

LA PROTECCIÓN POSESORIA Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Carlos Mario Clerc

Resumen

El presente trabajo pretende hacer un análisis comparativo de la protección posesoria en la legislación vigente y la introducida por el Proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento actualmente en el Honorable Congreso de la Nación.

Sumario

- I.-** Génesis de la institución
- II.-** Las teorías de Savigny y de Ihering
- III.-** El Código Civil Argentino
- IV.-** El Proyecto de Código Civil y Comercial
- V.-** Conclusiones

I.- Génesis de la institución

Sin pretender realizar un análisis histórico exhaustivo de la institución en estudio, comenzaré haciendo mención a los antecedentes romanos de la protección posesoria.

Se ha discutido sobre el origen en este derecho de la protección posesoria. Dos han sido las principales teorías a este respecto. Ambas concuerdan en un punto: en que su origen correspondió a la labor del pretor, por tanto dicha protección fue establecida por medio de interdictos. Difieren en lo que hace al motivo de su creación y a la amplitud de su extensión.

La primera de estas teorías expuesta por Niehbur, seguida por Savigny, 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.

La segunda teoría, cuyo principal sostenedor fue Ihering, establece el origen de la protección posesoria en la facultad que tenía el pretor de, en las acciones de reivindicación y hasta la sentencia final, atribuir a una de las dos partes litigantes la posesión provisoria de la cosa litigiosa, posesión esta que, si fuere necesario, el pretor tutelaba a través de los interdictos.

Los medios judiciales de protección posesoria variaban según la naturaleza de la relación entre la persona y la cosa (*possessio civilis*, *possessio ad interdicta*, tenencia) y según los períodos de evolución del derecho romano.

En la época clásica, la *possessio civilis* y la *possessio ad interdicta* eran protegidas por los interdictos posesorios, mientras que la tenencia era tutelada, de modo indirecto, con la utilización por parte del tenedor, de la *actio iniuriarum*, puesto que la turbación del uso de una cosa era una iniuria contra su persona. La posesión en ese período estaba tutelada por los interdictos *retinendae possessionis causa*, utilizado para la conservación de la posesión y los interdictos *recuperandae possessionis causa* cuyo objeto era la recuperación de la posesión. Tanto una especie como la otra no admitían como defensa la alegación de la propiedad por parte del demandado.

Los interdictos *retinendae possessionis causa* eran dos: el interdicto *uti possidetis* y el interdicto *utrubi*, así denominados por ser esas expresiones las primeras palabras de sus formulaciones. Esos interdictos que protegían al poseedor contra la turbación ya efectivamente producida o simplemente temida, eran prohibitorios y doble porque la prohibición se dirigía a ambos litigantes: el poseedor y el turbador de la posesión. El interdicto *uti possidetis* tenía como fundamento la protección de la posesión actual sobre cosas inmuebles y tutelaba exclusivamente al poseedor cuya posesión no fuese violenta, clandestina o precaria, razón por la cual, destinado a mantener la posesión, podía excepcionalmente acarrear la recuperación de la posesión cuando el poseedor violento, clandestino o precario era molestado por el antiguo poseedor que intentaba recuperar la cosa perdida. En ese caso se requería al pretor el interdicto *uti possidetis* contra el despojo en el caso de que este se opusiese a la *exceptio vitiosae possessionis* y consiguiese demostrar la existencia del vicio, pudiendo en ese supuesto recuperar la cosa. El interdicto *utrubi*, que en un principio solo se empleaba para la manutención de la posesión del esclavo, fue ampliado posteriormente a la posesión de cualquier cosa mueble. No se aplicaba tampoco cuando la posesión era violenta, clandestina o precaria. Se distinguía del *uti possidetis* en dos puntos: se destinaba a la manutención de la posesión de cosas muebles y protegía al poseedor que en el año en curso hubiese estado más tiempo en posesión de la cosas.

Los interdictos *recuperandae possessionis causa* eran tres: el interdicto *unde vi*, el interdicto de precario y el interdicto de clandestina *possessione*. El interdicto *unde vi* se utilizaba para obtener la reintegración de la posesión a aquel que hubiese sido despojado violentamente. Estaba destinado a la

protección de las cosas inmuebles. Este interdicto se desdoblaba en dos interdictos distintos de conformidad con la naturaleza de la violencia: para la violencia ordinaria (*vis cottidiana*) se empleaba el interdicto de *unde vi* o de *unde vi cottidiana*; para la violencia extraordinaria se otorgaba el interdicto de *vi armata*. Para la utilización del interdicto de *vi cottidiana*, por el cual se obtenía la recuperación de la cosa inmueble y, accesoriamente, la de las cosas muebles en ella existentes. El interdicto de precario fue creado por el pretor a fin de que quien entregara en *precarium* (tenencia) a un tercero una cosa, pudiese obtener de este su restitución en caso de que el precarista se negase a hacerlo espontáneamente. En cuanto al interdicto de *clandestina possessione*, negado por parte de la doctrina romanista, se sostuvo, por otra corriente doctrinaria, que se lo admitía cuando una persona hubiese sido despojada clandestinamente por un tercero a fin de lograr la restitución de la posesión.

En el período postclásico, con la implantación de la extraordinaria *cognitio* y la consecuente desaparición del proceso formulario, los interdictos se transformaron en acciones comunes (acciones *ex causa interdicti*) que se caracterizaban por un proceso rápido y sumario, siendo provisorias las decisiones que de ellos resultaban.

En el derecho justinianeo, los interdictos *retinendae possessionis causa* o interdicto *utrubi* pasó a proteger tanto al poseedor de cosa mueble como de inmueble, siempre que su posesión no fuese viciosa, perdiendo la eficacia recuperatoria que se le había otorgado en la época clásica. Con referencia a los interdictos de *recuperandae possessionis causa*, los mismos se fusionaron en el interdicto de *unde vi* que podía ser utilizado hasta un año después del despojo o desposesión.

II.- Las teorías de Savigny y Ihering

Savigny, en su *Traite de la possession en Droit Romain*, traza su teoría acerca de la posesión. Parte de una observación que efectúa del Derecho Romano sobre los dos efectos legales que se atribuyen a esta que son: la usucapión y los interdictos posesorios. La posesión es condición de existencia de esos efectos, ella es hecho y derecho; por su propia esencia es un hecho y un derecho, por sus consecuencias jurídicas. Concordante con estas ideas en lo que hace al fundamento de la protección posesoria, Savigny sostiene que no siendo la posesión un derecho, la agresión dirigida contra ella no constituye en sí misma un acto contrario al derecho, pero puede llegar a serlo si se vulnera otro derecho cualquiera. En efecto, la turbación de la posesión supone un acto de violencia dirigido contra la persona del que posee y, a su vez, toda violencia contra la persona es

contraria al derecho. Es en esa ilegitimidad donde el jurista halla el fundamento que hace que la ley efectúe la protección de ese estado de hecho¹.

Ihering elabora su postura sobre la base de que la ley protege a la posesión como complemento de la protección de la propiedad, ya que la posesión es habitualmente la forma más común de exteriorizar la propiedad. Es decir, su protección no se realiza en consideración a ella sino en función de esa exterioridad. Dice este autor que con ello se facilita la defensa de la posesión al evitar que el propietario, en cada caso, tenga que producir la prueba de su derecho. Ciertamente, también, que esto trae como consecuencia la protección de quien no es propietario, pero es un inconveniente inevitable que debe, sin embargo, soportarse en razón de las considerables ventajas que trae aparejado el sistema².

III.- El Código Civil Argentino

En este punto me ocuparé de realizar un breve análisis de la protección posesoria en particular.

1) Defensa privada

El artículo 2470 del Código Civil Argentino introduce la defensa privada de la posesión y la tenencia, conformando una excepción al principio general que prohíbe la justicia por mano propia. El artículo textualmente reza: “El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.” Coincido con Mariani de Vidal³ cuando dicha autora sostiene que las palabras “hecho de la posesión” no aluden a la naturaleza de la misma sino que se refieren al corpus; en otras palabras, la legitimación activa sería amplísima y abarcaría a los poseedores de cualquier clase, a los tenedores interesados o desinteresados, y aun a los que están en relación con la cosa por un vínculo de dependencia, hospedaje u hospitalidad, pues para estos últimos no juega el principio “sin interés no hay acción”. En cambio, la legitimación pasiva es restringida puesto que solo puede ser usada esta defensa contra el autor

¹ CLERC, Carlos M., *Derechos reales e intelectuales*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007, pp.213 y sgtes.

² VON IHERING, Rudolph, *La voluntad en la posesión*, POSADA, Adolfo (Trad.), Madrid, Editorial Reus, S.A., 2003, pp.282 y sgtes.

³ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Victor P. de Zavallia Editor, 1997, pp.130 y sgtes.

de la agresión, en razón de los requisitos que establece el propio artículo 2470, que abarca dos situaciones: la de protegerse en la posesión propia- supone el caso de turbación- y la de recuperar la posesión de propia autoridad que supone un caso de despojo. En una apretada síntesis, podemos decir que los requisitos exigidos para el empleo de esta defensa privada son: a) agresión violenta, b) reacción inmediata, c) defensa adecuada, d) imposibilidad de auxilio.

2) Acciones posesorias.

Sosteniendo como punto de partida que el poseedor o el tenedor solo pueden sufrir dos lesiones: la turbación y el despojo, analizaré los remedios legales ante ese tipo de agresiones. Siguiendo las ideas doctrinarias predominantes, pienso que el Código Civil estableció dos categorías de acciones posesorias distintas: las denominadas “strictu sensu” o en sentido estricto o propiamente dichas y las conocidas como acciones policiales. En ambas categorías se encuentran dos acciones distintas según que la lesión sufrida sea, o bien, la turbación, o bien, el despojo. En ambos casos, también, el fin buscado por dichas acciones es el mismo: mantener la posesión en el caso de la turbación y recobrar o recuperar la posesión cuando se haya producido el despojo. Las diferencias entre ambas categorías resultan de la legitimación activa y de los efectos, vinculados con la legitimación pasiva. En las acciones posesorias “strictu sensu”, el legitimado activo es el denominado poseedor calificado, denominación que encierra las características de poseedor anual y no vicioso. Por tanto, es una legitimación activa restringida que permite que la acción pueda ser dirigida contra todo aquel que tenga la cosa en su poder, tiene efectos reipersecutorios, es decir, se ejerce “erga omnes”. En cambio, las acciones posesorias, denominadas policiales presentan una legitimación activa amplia, ya que pueden hacer uso de esta acción todos los poseedores, sean anuales o no anuales, viciosos o no viciosos, y a partir de la reforma de la ley 17711, la legitimación activa se extendió a los tenedores interesados (inciso 1, art.2462, Código Civil). Cabe destacar que la doctrina ha utilizado distintas denominaciones para cada una de estas acciones pero que ha coincidido en llamar **acción de despojo** a la acción policial para recuperar o recobrar la posesión. Dentro de las acciones posesorias creo conveniente incluir a las acciones de obra nueva, como una especie perteneciente a ese género. Las diferencias van a estar dadas por la producción de las lesiones, ya que tanto la turbación como el despojo se producen como consecuencia de la construcción de una obra nueva por una persona ajena al poseedor o tenedor del predio. También el Código por el párrafo introducido por la ley 17711, en el artículo 2499 legisló la llamada denuncia de daño temido cuya legitimación activa es amplia, ya que compete a todo aquel que tema un daño a sus bienes, provenientes

de un edificio o de cualquier otra cosa. En cuanto a la legitimación pasiva, la misma comprende al propietario, al poseedor o a quien tenga el deber de conservación, en virtud de un derecho real o personal, y siendo una carga inherente a la posesión, sigue a la cosa en manos de quien se encuentre. Las acciones posesorias, según lo establece el artículo 2501 del Código Civil, serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales. La prescripción de dichas acciones en virtud de lo expuesto por el juego armónico de los artículos 2493 y 4038 del Código Civil es de un año contado desde el momento del despojo.

IV.- El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa del tema, objeto del presente trabajo, en el Título XIV, denominado De las acciones posesorias y las acciones reales, tratando en su Capítulo 1, las defensas de la posesión y la tenencia.

En el artículo 2238 que titula **Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan**, el Proyecto hace referencia a las distintas finalidades que presentan estas acciones según que la lesión sufrida haya sido la turbación o el desapoderamiento. Como es lógico, para la primera de las lesiones la finalidad perseguida por la acción será la de mantener la cosa y cuando se haya producido el apoderamiento será “recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder”. De una primera lectura parece surgir que cuando se refiere a “relación de poder”, el Proyecto alude a la posesión y a la tenencia. A continuación, en el mismo artículo enumera los requisitos comunes a ambas lesiones, como lo son la realización de actos materiales ejecutados con intención de poseer contra la voluntad del poseedor o tenedor, para complementar dichos conceptos en el párrafo siguiente cuando dice: “Hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.” El artículo se complementa con una consecuencia que surge de los enunciados anteriores cuando afirma “La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del autor.” El artículo 2239, que el Proyecto titula **Acción para adquirir la posesión o la tenencia** reitera un principio básico del Derecho al decir que “Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un

derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla: debe demandarla por las vías legales.”

El artículo 2240 recrea la tan conocida, en el tema posesorio, **Defensa extrajudicial** a la que legisla como una excepción a la manutención o recuperación de la posesión o tenencia por las vías jurisdiccionales. El artículo textualmente dice: “Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, **excepto** cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.

A partir del artículo 2241, el Proyecto comienza el desarrollo de las dos acciones que dejó planteadas en el artículo 2238. De esta manera, en el artículo 2241 legisla la denominada **acción de despojo**. El artículo dice 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.”

El propio artículo incorpora 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. De esta manera reconoce a las acciones de obra nueva como acciones posesorias aplicándole el mismo régimen legal, siendo la única diferencia ostensible en que el desapoderamiento se produce mediante la construcción de una obra nueva en el terreno del poseedor o tenedor. El Proyecto también en ese mismo artículo establece que : “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.”

El artículo 2242 se ocupa de la lesión más leve, es decir, de la turbación, cuando legisla sobre la Acción de mantener la tenencia o la posesión. Textualmente dice: “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.” Es muy importante el párrafo siguiente porque incluye

dentro del concepto de turbación a la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y siendo coherente con lo preceptuado en el artículo 2241 hace referencia también a “los actos que anuncian la inminente realización de una obra”. Como en el supuesto de la acción de despojo “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”.

El artículo 2243 se refiere a la prueba en dichas acciones con una redacción que rememora las presunciones de prueba en la acción reivindicatoria del Código Civil de Vélez Sarsfield. Textualmente dice: “Si es dudoso quien ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha más próxima a la lesión. Si esta prueba no se produce, se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua.”

El artículo 2244, bajo el título Conversión, establece que: “Si durante el curso del proceso se produce una lesión mayor que la que determina la promoción de la acción, el afectado puede solicitar su conversión en la que corresponde a la lesión mayor, sin que se retrotraiga el procedimiento, excepto violación del derecho de defensa en juicio.”

El artículo 2245 es de una gran trascendencia jurídica puesto que se refiere a quiénes están legitimados para el ejercicio tanto de la acción de despojo como la de mantener la tenencia o posesión. Establece que: “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.”

El capítulo se cierra con el artículo 2246 que bajo la denominación **Proceso** textualmente dice: “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.”

V.- Conclusiones

De la sola lectura de las normas que incluye el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, se observa que el régimen legal de la protección posesoria se ha modificado considerablemente en relación con el contenido en el Código que aún nos rige.

En efecto, siguiendo las líneas de las conclusiones de la Comisión N° 5 Derechos Reales de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional de Tucumán, en septiembre de 2011, y concordante con legislaciones del Mercosur, como lo es el Código de Brasil, en los artículos 1210 y siguientes, no se hace distinción entre las diferentes categorías de acciones que estructuraba el Código de Vélez Sarsfield.

Ya no se considerará más la dicotomía acciones posesorias *strictu sensu* y acciones posesorias policiales.

Existirá a partir de la sanción del Proyecto una sola categoría que incluirá una acción de despojo cuando la lesión sufrida sea el desapoderamiento y una lesión para mantener la tenencia o la posesión cuando la lesión sufrida sea la turbación.

Es trascendente también el gran cambio que se produjo en cuanto a la legitimación activa en el ejercicio de las acciones.

Hoy, en el Proyecto, se hace mención a los objetos sobre los que se tiene una **relación de poder**, en principio de la propia letra del Proyecto surge que ese género “relación de poder”, está integrado por dos especies: la posesión y la tenencia. Basta recordar, para tener en claro lo trascendente de la reforma, que recién en 1968 con la sanción de la Ley 17711 se otorgó protección a la tenencia en una sola de sus vertientes: la tenencia interesada (artículo 2462 Código Civil Argentino).

Con el Proyecto, esa protección se extiende a todos los tenedores e inclusive la protección extrajudicial incorpora a los servidores de la posesión como eventuales legitimados para esta defensa. No menos importante resulta la limitación impuesta a los efectos *reipersecutorios*, que en el Código Civil de Vélez Sarsfield, más precisamente, en las denominadas acciones *strictu sensu* era prácticamente absoluto pues se podía perseguir la cosa *erga omnes*.

En el Proyecto, la legitimación pasiva está limitada al despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe acuñando una fórmula que guarda relación directa con la legitimación pasiva de la viejas acciones, denominadas policiales.

Es interesante distinguir, también, que las acciones en el Proyecto protegen no sólo una cosa sino que explícitamente se incorporan en la protección a las universalidades de hecho. También es destacable la supresión de la influencia de los vicios en la legitimación posesoria.

Creo que es aventurado abrir un juicio de valor sobre esta reforma que, en principio, pareciera que iguala hacia abajo en las categoría de las relaciones llamadas de poder, otorgando los mismos remedios y los mismos efectos a todos los poseedores, sin importar su calificación y a todos los tenedores.

Carlos Clerc