procesal comparativamente con la codificación de Velez Sarfield, se encontraban divididos en cuanto a si ante el caso de abuso de confianza podría plantearse el interdicto. Esta distinción daba fundamentos a quienes sostenían el dualismo entre las acciones policiales y los interdictos, afirmando que ante este caso solo podría interponerse la defensa del código de fondo. Vimos que Mariani de Vidal, bregando por el monismo, afirmaba que si bien este no se encontraba expresamente formulado en el CPCCN (el cual es idéntico al caso del CPCCBsAs) si estaba comprendida, siendo su omisión un mero error explicando que, *” no hay razón alguna para excluir de su ámbito a la desposesión por abuso de confianza, cuando se comprende a la desposesión clandestina, adoptando una interpretación amplia del concepto de despojo ”* ⁵⁹. Concluyendo Vidal que los interdictos no son más que la reglamentación de las acciones posesorias policiales. En el mismo sentido, CARLOS ALBERTO LIZ en una publicación de la revista la ley, explica que el concepto de violencia se fue flexibilizando en la doctrina, consolidándose esta postura con el fallo "Belaude, César c - Amestoy, Darío", donde se asimiló el concepto de abuso de confianza al de violencia⁶⁰. Repasamos esta interpretación con el objetivo de plasmar la postura amplia que se tiene respecto de cuales son los casos comprendidos por la ley de forma. A favor se encuentran doctrinarios como ALLENDE, BORDA, DASSEN y VERA VILLALOBOS, FORNIELES, BENDERSKY.

Veamos si esta dicotomía tiene razón de ser bajo el nuevo concepto de desapoderamiento del C.C.C.

Parafraseando el art. 2238 desentrañamos cuando ocurre el desapoderamiento, y esto sucede “cuando por actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor, tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.” Debemos entender que por “actos materiales” se hace referencia a diversas circunstancias en las

⁵⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo I, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalia S.A., Pag. 258.

⁶⁰ CARLOS ALBERTO LIZ - REVISTA LA LEY pág. 1 LA LEY S.A.E. e I. 26 de Agosto de 1992, Id SAIJ: DACJ930090

que se encuadran la violencia, la clandestinidad y el abuso de confianza, enumeración que hallamos en el art. 1921 al conceptualizarse la posesión de mala fe y viciosa.

Molina Quiroga⁶¹ analizando el C.C.C. entiende que la interpretación de los interdictos debe ser restrictiva, procediendo solo en los casos de violencia o clandestinidad, pero no cuando exista abuso de confianza, quedando para ese supuesto la defensa de fondo. Planteado así una doble vía defensiva de las relaciones de poder.

El Código de forma habla de acción de recuperar y dentro de su articulado habla de despojo, no podemos menos que trasladar a este el concepto de desapoderamiento del art. 2238, tratándolos como términos equivalente. Por lo tanto ante una equivalente circunstancia fáctica no resulta pertinente una respuesta más acotada. Pensamos como Mariani de Vidal en cuanto a que se trata solo de un error que debe ser reparado. La interpretación restrictiva que limita a la procedencia a casos de violencia o clandestinidad es una postura que intenta ser superada por la doctrina desde hace dos décadas volcándose por una visión amplia del concepto de despojo de los códigos de forma. Continuar en esa tesitura en lugar de buscar un horizonte de claridad, atrasaría doctrinariamente llevándonos a rebuscadas distinciones que no producen efectos más que entorpecer la celeridad y la economía procesal.

5.e.- Conversión de la acción.

El Art. 611 del CPCCBsAs y 2243 del C.C.C. tratan la cuestión de la conversión de la acción. Se trata de la facultad originada en las normativas procesales que fue recogida por el código de fondo y tratadas de la misma forma. Dispone la norma que si durante el curso del interdicto de retener o acción de mantener se produce el despojo, la acción continúa como interdicto de recobrar o acción de despojo, sin retrotraer el proceso al principio.

Existen diferencias en sus redacciones, el C.C.C. habla de la producción de “una lesión mayor”, claramente haciendo referencia a un desapoderamiento. Mientras que el código procesal habla directamente de la producción de un despojo, términos que como ya vimos son equivalentes.

Finalmente el C.C.C. aclara que esta facultad encuentra su límite en la afectación del derecho a defensa, cuestión que si bien no se encuentra en la normativa procesal y tampoco se emula la aclaración del CPCCN que reza “*en cuanto fuere posible*”,

⁶¹ MOLINA QUIROGA, Eduardo - “MANUAL DE DERECHOS REALES” Director: Eduardo Molina Quiroga Editorial: La Ley Edición: 2015, Pag. 612

consideramos que su límite siempre existió a través del principio general del derecho a defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y art. 15 de la Constitución Provincial. Aunque consideramos que su incorporación dentro de la norma en particular favorece la operatividad de la limitación y evita controversias.

6.- Prueba

Como venimos estudiando en este trabajo en bien jurídico tutelado en las defensas posesorias, sean interdicción o acciones propiamente dichas, es la posesión o la tenencia, es decir, la relación de poder que tiene una persona con una cosa o una universalidad de cosas, conforme la nueva redacción del C.C.C. En estas acciones no será objeto de discusión el derecho a poseer la cosa, es por ello que incluso el poseedor vicioso de mala fe podrá accionar ante actos de desapoderamiento cometidos por el titular registral del bien (sujeto que detenta el derecho a poseer) y lo más probable es que su sentencia sea favorable. Ello es producto de que aquí lo que se ampara es la relación de poder.

Consecuentemente, en este marco normativo, lo que deberán acreditar las partes es la relación de poder con la cosa, siendo innecesario acreditar el derecho o no a detentar esa relación. En este orden de ideas la norma procesal limita la producción de prueba a aquella que tuviera por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocada, en caso de turbación se ocupará de probar la verdad o falsedad de los actos y en caso de desapoderamiento el despojo (art.606 y 609 C.P.C.C.BsAs.) Siendo estas restricciones propias del juicio sumarísimo.

En este lineamiento interpretativo, el Código de Fondo limita la prueba pero en forma negativa, en el Capítulo 3 bajo el nombre “Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales” da lineamiento en cuanto a la prueba en las acciones posesorias (art- 2270). Determina que en las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real (es decir el derecho a poseer), pero hace la salvedad que el magistrado podrá recibir la prueba a los efectos de examinar los títulos presentados y así apreciar naturaleza, extensión y eficacia de la posesión. Con esto se ratifica que es inútil la prueba del derecho a poseer en cuanto a la acreditación de la relación de poder real y actual al momento del despojo, pero ello no obsta a que se acompañe prueba documental como prueba de indicio para demostrar la fecha de la toma de la posesión.

En definitiva, ambas normativas al tener como objeto de defensa una relación de poder determinan que será necesario su acreditación dentro de esos límites. Expulsando la prueba vinculada al derecho a poseer por no ser pertinente para probar la posesión la tenencia el despojo o la turbación.

7.- Efectos de la sentencia

Las sentencias de las acciones posesoria del C.C.C. que hace lugar a la demanda, conforme el art. 2241 y 2242 deberán ordenar la restitución de la cosa en el primer caso, y el cese de la turbación adoptando las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse en el segundo. El efecto será de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

Por su parte el CPCCBsAs en el art. 612 decreta que la sentencia que haga lugar al interdicto madará a restituir la posesión o la tenencia al despojado. Sin embargo no existe un artículo similar para el interdicto de retener, pero bien explica Camps en los comentarios al art. 605 que una vez producida la prueba del proceso (si la hubiere), el juez se pronunciará por la aceptación o el rechazo de la demanda. De aceptarla su sentencia dictaminará: *“el cese de la perturbación -u ordenará la abstención de que den inicio tales conductas-.”*⁶².

Vemos que ambos cuerpos normativos son semejantes en sus efectos, pero encontramos mayores facultades en el C.C.C. donde se autoriza al Juez a que tome medidas pertinentes para evitar que los actos turbatorios vuelvan a repetirse, facultad que se carece en los interdictos procesales.

Finalmente, en ambas normas existe la posibilidad de que la cuestión pueda reverse en un juicio posterior de conocimiento “petitorio”. De allí que el pronunciamiento de ambos dará como resultado una sentencia con efecto de cosa juzgada material.

8.- Caducidad y Prescripción

Cuando desarrollamos las diferencias interpretativas entre monismo y dualismo en el marco Velezano, marcamos que de forma confusa el Código Civil determinaba

⁶². CAMPS, Carlos Enrique - CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (ANOTADO - COMENTADO - CONCORDADO) LexisNexis – Depalma, Edición Año 2004, Pag. 286.

que el art. 4038 establecía un plazo de prescripción de un año de las acciones posesorias y el art. 2493 un plazo de caducidad para las acciones policiales.

El C.C.C. tomando como fuente el Proyecto de 1998, ya no hace distingo entre la caducidad y la prescripción de las acciones posesorias, y se limita a enunciar que las acción posesorias prescriben al año (Art. 2564 inc. b). Evitando la complejidad y las contradicciones del sistema de Vélez Sarsfield.

Por su parte el CPCCBsAs tienen un plazo de caducidad de un año (Art. 615). Aunque temporalmente es el mismo plazo, los efectos de la caducidad y de la prescripción no son idénticos, en el primero hablamos de la pérdida del derecho con su consecuente pérdida de la acción, en cambio, la otra se ocupa de la pérdida del derecho.

Existe una notoria diferencia de una a otra por cuanto no se aplican a la caducidad las normas atinentes a la interrupción y suspensión de la prescripción (art. 2567 C.C.C.), el plazo de caducidad es perentorio y la misma puede hacerse valer de oficio (art. 2572 C.C.C.) mientras que el juez no puede suplir de oficio la prescripción interdictos, vale aclarar que conforme el nuevo Código Civil la declaración de oficio es facultativa y solo obligatoria cuando ella está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes.. En palabras de Lopez Mesa *“El instituto de la prescripción presenta analogías pero también sustanciales diferencias con el de la caducidad del derecho; de tal modo el juez no puede resolver directamente sobre la temporaneidad del planteo defensivo sin dilucidar previamente -aplicando el principio «iura novit curia»-, si se trata de un supuesto de prescripción de la acción o de caducidad del derecho, ya que según se trate de uno u otro supuesto, podría variar la solución en torno a la temporaneidad del planteo defensivo.*⁶³.

El procesalista Camps bregando por la independencia del interdicto, sostiene que la naturaleza propia de los interdictos es la de un mero remedio procesal que busca prevenir una situación fáctica alterada con prescindencia del derecho sustancial que asista a las partes involucradas, es por ello que cabe la caducidad de los interdictos y no su prescripción.

Es innegable la certeza y claridad que existe en ambos códigos para determinar la prescripción o caducidad de estas defensas en cada caso, no es posible forzar la letra de las normas para intentar plantear su equivalencia. Aquí encontramos otro argumento

⁶³. LÓPEZ MESA, Marcelo J. -- “La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial” 21-ago-2015 - microjuris.com

que sostiene la independencia de los interdictos, consecuentemente la dualidad de defensas posesorias.

9.- La cuestión del art. 617 del CPCCBsAs

Siguiendo la metodología del Código Bonaerense hallamos en uno de sus últimos artículos bajo el título “Acciones Posesorias” la remisión al código de fondo de las que en tiempos de Velez Sarfield llamábamos “acciones posesorias propiamente dichas”, en el mismo artículo in fine se establece un límite a la procedencia de estas defensas el cual fue cuestionada su constitucionalidad.

9. a. Remisión al Código Civil y Comercial

En la primer parte de este artículo encontramos la remisión al código de fondo indicando que a estas se le dará el trámite sumario: “*Las acciones posesorias del Título III, Libro III del Código Civil, tramitarán por juicio sumario.*” Esta remisión debiéramos interpretarla conforme la metodología actual del Código Civil y Comercial, indicando que tramitarán conforme el Título II del Libro Cuarto.

De seguir la postura monista planteada por la comisión redactora y la doctrina mayoritaria y entendiendo que los interdictos son acciones independientes esta remisión terminaría allí. Quedando pendiente la distinción en cuanto a que el código de fondo indica “*el procedimiento más abreviado*” y el Código Procesal indica que debe ser sumario siguiendo el art. 2469 del Código Velezano, debiendo salvarse actualizándose la norma procesal. Empero, si seguimos la interpretación de Ventura, el art. 617 seguiría haciendo referencia a las acciones posesorias propiamente dichas del art. 2245 quedando los interdictos como regulación de los art. 2241 y 2242.

9.b. Inconstitucionalidad del art. 617

El Código Procesal Bonaerense en el art. 617 nos indica que “*deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real*”. Esta limitación trajo controversias en la doctrina poniéndose en duda su

constitucionalidad, existiendo su paralelo el art. 622 del Código Procesal de la Nación, siendo la misma letra.

Este es uno de los pocos puntos en donde coinciden tanto los monistas como los dualistas, ambos consideran que la norma es inconstitucional y apuntaban que, concluido el debate en la acción policial, nada obsta al actor, si reúne los requisitos propuestos en el Código Civil, a renovar el debate en la acción posesoria propiamente dicha y luego entonces, de ser necesario y posible, recurrir al de la acción real. Agregan los dualistas como Mariani de Vidal que concluido el interdicto procesal se podrá iniciar la acción posesoria y luego la vía del petitorio si así lo quisiera el peticionante.⁶⁴

Sin embargo, los monistas absolutos como Palacio y Arazi, disienten y defienden su constitucionalidad. Consideran favorablemente lo dispuesto ya que evita una tripe acción por una misma cuestión.

El fundamento base según Highton es el siguiente: *“Es inconstitucional un código ritual local que quite derechos otorgados por el código sustantivo en materia perteneciente al Estado federal”*⁶⁵ En palabras de Mariani de Vidal el poseedor que reunía según el Código Civil —ley de fondo de carácter nacional— los requisitos para intentar las acciones posesorias del art. 2487 (posesión anual no viciosa) se vería privado de ejercerlas por una disposición de carácter local, por la simple circunstancia de haber intentado otros remedios de tipo policial, con anterioridad.⁶⁶

Ahora bien, durante la vigencia del Código de Velez Sarfield la diferenciación entre estas acciones, aunque cuestionada por parte de la doctrina, era notable. Encontrábamos legitimaciones activas acotadas y otras amplias como pudimos estudiar a lo largo de este trabajo. Esta situación hacía que la restricción del art. 617 vulnerara derechos de los accionantes, *“si se adoptan diferentes trámites y exigen legitimaciones activas y pasivas específicas para cada conjunto de acciones, el objeto de discusión y su alcance también son distintos”*⁶⁷.

El nuevo código de fondo indica que ante un mismo hecho el titular de un derecho real puede interponer la acción real o iniciar una acción posesoria, pero en caso

⁶⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo III, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalia S.A.. Pag. 259.

⁶⁵ DOMÍNGUEZ María Cecilia – “Protección civil y penal de la posesión y la tenencia. Alternativas procesales: interdictos, acciones posesorias y policiales, desalojo por intrusión y restitución del inmueble en el proceso penal por usurpación”. Pag. 28

⁶⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina – “DERECHOS REALES” - Tomo III, 7° edición actualizada, 2004, Victo. P. de Zavalia S.A.. Pag. 259

⁶⁷ HIGHTON. Elena I, “POSESIÓN”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984, Pag.283/284.

de intentar el petitorio primero perderá el derecho a interponer la acción posesoria (art. 2273). Esta disposición pareciera ser similar a la del art. 617 ya que regula la interposición de estas acciones pero su sentido es diferente. En el código de forma, se resuelve indicando una dirección al decir que de iniciar el interdicto o la acción posesoria solo podrá seguirse con la vía real, sea cual sea la defensa intentada con anterioridad. En cambio, el C.C.C. resuelve hacia atrás, indicando que de iniciar el petitorio se perderá el derecho a las defensas posesorias, sin hacer referencia a cuantas acciones pueden intentarse previo a la defensa real. Consiguientemente no se ha acogido la limitación del art. 623 CPCCN o 617 CPCCBsAs, quedando pendiente la resolución sobre su constitucionalidad.

Debemos agregar que este debate podría perder su razón de ser si tomamos una postura monista absoluta, entendiendo que los interdictos son la regulación de las únicas acciones posesorias del C.C.C. carecería de sentido este debate. De esta forma el art. 617 no vulneraría ningún tipo de derecho, intentada la única defensa posesoria solo restaría necesariamente la acción real.

Por nuestra parte compartimos que la limitación de las defensas posesorias incorporada por el art. 617 es inconstitucional, por atribuirse facultades no delegadas al modificar derechos otorgados por la ley nacional, más allá de adoptar o no la postura monista planteada en el párrafo anterior. Siendo necesario que habiendo sido constitucionalizado el derecho civil argentino se replique en las normativas procesales.

10.- Conclusión

En este último capítulo nos dedicamos exclusivamente a la relación del Código Procesal Bonaerense y el Código Civil y Comercial. Planteamos las posibles interpretaciones que pueden existir sobre el número defensas posesorias, donde a pesar de los esfuerzos realizados por la comisión redactora al sancionar el C.C.C. para simplificar el sistema existen aún dudas respecto a cómo hacer operativo este sistema en conjunción con la normativa de forma, y esto se debe a la falta de actualización del código procesal.

Planteamos los posibles universos interpretativos que pueden darse en torno a esta problemática, por un lado un “dualismo amplio” (acciones propiamente dichas, acciones policiales y los interdictos), y un “dualismo simple” (acciones propiamente

dichas y acciones policiales reguladas por los interdictos), o desde el monismo, uno que respete la autonomía de los interdictos (acciones posesorias e interdictos procesales), y un “monismo absoluto” donde los interdictos del CPCCBsAs regulan a las acciones del Código Civil y Comercial, quedando así, solo una defensa. Dejaremos nuestra postura y sus fundamentos para la conclusión final de este trabajo.

Para dilucidar cuál de estas posibles interpretaciones es la más acertada hicimos un estudio comparativo de los interdictos regulados por el CPCCBsAs y las acciones posesorias del C.C.C., encontrando similitudes en cuanto a la amplitud de la legitimación activa, bien tutelado, procedencia, trámite otorgado a las acciones, pero con leves diferencias en cuanto a las acciones de obra nueva, legitimación pasiva, y otras más sustanciales como la caducidad y la prescripción.

Podemos destacar que las acciones posesorias del Código Civil y Comercial otorgan una órbita de acción menos restrictiva que la de los interdictos, llevándonos a preguntarnos en que caso el actor optaría por la vía interdictal siendo la acción posesoria más amplia.

Para finalizar, dedicamos un momento a las restricciones del art. 617 del CPCCBsAs, artículo que se encuentra cuestionado por su constitucionalidad desde la doctrina mayoritaria y que al día de hoy continúa en discusión ya que el C.C.C. no trajo claridad sobre este asunto. Consideramos que no se trata de una omisión por parte de la Comisión redactora, sino de una cuestión propia de los códigos procesales que debe ser resuelto desde ese lugar.

CAPITULO VI

CONCLUSIÓN FINAL

Sumario: 1. Conclusiones; 2. Propuesta superadora.

1. Conclusiones

A lo largo de este trabajo expusimos la problemática de las defensas posesorias en el derecho argentino y particularmente en la provincia de Buenos Aires, desde un punto de vista normativo y doctrinario.

Recorrimos la evolución histórica de estos institutos para lograr comprender sus orígenes y hacia dónde van este tipo de defensas.

Pudimos observar la compleja regulación que se dio en el Código de Velez Sarfield y como esta traja consigo diversas posturas interpretativas que no lograban llegar a un consenso. Ni siquiera luego de la reforma de Borda a través de la ley 17.711. Esta complejidad interpretativa en el código de fondo no terminaba allí, vimos que debíamos incluir en la discusión la interpretación de la normativa procesal ya que también regulaba este tipo de defensas. Encontramos posturas extremas que planteaban la simplicidad del sistema con una única defensa y quienes planteaban que ante un mismo hecho podría elegir tres caminos jurisdiccionales distintos (acciones posesorias propiamente dichas, acciones policiales o los interdictos procesales).

Analizamos los aspectos más importantes y controvertidos que se presentaban en tiempos de Velez, para entender el punto de partida de la comisión redactora para crear el sistema de las defensas posesorias por la ley 26.994.-

Previo a volcarnos en la cuestión de las defensas posesorias en el nuevo Código Civil y Comercial decidimos estudiar primero las nociones de posesión y tenencia juntamente con la regulación de los derechos posesorios en el nuevo Código Civil y Comercial para facilitar al lector la comprensión del sistema nuevo creado.-

Observamos que la comisión redactora dirigida por el Pte. de la Corte Suprema de Justicia el Dr. Lorenzetti tuvo como objetivo simplificar el sistema suprimiendo la diversidad de acciones para sintetizar todo en solo dos posibles defensas judiciales, una de mantener y otra de recuperar. Sin olvidar, la posibilidad de interponer la acción real o las defensas extrajudiciales. Vimos que esta comisión siguió las líneas del Proyecto de Código Civil de 1998, las conclusiones de la Comisión N° 5 Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y otras jornadas de debate como las Jornadas Sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil) Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014. Acogiendo también, numerosa jurisprudencia en donde se simplificaban las acciones, dándole curso sin diferenciar entre policiales y propiamente dichas.

Ahora bien, más allá de la buena voluntad de los juristas al momento de redactar la normativa en cuestión siempre existe la posibilidad que se planteen nuevos conflictos que traigan mayor oscuridad en el sistema. Mientras que la comisión redactora y la doctrina dominante abogan por un sistema monista simplificado y dar por finalizada la discusión el jurista cordobés Carlos B. Ventura postula la inexistencia del fin de la discusión y el resurgimiento del dualismo en el Código Civil y Comercial, postura que al menos invita a reabrir el debate y profundizar en el tema.

De esta manera llegamos a la conclusión de que existen cuatro posibles interpretaciones de la relación entre el Código Civil y Comercial y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Los cuales los llamamos de la siguiente manera:

a. Dualismo “amplio” distinguiendo tres tipos de defensas distintas: acciones propiamente dichas, acciones policiales y los interdictos.

b. “Dualismo “simple” que distingue entre acciones propiamente dichas y acciones policiales reguladas por el código procesal como interdictos.-

c. Monismo con autonomía de los interdictos, dando también dos posibles defensas: una sola acción posesoria en el C.C.C. y por otro lado los interdictos procesales.-

d. “Monismo absoluto” donde los interdictos del CPCCBsAs regulan a las acciones del Código Civil y Comercial, quedando así, solo una defensa.

En primer lugar debemos afirmar que compartimos la idea de que era necesario simplificar el sistema Velezano, las defensas posesorias son esencialmente medidas expeditivas que deben dar una rápida respuesta al accionante para ello se debe garantizar un sistema idóneo, simple y eficaz que arbitre los medios necesarios para dar la necesaria respuesta judicial. A pesar de ello, no nos parece suficiente fundamento para la defensa de una postura monista, en ese sentido debemos decir que compartimos la idea de Ventura en cuanto a que la mera voluntad del legislador no es suficiente para interpretar el sentido de una norma. Existen diversos métodos interpretativos que deben utilizarse en su conjunto y armónicamente para lograr desentrañar el real sentido de la norma estudiada. Es necesario estudiar en el contexto que fue creada la norma (interpretación histórica), la finalidad de ella (interpretación telológica), el contexto normativo donde se encuentra (interpretación sistemática) y la interpretación gramatical

que es aparentemente la mayormente utilizada por el autor citado, y es a partir de este conjunto de métodos interpretativos que debemos estudiar toda norma.

Ya vimos que la intención de los creadores de la norma y su finalidad es la de dar por finalizado un viejo debate simplificando el sistema, cabe preguntarnos ahora si ese objetivo fue logrado.

Por nuestra parte consideramos que en el estado normativo actual la postura planteada como “monismo con autonomía de los interdictos” es la correcta debido a como se encuentra redactado el código procesal bonaerense, sin embargo, entendemos que el paso siguiente para lograr dar por finalizado este debate y lograr un sistema armónico es lograr un sistema de monismo absoluto.

El motivo que nos lleva a volcarnos por esta postura es la escasa distinción que existe actualmente entre estos tipos de defensas.

En primer lugar, no estamos de acuerdo con el dualismo en el C.C.C. que plantea Ventura. Entendemos que el art. 2245 es la regulación en forma particular de la enunciación genérica de los legitimados en el art. 2241 y 2242, por lo tanto no hace más que tratar en forma minuciosa y específica lo que en los otros artículos se menciona en forma genérica. Por otro lado, tampoco consideramos práctico que existan dos tipos de acciones posesorias que solo se distingan por su legitimación activa y que en sus restantes caracteres sean equivalentes. En el hipotético caso de que se intente una u otra acción ambas tramitarán de la misma forma, con los mismos efectos y mismos legitimados pasivos, por lo tanto terminará siendo una distinción en cuanto al título de la acción pero idéntica en sus efectos. Por lo tanto, debemos descartar entonces la posibilidad de un dualismo en el Código Civil y Comercial, sea amplio o simple.

Respecto a los interdictos procesales del Código Bonaerense debemos afirmar que su distinción con las actuales acciones del código de fondo si bien presentan diferencias tampoco las consideramos sustanciales. Vimos que ambos dan legitimación activa tanto a poseedores como a los tenedores, que su legitimación pasiva es equivalente con la salvedad de que uno habla de “beneficiario del despojo” otro de “sucesor particular de mala fe”, términos que se los ha tratado como similares en la doctrina. Por otra parte, no es menor que el CPCCBsAs trate separadamente el interdicto de obra nueva, mientras que en la ley de fondo se encuentra como otra causal de turbación o desapoderamiento.

Destacamos que las acciones posesorias tienen mayor amplitud a la hora de actuar, los casos de procedencia son mayores ya que los interdictos se encuentran

limitados a casos de violencia o clandestinidad, aunque parte de la doctrina entiende que esto se trata de un error al día de hoy no fue subsanado por lo que debemos señalarlo como una diferencia. Ambos códigos indican un trámite rápido, pero con mayor amplitud el Código Civil y Comercial indica que el juez podrá optar por otro tipo de proceso conforme las circunstancias particulares del caso, facultad que no se encuentra en la normativa procesal que se limita a indicar que el trámite debe ser sumarísimo. Finalmente, encontramos el mayor antagonismo en la extinción del derecho, ya que uno habla de caducidad y el otro de prescripción con todos los efectos que cada uno de ellos trae.

Esta mayor capacidad para obrar que nos otorgan las acciones posesorias nos lleva a afirmar que la suerte que seguirán los interdictos es la de su desaparición por desuso. Cualquier legitimado para actuar contando con la facultad de optar por una u otra vía, elegirá la el camino del código de fondo, porque así evitará que su demanda sea rechazada consecuencia de ser el objeto de la acción improcedente, el magistrado no podrá rechazarle la acción por pérdida del derecho por el transcurso del tiempo sino que deberá ser solicitado por la contraparte, contará con la posibilidad de solicitar al juez que ordene medidas para evitar nuevos desapoderamientos o turbaciones. Finalmente, de ser un caso complejo, podrá solicitar que se le dé un trámite sumario a la causa para así lograr acreditar con mayor precisión los extremos de su pretensión.

Ergo, la única posible causa que podría llegar a impulsar al poseedor o tenedor a intentar el interdicto procesal en lugar de la acción posesoria, es la posibilidad de intentar la acción posesoria luego del interdicto tachando de inconstitucional el art. 617 del CPCCBsAs, como vimos oportunamente, en lugar de ir directamente por la vida de la acción real.

Es así que en nuestra opinión, el Código Civil y Comercial adopta una postura monista que debe ser trasladada a la normativa procesal a los efectos de armonizar el sistema de defensas de las relaciones de poder.

2. Propuesta superadora

Como pudimos observar el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires necesita de una solución legislativa concreta que se adapte a la nueva normativa del Código Civil y Comercial.

La normativa procesal ha quedado desactualizada con términos que se encuentran en desuso, errores legislativos que ya habían sido marcados con anterioridad a la sanción de la ley 26.994, y con un sistema de defensas de las relaciones de poder que no es adecuado para ser interpretado como la regulación de la ley de fondo. Por otro lado tampoco puede interpretarse como una acción autónoma propia del código procesal porque, como vimos, no encontramos fundamentos suficientes que hagan afirmar rotundamente que se trata de una acción autónoma. A estas circunstancias debemos agregar que de mantenerse la actual regulación de los interdictos corre el riesgo de desaparecer por desuso.

En consecuencia, proponemos la modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de buenos antes en los siguientes aspectos.

En primer lugar se debe dejar de usar el término interdicto el cual hace alusión a un institución independiente, usando la terminología acciones posesorias. Se deba hablar de desapoderamiento y no de usurpación.

Es necesario que los artículos que quedarán en desuso sean derogados. El art. 617 que remite al Código Civil Comercial y que erróneamente indica el trámite sumario a estas defensas y fue tachado de inconstitucional por gran parte de la doctrina debe ser suprimido. Por su parte el art. 615 dedicado a la caducidad de la acción también debe suprimirse, al tratarse de una única acción se generaría una contradicción entre la caducidad del CPCBsAs y la prescripción del derecho del C.C.C., no siendo objeto de la normativa procesal restringir con mayor peso un derecho que para la ley de fondo solo prescribe según el Art. 2564 inc. b.

Respecto a los art. 617 bis y ter, donde se trata el daño temido, no sobreabundaremos en el tema ya que como fue explicado más arriba se tratan de acciones que incorrectamente se encontraban dentro de la esfera de las defensas posesorias, siendo remitida por la comisión redactora a otro título del Código Civil y Comercial. Por lo tanto es objeto de otro estudio la relación de estos artículos con la ley de fondo.

El interdicto de obra nueva también debe ser suprimido a los efectos de simplificar el sistema emulando la norma de fondo, las circunstancias fácticas que hacían procedente a este interdicto fueron acogidos por la acción de despojo y la acción de mantener por lo que deviene innecesario y sobreabundante que continúe en vigencia esta doble regulación.

Por último deben ser incorporadas las modificaciones que amplían la órbita de acción de las acciones posesorias agregando como objeto de defensa no solo a las cosas muebles e inmuebles sino que debe incorporarse a las universalidades de hecho. Debemos incorporar la facultad del juez para poder optar por otra vía distinta a la sumarísima y la facultad para crear medidas tendientes a evitar que se repitan nuevos hechos turbatorios o despojantes. En cuanto a los casos donde son procedentes las acciones posesorias, debemos ampliar la órbita de actuación a todo tipo de acción de desapoderamiento o actos de inminente desapoderamiento conforme lo vimos en el punto 5.d. Los casos de violencia, clandestinidad, e incluso el abuso de confianza deben ser entendidos como comprendidos dentro del término “desapoderamiento”, existiendo una relación de género y especie.

Respecto a la protección del derecho a defensa en los casos que se faculta conversión de la acción, dijimos que por imperio de la constitución el límite y esta garantía se encontraban amparados por la norma procesal a pesar de no encontrarse en el texto. Ahora bien, creemos que con buena técnica legislativa, buscando profundizar la idea de constitucionalización de la norma Civil y para reforzar este concepto se incluyó explícitamente en el artículo 2244 del C.C.C. Consideramos que la normativa procesal debe dejar expresamente asentado que la conversión de la acción será factible siempre y cuando no se violente el derecho a defensa de las partes.

Como última reflexión podemos afirmar que si bien aún no se encuentra resuelta definitivamente esta discusión, y a pesar de que sigan existiendo nuevas posturas encontradas se ha logrado avanzar notablemente en la simplificación del sistema, buscando dar por finalizada la discusión. Consideramos que sobre pasos firme se continúa avanzando en ello, el Código Civil y Comercial trajo consigo claridad y simplicidad a las defensas de la posesión. Será necesaria la modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires para que finalmente la justicia y la doctrina se expidan sobre ambas normas, se sienten antecedentes dando por finalizado este debate y así lograr mayor seguridad jurídica en nuestro sistema legal vigente

BIBLIOGRAFIA

GENERAL

AREAN Beatriz A, “DERECHOS REALES”., Editorial Hammurabi, 6° edición 1° reimpresión, 2008.

ARGÜELLO Luis Rodolfo, “MANUAL DE DERECHO ROMANO – HISTORIA E INSTITUCIONES”, Editorial Astrea, 3° edición 7° reimpresión, año 2004.

CAMPS, Carlos Enrique – “CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (ANOTADO - COMENTADO - CONCORDADO)” LexisNexis – Depalma, Edición Año 2004

CARAMELO Gustavo; PICASSO Sebastián; HERRERA Marisa. “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015

HIGHTON. Elena I, “POSESIÓN”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1984

LORENZETTI, Ricardo Luis, como Presidente y Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aida Kemelmajer de Carlucci, FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN , 2014

MARIANI DE VIDAL, Marina, “DERECHOS REALES”-, 7° edición actualizada, Victo. P. de Zavalia S.A, 2004

MEDINA, Graciela (dir) “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO” / Julio César Rivera y Graciela Medina. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014., versión digital disponible en Thomson Reuters Proview

MOLINA QUIROGA Eduardo, “MANUAL DE DERECHOS REALES”, Editorial: La Ley Edición: 2015

MUSTO, Néstor Jorge, DERECHOS REALES, Reimpresión, Tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995.

ESPECIAL

CLERC, Carlos Mario, “LA PROTECCIÓN POSESORIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación. Ponencias de La Matanza - <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/lamatanza/>

DASSEN Julio Y VILLALOBOS Enrique Vera, “El “Corpus” Y El “Animus” La Polémica Savigny - Ihering’.” Publicado en Revista “Lecciones y Ensayos” Número 16 Año 1960

DOMÍNGUEZ, María Cecilia – “PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA. ALTERNATIVAS PROCESALES: INTERDICTOS, ACCIONES POSESORIAS Y POLICIALES, DESALOJO POR INTRUSIÓN Y RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE EN EL PROCESO PENAL POR USURPACIÓN”.

KIPER Claudio “LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012” – Revista Jurídica USES (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales) (2013) Revista Jurídica, 17, 70-104

LIZ Carlos Alberto - REVISTA LA LEY pág. 1 LA LEY S.A.E. e I. 26 de Agosto de 1992, Id SAIJ: DACJ930090

LÓPEZ Mesa “LA CADUCIDAD DE LOS DERECHOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, Marcelo J. --21-ago-2015 - microjuris.com

PALACIOS. Lino Enrique, “MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”,. 16° Ed. Actualizada, p. 811/812, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

PICADO, Leandro S., “JORNADAS SOBRE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (PREPARATORIAS DE LAS XXV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL) MONTE HERMOSO, 5 Y 6 DE DICIEMBRE DE 2014.” www.jndcbahiablanca2015.com -

SMAYEVSKY Mirian, “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION”, Publicación web Exclusiva para www.nuevocodigocivil.com

VASQUEZ Aníbal Torres, “La defensa de la Posesión”, publicación web en www.ettorresvasquez.com

VENTURA, Gabrie B. “LAS DEFENSAS POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, La Ley, 2015 – E, 1190, Publicación web <http://www.psi.unc.edu.ar>

INDICE

RESUMEN	1
ESTADO DE LA CUESTIÓN	2
MARCO TEORICO	5
INTRODUCCIÓN	8

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

1. Introducción.....	11
2. La protección de la posesión en Roma.....	11
3. La protección de la posesión en el Derecho Canónico.....	13
4. La protección en el Derecho francés.....	14
5. La protección posesoria según Savigny y Ihering.....	14
6. Posturas modernas hasta el Código Civil de Velez.....	15
7. Conclusión.....	16

CAPITULO II

LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO DE VELEZ SARFIELD Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL VIGENTE

1. Introducción.....	18
2. Concepto de posesión y tenencia.....	18
2.a.- Elemento objetivo.- 2.b.-Elemento subjetivo.....	19
3. Metodología de los Códigos.....	19
4. La posesión como situación de hecho o derecho - naturaleza de la posesión.....	20
4.a.- La posesión como hecho.....	20
4. b.-La posesión como derecho.....	21
4.c.- La postura de tomada en nuestros cuerpos normativos.....	21
5. La presunción de la posesión.....	22
6.- Presunción de continuidad.....	23
7. Inmutabilidad de la causa.....	24

8.- Conclusión.....	25
---------------------	----

CAPITULO III

TRATAMIENTO DE LAS ACCIONES POSESORIAS PROPIAMENTE DICHAS Y LAS ACCIONES POLICIALES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

1.- Introducción.....	28
2.- Tratamiento de las acciones Posesorias en el Código Civil de Velez.....	28
2.a.- Acciones posesorias propiamente dichas.....	30
2.b.- Acciones policiales.....	30
2.c.- Tesis Unitaria y Tesis Dualista.....	31
3. Tratamiento de las acciones Posesorias en el Código Civil y Comercial.....	32
4. Nuevas posturas doctrinarias sobre el Monismo y el Dualismo.....	38
5. Conclusión.....	43

CAPITULO IV

DEFENSAS POSESORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU RELACIÓN CON EL CODIGO PROCESAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

1.- Introducción.....	46
2.- Reglas procesal en el Código Civil y Comercial.....	46
3.- Los interdictos y las acciones posesorias en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.....	48
3. a.- Interdictos y acciones posesorias: metodología del Código Procesal Bonaerense.....	48
3. b.- Identidad entre el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.....	49
3. c.- Monismo y dualismo en las normas Procesales.....	50
4.- Conclusión.....	55

CAPITULO V
ANÁLISIS COMPARATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y
COMERCIAL BONAERENSE Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1.- Introducción.....	58
2.- Posibles interpretaciones y aclaraciones preliminares.....	58
3.- Clases de interdictos y clases de Acciones posesorias en el Código de Fondo.....	59
3.a.- La acción de obra nueva.....	60
4.- El interdicto de Retener y la Acción de mantener la tenencia o la posesión.....	63
4.a.- La legitimación activa.....	63
4.b.- La legitimación pasiva.....	64
4. c.- El bien tutelado.....	64
4. d.- La procedencia de la acción y el interdicto.....	65
4.e.- Trámite.....	67
4.f.- Efectos de la sentencia.....	68
5.- El interdicto de Recobrar y la Acción de despojo.....	68
5.a.- La legitimación activa.....	68
5.b.- La legitimación pasiva.....	69
5.c.- El bien tutelado.....	69
5. d.- La procedencia de la acción y el interdicto.....	69
5.e.- conversión de la acción.....	71
6.- Prueba.....	72
7.-Efecto de la sentencia.....	73
8.- Caducidad y Prescripción.....	73
9.- La cuestión del art. 617 del CPCCBsAs.....	75
9.a. Remisión al Código Civil y Comercial.....	75
9.b. Inconstitucionalidad del art. 617.....	75
10.- Conclusión.....	77

CAPITULO VI
CONCLUSIÓN FINAL

1.- Conclusiones.....	80
-----------------------	----

2.- Propuestas superadoras.....83

BIBLIOGRAFIA86