

Regulación de las acciones posesorias en el Código Civil y Comercial

Leandro S. Picado*

Abstract

El Código Civil y Comercial (CCivCom) regula un solo juego de acciones posesorias, previendo un ejercicio amplio de ellas por parte de todo tenedor (interesado y en interés ajeno) o poseedor, aunque sea vicioso (arts. 2241 y 2242), otorgándoles la acción posesoria de despojo contra la pérdida de la posesión o de la tenencia (art. 2241), la acción de mantener la tenencia o la posesión, contra los ataques turbatorios de la relación material (art. 2242), y la acción para adquirir la posesión o la tenencia (art. 2239). Lo expuesto, implica la eliminación de la categoría de las acciones posesorias strictu sensu cuyo uso, en el Código Civil (CCiv), queda exclusivamente reservada a los poseedores calificados.

El art. 2239 del CCivCom., al hacer referencia a la acción para adquirir la posesión o la tenencia, incorpora una herramienta más al elenco de vías legales previstas para lograr la instalación de la relación de poder de que se trate, la que tramitará mediante proceso sumarísimo (art. 2246 CCivCom).

En razón de lo preceptuado por el artículo 2238 CCivCom., las acciones posesorias operan no sólo por los ataques ya acontecidos de turbación o de despojo, sino también frente a los de inminente producción, por lo que, con muy buen criterio y a guisa de prevención, el CCivCom. permite que el titular de la relación de poder se proteja anticipadamente, siempre y cuando el peligro de turbación o despojo sea cierto e inmediato. Por lo tanto, la defensa posesoria funciona tanto frente a los ataques consumados como también ante los de inmediata, fatal si se quiere, acaecimiento.

Como remedio o defensa a los ataques que se prevé, de manera muy probable y fundada sufrirá la vinculación material, el art. 2242 del CCivCom. introduce una particular acción de mantener por amenaza de obra nueva, al regular que “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”.

* Abogado. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Reales, Depto. Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca. Dirección postal: Alsina 118, piso 3, of. 1, CP 8000, Bahía Blanca, prov. Bs. As., Argentina. Tel. (0291) 4556356. lpicado@uns.edu.ar

I.- Eliminación de las acciones posesorias *strictu sensu*.

I.1.- Código Civil.

En el ámbito del CCiv. no todas las relaciones reales cuentan con defensas, ni tampoco a todas les asisten los mismos remedios. Cuando más trascendente es la vinculación fáctica con la cosa, mayores y más intensas son las vías de protección que el derecho pone al alcance del titular de la relación. Por el contrario, en la medida que descendemos en la importancia de las relaciones de hecho, será menor la tutela jurídica.

El CCiv. diferencia las acciones posesorias *strictu sensu* de las acciones policiales. En tanto el poseedor se beneficia con las acciones posesorias, las policiales, los interdictos y la defensa privada, el tenedor queda excluido del ejercicio de las acciones posesorias y, por su parte, los servidores de la posesión sólo cuentan con la defensa extrajudicial o privada.

Las acciones posesorias en sentido estricto sólo pueden ser ejercidas por poseedores calificados, es decir que revistan el carácter de ser anuales y no viciosos (arts. 2487, 2473, 2495, CCiv.). Por su parte, los poseedores, cualquiera sea la naturaleza de la posesión, y los tenedores en interés propio (arts. 2462, inc. 1, 2469, 2490, CCiv.), están legitimados para promover acciones policiales. En cambio, los tenedores en interés ajeno sólo están habilitados, en caso de turbación, para el uso de la acción de manutención (arts. 2462, inc. 2, y art. 2469, CCiv.). También se hallan legitimados activamente los titulares del derecho de retención (art. 3944, CCiv.).

Los poseedores calificados (anuales y no viciosos) cuentan con dos acciones para cada ataque. Frente a la turbación podrán echar mano tanto a la acción de manutención, prevista sólo para poseedores calificados (art. 2495, CCiv.), como a la acción policial innominada de mantener, establecida para cualquier poseedor y para los tenedores (art. 2469, CCiv.). De la misma manera, en caso de desposesión podrán apelar a la acción posesoria *strictu sensu*, con efectos reipersecutorios sumamente amplios (arts. 2473 a 2481, 2487, CCiv.), o bien al ejercicio de la acción policial de despojo, con alcance reipersecutorio más acotado, y prevista tanto para los poseedores de cualquier naturaleza, como para los tenedores en interés propio (art. 2490, CCiv.).

En lo que hace a los poseedores no calificados, por la carencia de anualidad y/o la ausencia de vicios, y los tenedores, no podrán hacer uso de las acciones posesorias *stricto sensu* (arts. 2487 y 2495, CCiv.), sino únicamente de las policiales (arts. 2469 y 2490, Civ.), contando, consiguientemente, con una sola acción para cada tipo de ataque.

La disparidad de fuentes en las que abrevó Vélez, sumada a una oscura e imprecisa proposición del articulado del CCiv., generaron, en la materia, posiciones doctrinarias antagónicas aún no superadas.

I.2.- Código Civil y Comercial.

El CCivCom. superó la oscuridad normativa y el imbricado juego de acciones tuitivas de las relaciones de poder que traía el CCiv., haciendo que las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas queden en el pasado.

El nuevo ordenamiento regula solamente a las acciones posesorias, previendo un ejercicio amplio de ellas por parte de todo tenedor (interesado y en interés ajeno) o poseedor, aunque sea vicioso, otorgándoles la acción posesoria de despojo contra la pérdida de la posesión o de la tenencia (art. 2241) y acción de mantener la tenencia o la posesión, contra los ataques turbatorios de la relación material (art. 2242), y la acción para adquirir la posesión o la tenencia (art. 2239).

Lo expuesto, implica la eliminación de la categoría de las acciones posesorias *strictu sensu* cuyo uso, en el CCiv., queda exclusivamente reservada a los poseedores calificados.

II.- Incorporación de la acción de adquirir la tenencia o la posesión.

II.1.- Introducción.

Nuestro derecho procura erradicar la violencia y la justicia por mano propia proscribiéndolas, a fin de asegurar la tranquilidad pública y la paz social, estableciendo las vías legales como medio para la obtención de la posesión y de la tenencia.

En tal sentido, el art. 2239 CCivCom., de igual manera que lo hace el art. 2468 CCiv. (que se complementa con el art. 2469 CCiv.), manda que la persona que *no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.*

La referidas vías legales no son otra cosa que los remedios que el ordenamiento legal pone a disposición del que procura obtener la posesión o la tenencia, en base a un título suficiente, los que serán distintos según la cosa se encuentre en poder del transmitente o, para mejor decir, obligado a la transmisión (*tradens* o tradente), o en manos de un tercero.

II.2.- Situación anterior a la vigencia del CCivCom.

Hasta tanto no entre en vigencia el CCivCom., las únicas vías legales serán:

a.- *Acción por incumplimiento contractual.* Partiendo del supuesto de que la cosa se encuentre en poder del obligado a la transmisión, quien pretende que se cumpla con la tradición que le es debida (*accipiens*), podrá, sin hesitación, accionar demandando el cumplimiento del contrato, es decir la entrega de la cosa.

b.- *Acción reivindicatoria.* Estando la cosa inmueble en poder de un tercero, si el adquirente cuenta con título suficiente (v.gr., contrato de compraventa pasado por escritura pública, art. 1017, inc. a, CCiv.Com y art. 1184, inc. 1, CCiv.), pese a no ser aún dueño de la cosa raíz, podrá, de todas maneras, hacer uso de la acción reivindicatoria, pues el contrato de compraventa implica la cesión al comprador de todos los derechos y acciones que el transmitente tiene sobre la cosa, inclusive la

acción reivindicatoria (arg. arts. 1409, 1444, 1445 y su nota, nota al art. 2109, CCiv.)¹.

c.- *Interdicto de adquirir*. Esta herramienta, prevista por algunos Códigos Procesales, está legislada en los arts. 607 a 609 del CPCC de la Nación (arts. 601 a 603 del CPCC de la Prov. de Bs. As.) de manera tal que se torna inútil. En efecto, el art. 601 no requiere solamente que el actor "*presente título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia con arreglo a derecho*" (inc. 1), sino que además exige, para la procedencia del interdicto, que "*nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto del interdicto*" (inc. 2) y "*que nadie sea poseedor o tenedor de la misma cosa*" (inc. 3).

Como señala Mariani de Vidal², la primera exigencia obsta a la procedencia del instrumento respecto de los inmuebles, porque éstos siempre tienen dueño, que será un particular o el Estado (art. 2342:1° CCiv.). En lo que hace a los muebles, si carecen de dueño no será menester el ejercicio interdictal, pues tales cosas se adquieren por su simple aprehensión (art. 1923, *in fine*, CCivCom. y art. 2375 Civ.).

En cuanto al segundo extremo que prevé la norma, los inmuebles siempre tendrán un poseedor y los muebles que no tengan poseedores podrán ser adquiridos, como ya dijéramos, por la mera aprehensión.

De todas maneras, si el titular de un inmueble o de un mueble abandona la posesión, ésta puede ser adquirida cumpliendo con los requisitos de la adquisición unilateral, sin necesidad de ocurrir a los interdictos (art. 1923, *in fine*, CCivCom. y arts. 2375 y 2454 CCiv.).

Por su parte, en caso de existencia de tenedor de la cosa no procede el interdicto, pues "*Cuando alguien ejerciera la tenencia de la cosa, la demanda contra él se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo*" (art. 608, pár. 3ro.). Otro tanto acontece si "*Si otra persona también tuviere título o poseyere el bien, pues, en este caso la cuestión deberá sustanciarse en juicio ordinario o sumario, según lo determine el juez*" (art. 608, pár. 2do.), y no mediante el interdicto.

II.2.- Situación posterior a la vigencia del CCivCom.

Pues bien, el CCivCom. supera los requisitos del interdicto de adquirir que, por ser de imposible cumplimiento, obstaban a su aplicación y, por lo tanto, a la posibilidad de contar con una vía legal rápida para la obtención de la relación de poder pretendida.

En este orden, el artículo 2239 hace expresa referencia a la *acción para adquirir la posesión o la tenencia*, incorporando, por lo tanto, una herramienta más para lograr la instalación de éstas.

No perjudican ni su reconocimiento y ni su andamiento, la circunstancia de que el CCivCom. se limite a nombrarla sin proveer a

¹ CNCiv., en pleno, 11/11/58, in re "Arcadini, Roque (Suc.) c/ Maleca, Carlos", LL, 92-463, JA, 1958-IV, 428.

² MARIANI de VIDAL, MARINA, *Interdicto de adquirir y otros aspectos de la defensa posesoria*, Bs. As., 1971

su regulación, pues está claro que procederá cuando quien, teniendo un título válido para acceder a la posesión o a la tenencia, le es impedido el ingreso a la relación de poder.

En cuanto a la vía procesal será la del proceso sumarísimo por disposición del art. 2246 que establece que *las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales*, salvo que el juez entienda que, por las circunstancias del caso, corresponda recorrer el camino de otro de los procesos de conocimiento que no podrá ser otro que el sumario.

Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del art. 2239 se contará con una vía rápida y de posible instrumentación, que les permitirá a las personas, detentadoras de un título válido a tal fin, instalar prontamente la vinculación material en la cosa.

III.- Las acciones posesorias protegen también frente a actos de inminente producción. La acción de mantener por amenaza de obra nueva.

El art. 2238 CCivCom. prevé que las acciones posesorias *se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor.*

Las acciones posesorias quedan habilitadas en dos presupuestos que se generan por ataques que puede sufrir la posesión (y la tenencia): la turbación y el despojo.

III.1.- Protección en caso de turbación.

La turbación consiste en actos materiales o ataques de hecho que, ejecutados con intención de poseer y contra la voluntad del poseedor o de su representante, no logran su exclusión absoluta (art. 2242 CCivCom). El artículo 2238 CCivCom sostiene que *hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor.*

Se ha dicho, acertadamente, que la turbación es, en la mayoría de los casos, una desposesión en marcha.

El CCivCom., a través de la acción legislada en el artículo 2242, viene a brindar protección a todo tenedor o poseedor *contra quien lo turba en todo o en parte del objeto*, a fin de eliminar la inquietación y sus causas, permitiéndole al titular de la relación de poder su pleno goce, mantenerse en ella y evitar la desposesión.

La defensa no sólo procede ante actos materiales ya producidos, sino también frente a los que el tenedor o el poseedor prevén como de *inminente producción* (art. 2238), zozobra ésta generada *por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento* (art. 2242).

En consecuencia, quedará expedita la acción posesoria de mantener la tenencia o la posesión, regulada por el art. 2242 CCivCom., cuando:

a.- los ataques producidos, con intención de despojar, no logren la desposesión;

b.- exista un peligro serio, fundado, de inmediata realización de ataques tendientes al desapoderamiento. En este último supuesto la acción funciona a guisa de medida cautelar. Cabe recordar que en el marco del interdicto de retener (CPCCN, art. 613, y CPCCBA, art. 607) si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones conminatorias de carácter pecuniario (art. 37 CPCCN).

III.1.- Protección en caso de despojo. La acción de mantener por amenaza de obra nueva.

El despojo tiene lugar cuando el titular de la relación de poder es excluido contra su voluntad y de manera absoluta, ya sea en forma total o parcial, en la vinculación material con la cosa, por quien tiene intención de poseerla (arg. ars. 2241 CCivCom). El artículo 2238 CCivCom consigna que *hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.*

En la medida en que los ataques no sean llevados a cabo y cuando exista el peligro serio e inmediato de su realización, quedará expedita la acción posesoria de mantener la tenencia o la posesión, regulada por el art. 2242 CCivCom., pero no la acción de despojo que requiere el desapoderamiento, es decir la exclusión absoluta de la relación de poder.

Agrega el art. 2241 que la acción de despojo *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*, y el art. 2242 preceptúa, como se dijera, que la acción de mantener la tenencia o la posesión *comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.*

En tanto los actos de despojo pueden provenir de obras o trabajos que se comencen a realizar en el objeto sobre el cual el poseedor o tenedor ejercen su relación de poder, la turbación puede estar dada por la seria probabilidad de que esas obras se comiencen a realizar en lo inmediato. El temor del titular de la relación de poder no puede derivar de livianas elucubraciones, sino que debe estar fundado en una amenaza cierta, que se perciba o revele a través de un accionar que anuncie sobre la segura e inmediata realización de la obra.

En este caso, como remedio o defensa a los ataques sufridos o que de manera muy probable y fundada sufrirá la vinculación material, la ley establece y regula una acción de despojo por obra nueva, en el primer supuesto, y una particular acción de mantener por amenaza de obra nueva (art. 2242).

Como las acciones de despojo por obra nueva y de mantener por amenaza de obra futura inmediata, revisten el carácter de posesorias, el perjudicado deberá acreditar la relación de poder menoscabada por las obras o amenaza de obras, lo que hace a su legitimación activa, pero de ninguna manera se le exigirá al demandante que exhiba título de

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

propiedad del objeto que detenta.

En síntesis, las acciones posesorias operan no sólo por los ataques ya acontecidos de turbación o de despojo, sino también frente a los de *inminente producción*, por lo que, con muy buen criterio y a guisa de prevención, permite que el titular de la relación de poder se proteja anticipadamente, siempre y cuando el peligro de turbación o despojo sea cierto e inmediato. Por lo tanto, la defensa posesoria funciona tanto frente a los ataques consumados como también ante los de inmediata, fatal si se quiere, acaecimiento.

