

Defensa posesoria*

Gabriel de Reina Tartière

Sumario:

I. Cuestiones generales A. La defensa extrajudicial de la posesión B. La defensa judicial de la posesión C. La defensa del derecho de poseer. La problemática del interdicto de adquirir II. Las acciones posesorias en sentido estricto III. Las acciones policiales IV. ¿Unidad o dualidad de acciones? V. La acción de obra nueva VI. La acción o denuncia de daño temido

I. CUESTIONES GENERALES

En Derecho argentino, como si los problemas dogmáticos que rodean a la posesión fueran pocos, el tema de los distintos medios previstos para su protección se antoja especialmente confuso al amparo de la desprolijidad normativa existente, tanto dentro como fuera del Código Civil¹. Dentro, porque en su seno se distingue un doble régimen para la protección frente a unos mismos hechos, diferenciando entre acciones posesorias *stricto sensu* y acciones policiales, y sin que la reforma de 1968, más allá de su espíritu de elevado respeto al texto redactado por VÉLEZ, se aprovechara sino para unificar (lo que habría supuesto la derogación y reformulación de bastantes preceptos), cuando menos para poner orden en tan cuestionable esquema normativo. Fuera del Código Civil, porque, al lado de su regulación sobre los distintos remedios posesorios, la legislación procesal, los distintos Códigos Procesales en materia civil y comercial incorporan los interdictos posesorios, sin acotarlos expresamente, sin vincularlos, como hubiera sido de desear, a las disposiciones de aquel.

Antes bien, la normativa procesal ha venido manteniéndose en una posición de cierto desprecio (con alguna destacable excepción provincial) hacia la necesaria definición del

(*) Especial para *Revista del Notariado*.

(1) En esta nota inicial quisiera hacer dos advertencias de orden metodológico sobre el contenido de este estudio. En primer lugar, el lector inmediatamente comprobará cómo habría eludido empezar desarrollando la fundamental cuestión que hace a la posesión y que alude a la razón por la que se protege, sin más, a partir del mero hecho o estado posesorio. Tan capital se antoja el punto que, considero, debe adelantarse su comprensión al momento justo en que se toma contacto por primera vez con el instituto posesorio, al que ya he dedicado un trabajo específico anterior al que desde aquí, permítaseme, remito (DE REINA TARTIÈRE [Coor.], *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, pp. 273 y ss.). En segundo lugar, observará también la brevedad con la que he tratado de enfocar el tema, cuando, en cualquier texto al uso, a él se dedican tantas y justificadas páginas. Ello responde a un motivo muy simple: la necesidad que me acompaña desde hace tiempo de aproximar las nociones básicas de la materia *Derechos reales* del modo más resuelto posible (que no abreviado) al margen de toda estéril, por abultada, teorización.

procedimiento idóneo para las diversas acciones posesorias reguladas en el Código de fondo. Con lo que la dualidad ante la que nos enfrentamos es, a su vez, doble, de acciones y fuentes, explicando las dificultades con las que el intérprete ha encarado históricamente el tema.

Pero, precisamente, para resolver esas dificultades, es necesario profundizar en algunos aspectos esenciales a cuyo través se implementa la llamada defensa posesoria. Sólo después de conocerlos, y de aproximarnos al mentado régimen según el Código Civil, se estará en condiciones de hacerlo.

A. LA DEFENSA EXTRAJUDICIAL DE LA POSESIÓN

Por principio, y en primer lugar, no es propiamente una acción sino un remedio estrictamente fáctico la intitulada legítima defensa posesoria o, más técnicamente, la defensa extrajudicial de la posesión. Es verdad que el ordenamiento posesorio vetaría la justicia por mano propia, aunque no al extremo de obligar al que pretende ser despojado a comportarse con docilidad, a allanarse al mero intento material de desposesión.

En el caso, pues, se permite su defensa por la vía de los hechos (autotutela), siempre que sea simultánea o inmediata y proporcionada a la agresión. Expresa, así, el artículo 2470 del Código Civil que:

“el hecho de la posesión da 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”.

Fíjese en que, pese a todo, quedaría cierto margen para la sustracción de la cosa a quien previamente pero sin solución de continuidad la haya sustraído; después de producida la escena, sólo el judicial, en alguna de sus variantes, se admitiría como cauce de defensa.

B. LA DEFENSA JUDICIAL DE LA POSESIÓN

La turbación y el despojo son las dos clases de ataques posesorios. Habrá turbación “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” (artículo 2496 del Código Civil). Si la exclusión es absoluta, esto es, incorpora la desposesión del poseedor siquiera sobre una parte de la cosa, la agresión debe calificarse como despojo, el cual, por tanto, puede definirse como el acto, a su vez posesorio, por

el que se excluye al poseedor (cfr. artículo 2497 *in fine*), de modo que este pierda la posesión de la cosa, total o parcialmente (v. gr. determinadas hectáreas de un terreno).

Turbación y despojo, en cuanto atentados posesorios, para serlo deben, a su vez, implicar actos posesorios sobre la misma cosa poseída por otro. La entrada en un predio, por ejemplo, para sustraer mobiliario de la construcción sobre él edificada o para dañar sus cultivos, no son ataques de índole posesoria con respecto al inmueble, y no darán lugar a la protección de esta clase; sí, desde luego, a las acciones penales y de resarcimiento que correspondan (cfr. artículo 2497, primera frase, Código Civil).

En su apreciación, el despojo se muestra bastante claro, manifestando la confluencia del *animus* y el *corpus* posesorios. En las turbaciones, en cambio, al no provocar de suyo la desposesión del violentado, su índole posesoria se hace más difícil de comprobar. El transcrito artículo 2496 del Código Civil reconoce esta dificultad cuando define en qué consiste la turbación, aludiendo implícitamente a que del comportamiento del inquietante se ha de inferir su "intención de poseer". La nota al artículo 2482 del Código Civil desarrolla la idea:

"Para que haya lugar a la acción posesoria, es preciso que haya por parte del demandado una turbación de la posesión, es decir, un acto exterior contrario a la posesión del demandante, sea como acto de posesión sobre el mismo objeto, sea en sus consecuencias; en otros términos, directa e individualmente. Si la turbación es directa o inmediata, no es preciso que haya sido tal que haga cesar enteramente la posesión del demandante, basta que la limite. La naturaleza exterior o material de los actos por los cuales la posesión ha sido turbada, no influye en el derecho de interponer la acción posesoria; poco importa que la turbación sea pública o clandestina, que haya sido cometida con violencia o sin ella, que haya constituido una simple turbación o una desposesión, que haya sido sólo comenzada o llevada a su término. En general basta para que la turbación autorice la acción posesoria, que el demandado haya tratado la cosa como suya por vías de hecho. Las simples palabras no pueden suprimir ni modificar el hecho de la posesión, y ellas por lo tanto, no son suficientes para autorizar una acción posesoria, aunque muchos jurisconsultos enseñan lo contrario"².

Efectivamente, no habrá turbación frente a simples palabras o amenazas, aun de Derecho, como la que representaría el aviso de que si no desaloja el bien se procederá judicialmen-

(2) En el párrafo extractado obsérvese que VÉLEZ comenzaría utilizando el concepto de turbación en un sentido lato, en cuanto sinónimo de ataque posesorio, de la clase que fuera.

te contra el poseedor, aunque sí frente a amenazas concretadas materialmente o en los hechos (v. gr. intentos de despojo frustrados por la misma resistencia del poseedor)³.

También contra exclusiones, no ya parciales, sino relativas, o si se prefiere, concurrentes con la actual posesión; el caso, por ejemplo, del sujeto que pasa constantemente por la finca colindante⁴.

Pues bien, frente a una u otra clase de agresiones, los medios de defensa codificados se clasifican, aunque no expresamente, en un aparente doble orden. Están en primer lugar las acciones posesorias en sentido estricto o propiamente dichas, reconocidas para los poseedores anuales y no viciosos (cfr. artículo 2473 del Código Civil). Frente a las turbaciones, la acción que se dispone para estos sujetos es *la de manutención*, mientras que frente a la exclusión, desposesión, privación o despojo cuentan con la *acción de restitución* denominada también *de recobrar*.

No siendo poseedores cualificados con vistas a su protección, el Código asimismo protege al resto poseedores (incluyendo a los tenedores interesados) con las acciones policiales. Así convienen en llamarse para su mejor distinción, no al amparo de una tipificación formal, que no existe ni para las acciones posesorias estrictas en el Código, sino por la confrontación del distinto régimen que surge de su articulado y de las distintas palabras que utiliza cuando prescribe sobre cada una. La acción policial de retener, la prevista en el artículo 2469 del Código Civil contra turbaciones y molestias pose-

(3) En escueto pero interesante fallo de 13 de diciembre de 2004, resolvió la Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, sobre la naturaleza del corte de agua y de luz a los efectos del interdicto de retener, recordando que la causa de esta medida debe consistir, ante todo, en la alegada realización, por un tercero, de actos posesorios. Pero para que estos actos impliquen una turbación en el sentido del artículo 2496 del Código Civil, "requiere que se realicen contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer y sin que tengan como consecuencia una exclusión absoluta del turbador. Vale decir, su procedencia está supeditada a que al llevar a cabo el acto material, el agresor tenga la intención de tomar la posesión o la tenencia del bien (...) En la especie, como bien destaca la juez de grado, los actos materiales que se denuncian como efectuados por la demandada, más allá del eventual juicio de reproche que pudieran merecer de ser comprobados, no están enderezados a tomar la posesión directa del inmueble. Al respecto, la doctrina ha subrayado que los actos turbatorios para ser considerados tales (...), deben revestir la entidad de los enumerados en el artículo 2384 de la ley sustantiva extremo que no se advierte en los denunciados por la recurrente. Menos aún revisten estas características, la promoción de la acción de resolución de contrato que habría deducido la vendedor, desde que las turbaciones de Derecho –judiciales o extrajudiciales– quedan excluidas del ámbito de la acción concretamente ejercitada... Por tanto, cabe concluir que la apelante equivocó la vía, pues el interdicto postulado no está destinado a solucionar los problemas que en esta oportunidad se traen a conocimiento de la jurisdicción" (en Doctrina Judicial 2005-2, pp. 548 y ss.). En otro curioso precedente, que llegara ante la Sala E de la misma Cámara, se habría pretendido que se calificara como turbación la existencia de objetos pertenecientes a las demandadas, depositados en el inmueble de propiedad de la actora, y que aquéllas, a pesar de hallarse debidamente intimadas, se resistían a retirar (con fecha 26 de junio de 1992, en LL 1993-E, pp. 542 y ss.) Obviamente, anota COLQUHOUN, la conducta de las demandadas, aunque injusta y dañosa, no configuraría por sí sola la realización de actos materiales con la intención de poseer el inmueble. En cambio, según antigua jurisprudencia, tal y como por BORDA es seleccionada (cfr. *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales, I*, Buenos Aires, Perrot, 1975, § 213), en buena parte de la Corte Suprema, se declaró como actos turbatorios de la posesión la introducción de ganado o la instalación de un puesto en el campo del poseedor; la extracción de pedregruños de un terreno; el retiro de tranqueras; la destrucción de cercos y alambrados, etcétera. No lo serían, por el contrario, las llamadas inmisiones de humo, luces, ruidos u olores en las propiedades vecinas, molestias contra las que se prevé la acción específica del artículo 2618 del Código Civil (idem, p. 216).

(4) *Vid.*, en este punto, la siempre fundada opinión de LÓPEZ DE ZAVALÍA, en *Derechos reales, 2*, Buenos Aires, Zavallía, 1989, pp. 370 y ss., esp. 381, 382 y 391, en la configuración más extensa de la turbación que propone, con inclusión de las amenazas de atentados de hecho.

sorias, se identifica, así, como la *innominada* o *simple de manutención*, o, sin más, de *mantener*, en tanto que para recuperar la posesión se habla llanamente de la *acción de despojo* (cfr. artículo 2490 del Código Civil).

Más allá de su variada disciplina, que por necesidades del discurso debe dejarse por el momento aparte, todos estos recursos convergen en su objeto específico de protección: el mero derecho de posesión, el *ius possessionis*, para lo cual indefectiblemente se habrá de tener en cuenta el modo y manera en que se ha llegado a poseer –y poseído– en los hechos, a saber, las cualidades atinentes al *factum possessionis*.

La posesión, señala con este sentido el artículo 2472 del Código Civil, “nada tiene de común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado”. En cuanto consecuencia primordial, como no puede entrarse a valorar quién de los implicados tiene mejor derecho a poseer, en esta instancia se elude la presentación del título (entiéndase, el título no fáctico o estrictamente posesorio) en que los interesados basen en buena ley sus pretensiones⁵.

En todo caso quedará abierta la vía del petitorio (del procedimiento no posesorio que corresponda, de las acciones declarativas, sean reales o personales: reales seguramente cuando se discuta entre poseedores de primer grado, personales mediando un supuesto de tenencia o de incumplimiento de la obligación de tradición)⁶, con indepen-

(5) En el Código, la regla encuentra la marginal excepción atinente a la concurrencia en el hecho posesorio, de la que ya me ocupara en otro lugar con cita de VALLET (vid. DE REINA TARTIÈRE [Coor.], op. cit., pp. 292-293). “Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en al posesión –refiere el artículo 2471 del Código Civil exactamente–, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua. Si no constare cuál fuera más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho de poseer”.

(6) La acción de desalojo (o deshaucio) entraría dentro de esa categoría de procedimientos no posesorios. No debe confundirse, pese a su aparente proximidad, con las acciones posesorias contra el despojo, por cuanto lo que imprime carácter a su régimen es la discusión acerca de la existencia, legitimidad, cumplimiento o vigencia del título del que deriva la obligación de restituir a cargo del ocupante. Se trata de un proceso especial conforme a los artículos 679 y ss. CPCCN, que ha de trabarse, establece el segundo de ellos, “contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible”. Sin duda, es ante la existencia del intruso, y correlativa falta absoluta de título, donde más cercanos se encontrarían ambos expedientes. Sin embargo, en una lectura poco coherente con la propia caracterización de quien en los hechos se reconoce por intruso, por usurpador, cierta línea argumental llega a negar que contra él puedan ejercerse las acciones posesorias, recordando que la pretensión de desalojo procede “contra quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad del dominio (artículo 2460 y ss. del Código Civil), pero no contra quien posee *animus domini* (artículo 2351)” (CNCiv, Sala G, 22 de octubre 1992, Lexis nº 10/5981; Sala C, 23 de diciembre de 1996, en LL 1997-C, pp. 467 y ss.). Que el intruso se halle legitimado pasivamente en relación con el expediente supondría su legal asimilación, amparada por forzados argumentos en el seno de la doctrina procesalista a los tenedores (cfr. TINTI, *Defensas posesorias. Interdictos y acciones posesorias*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, pp. 47 y ss.). Es obvio, sin embargo, que el intruso, por el hecho, el elemento material de serlo, siempre es poseedor, nunca tenedor, por cuanto en su actuar manifiesta ese especial ánimo excluyente destacado y, por lo tanto, contra él caben perfectamente tanto las acciones posesorias, siempre que no haya trascurrido el año previsto para su ejercicio, como la de desalojo. La doctrina que aquí se critica parte, pues, de dos postulados: a) la delimitación entre las acciones posesorias y la de desalojo en torno a la naturaleza de la ocupación, dirigiéndose las primeras contra el poseedor y la segunda contra los meros tenedores; y b) la ficción de comprender al intruso como una “especie” de tenedor precario, por más, que a diferencia de este, haya arribado a la “tenencia” del inmueble unilateralmente. Curiosamente al intruso se le tiene como tenedor en todo caso, más allá de su comportamiento, que si es de intrusión no puede encauzarse en otros parámetros que los posesorios, mientras que la misma doctrina advierte que si el tenedor comenzara a realizar actos “estrictamente” posesorios, convirtiéndose a resultas en poseedor, la acción de desalojo dejaría de ser procedente, correspondiendo la acción posesoria, real o personal (la del contrato de locación, por ejemplo) pertinente.

dencia de la decisión que se adopte en el (juicio) posesorio⁷. Y es que, como expresa el Código con un razonamiento únicamente apegado a las acciones reales, pero por su lógica igualmente aplicable al resto de acciones para dirimir en su fondo el conflicto, "quien tuviere derecho de poseer y fuere turbado o despojado en su posesión, puede intentar la acción real que le compete, o servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si intentase acción real, perderá el derecho a intentar las acciones posesorias; pero si usare de las acciones posesorias podrá usar después de la acción real" (artículo 2482). En este caso, la acción real no podrá ejercitarse antes que la instancia posesoria haya terminado (cfr. artículo 2484 del Código Civil) ni por el vencido en esta sino después de satisfacer plenamente las condenas pronunciadas (cfr. artículo 2486 del Código Civil)⁸.

Sucede, empero, que no existe, como se ha señalado, un solo remedio para cada especie de ataque posesorio, por lo que se hace preciso preguntarse si la utilización de la vía posesoria precluye cualquiera sea el que se adopte, o si, por el contrario, cabe una eventual sucesión de recursos en esta fase. El artículo 623 CPCCN se inclina por lo primero, en cuanto "deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse la acción real".

Sin embargo, la doctrina rechaza esta previsión por inconstitucional, al contravenir el sistema diseñado por el Código Civil, donde no se veta la facultad de instar la acción pose-

(7) Entre el proceso definitivo y el proceso cautelar, y como clásica ilustración acerca de su naturaleza jurídica, existiría para el maestro CARNELUTTI una figura intermedia: el proceso posesorio. El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio se hallaría en que tanto éste como aquél no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo, tradicionalmente llamado petitorio) para la composición de la misma *litis*: la identidad de la *litis* entre proceso posesorio y proceso petitorio es manifiesta; y es incontrovertible que después de la composición en sede posesoria puede obtenerse la composición definitiva en sede petitoria (lo que en práctica, para el sistema argentino, justifica la improcedencia del recurso extraordinario, por no tratarse de una sentencia definitiva "o equiparable a tal"). La diferencia entre proceso posesorio y proceso cautelar radicaría, en cambio, en que el primero no tiene, como lo tiene el segundo, carácter mediato en cuanto no tiende a asegurar el buen fin del proceso definitivo: en este sentido, el proceso posesorio admite, pero no implica, el proceso definitivo; por ello la decisión en sede posesoria no tiene carácter provisional (cfr. Instituciones del proceso civil, I, trad. de SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, EJE, 1959-1960, p. 46). Sólo, pues, en un sentido lato puede hablarse del sesgo cautelar del juicio posesorio (cfr. *idem*, III, p. 900).

(8) Obviamente se habrá de estar a las reglas de identidad que informan institutos procesales tales como la *litiscontestatio*, la cosa juzgada y la conexidad, de suerte, por ejemplo, que la opción directa por el petitorio no podrá afectar al derecho de defensa posesoria que de suyo corresponde a quien resulte demandado frente a ataques posesorios del demandante tanto anteriores como posteriores a la demanda (cfr. artículo 2485 del Código Civil).

Por otra parte, en relación con las "condenas pronunciadas", la sumariedad del juicio posesorio repele la determinación de los daños producidos por la turbación o despojo. El artículo 2494 del Código Civil dispone, para la acción policial de despojo, que de estimarse la acción, "el demandado debe ser condenado a restituir el inmueble con todos sus accesorios, con indemnización al poseedor de todas las pérdidas e intereses y de los gastos causados en el juicio" (costas); sin embargo, con TINTI (*ob. cit.*, pp. 145-146), se debe considerar que tal exigencia ha de desvirtuar la especial naturaleza del proceso, cargando, además, al actor con la prueba de la magnitud y el valor de los daños. "El valor locativo del inmueble que fue despojado, el precio de los cercos destruidos, de los árboles talados, etcétera requieren diligencias probatorias de trámite lento. Es probable, además, que no se conozcan los daños hasta tanto se recupere la cosa. De manera tal que al actor le bastará con haber pedido la condena de ese rubro con la reserva de acreditar su envergadura en la ejecución de sentencia", remitiéndose, en virtud del general artículo 165 CPCCN, a su ulterior determinación por vía sumarísima. No obstante, algunas leyes procesales no prevén este procedimiento; "en otras un ritualismo caprichoso impide remitir a la ejecución de sentencia la cuantía de daños que surgen por sí; pero ello no puede ser un obstáculo para que el juez lo aplique. En el proceso posesorio no es posible que el despojado demore su propio juicio introduciendo la prueba de los daños. La urgencia de la restitución a menudo no admite esas distracciones".

soria en sentido estricto luego de fracasar la policial que, implementada a través de los interdictos, se haya promovido. Aunque esto es algo que no se terminará de comprender hasta que veamos las razones que justifican la dualidad de acciones en el Código.

C. LA DEFENSA DEL DERECHO A POSEER. LA PROBLEMÁTICA DEL INTERDICTO DE ADQUIRIR

El artículo 2648 del Código Civil establece: “un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales”. Pero en esas vías legales a las que se remite no se encuentran las acciones posesorias.

En otras palabras: quien nunca ha tenido la posesión de una cosa, por más derecho y título que tenga para ello, no podrá requerir que se le entregue por medio del juicio de la modalidad que sea, entendido este en su más amplio sentido, con inclusión, por tanto, de las acciones posesorias estrictas, policiales e interdictos.

En el caso más grave a cuyo remedio propenden estas, el del despojo, de su propio concepto se deriva que el legitimado ha debido poseer previamente. Las vías legales a las que refiere el precepto vendrían a aludir, entonces, a las que harían al contenido de su título, al derecho no posesorio que su pretensión ampare.

No obstante lo dicho, se localiza en la legislación procesal un recurso que parecería destinado a cubrir, igual de expeditivamente que cualquier interdicto, el derecho de quien espera poseer sin haber poseído antes. Es el interdicto de adquirir, cuyos requisitos disciplina el artículo 607 CPCCN y son los siguientes: 1º) que quien lo intente presente título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia con arreglo a derecho; 2º) que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto de interdicto; 3º) que nadie sea poseedor o tenedor de la misma cosa.

Con tales presupuestos, el interdicto se concluiría, así, imposible de aplicar, pues, por un lado, los inmuebles siempre tienen un dueño mientras que los muebles sin dueño son libremente aprehensibles⁹. De otro, porque resulta poco imaginable comprender la razón por la que no se puede adquirir la posesión de una cosa que no posee ni detenta nadie. Sin embargo, existe cierto sentir favorable hacia esta vía como ágil expediente para que el vendedor transfiera la posesión al comprador, tendencia que parece convalidar ese último inciso del artículo 608 CPCCN donde se dispone que “si el título que presenta el actor para adquirir la posesión o la tenencia deriva del que invoca el oponente”.

(9) Cfr. MARIANI DE VIDAL, *Derechos reales*, 1, Buenos Aires, Zavallía, 2000, pp. 212 y ss.; id., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pp. 259 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., p. 344.

nente para resistirla, el juez dispondrá que la controversia tramite por juicio sumario o sumarísimo, atendiendo a las circunstancias del caso”.

Se vendría a corregir, así, la cerrazón práctica del artículo 607 haciendo valer todas las posibilidades prácticas del recurso, cuya naturaleza interdictal no se discute, pero que nada tiene que ver con los interdictos posesorios (que, como veremos, aunque se proyecten, sobre todo en materia de legitimación, con mucha mayor amplitud, sirven para articular las acciones policiales del Código Civil), pues, desde ya, para la presentación del interdicto surge imprescindible contar con el título correspondiente, que el juez examinará para otorgar la posesión, “sin perjuicio de mejor derecho” (artículo 608, párrafo 1º), acotación tan consustancial a los interdictos posesorios que se prescinde de disponerse para ellos.

Que el interdicto de adquirir no representa expresión del paradigma posesorio también lo demuestra que si otra persona tuviere título, la cuestión deba “sustanciarse en juicio ordinario o sumario, según lo determine el juez atendiendo a la naturaleza y complejidad del asunto” (artículo 608, párrafo 2º), o que presentada la demanda, dígase mejor el interdicto, pueda decretarse la anotación de litis en el Registro de la Propiedad (cfr. artículo 609 CPCCN), algo impensado tratándose de las relaciones posesorias ineptas, como son, para contenerse por el Registro.

II. LAS ACCIONES POSESORIAS EN SENTIDO ESTRICTO

Para estas acciones, recuérdese, las de *manutención* y *restitución*, la legitimación activa se restringe en torno al poseedor civil o en sentido estricto, sin proteger, por tanto, al tenedor, precisándose, a su vez, relevantes requisitos: en primer lugar, la anualidad en su posesión, es decir, que lleve al tiempo de ejercitar la acción un año como mínimo en la posesión de la cosa.

Para el cómputo de ese tiempo cabe, no obstante, la accesión de posesiones, sumar el tiempo que el acto lleve con el del antecesor en la misma (cfr. artículo 2474 del Código Civil), pero siempre que ambas posesiones sean sucesivas, lo que lejos de redundante, quiere expresar que la sucesión en la posesión debe encontrar su origen en un acto de transmisión legal (herencia) o voluntario (tradición), no debiendo ser ninguna de las posesorias viciosa para gozar del beneficio (cfr. artículo 2475 del Código Civil)¹⁰.

(10) Por ejemplo: “si A hubiese ocupado por violencia una cosa que después hubiese abandonado, y que B hubiese venido a ocuparla, B no podría prevalerse de la posesión de A: él no podría invocar sino su propia posesión. De aquí concluye Molitor que para que haya lugar a la unión de dos posesiones, son necesarias tres condiciones: 1ª. Que las dos posesiones no sean viciosas; 2ª. Que se ligen inmediatamente, sin que estén separadas por una posesión viciosa; 3ª. Que se ligen por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor” (nota al artículo 2476 del Código).

La posesión se exige, además, continua, lo que implica que no debe haber ocurrido en ese lapso anual un abandono voluntario por parte del poseedor, e ininterrumpida, que refiere a la inexistencia de un hecho positivo, ya del poseedor, del que derive el reconocimiento del derecho de posesión de otra persona sobre la cosa, ya de parte de un tercero (desposesión, citación a juicio), por el que se contradiga el estado posesorio que pretende defenderse (cfr. artículo 2481 del Código Civil)¹¹.

Junto a la anualidad y las reglas citadas que le son conexas, la posesión tutelable no puede ser viciosa, no debe encontrar su origen en un acto clandestino¹², violento¹³ o "en concepto" de precario¹⁴ (cfr. artículo 2473 del Código Civil). Extendiendo el concepto, la posesión se requiere pacífica, lo que significa que, aunque no se haya adquirido por la fuerza, "no haya sido violenta en un principio, no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencias reiteradas" (artículo 2478 del Código Civil).

Anualidad y falta de vicios jugarían, por tanto, como las condiciones fundamentales que legitiman para el ejercicio de las acciones posesorias propiamente dichas. Sin embargo, ambas condiciones se consideran desde el mismo Código relativas, esto es,

(11) "Es preciso –se indica siguiendo a PROUDHON en la nota al artículo 2481 del Código– no confundir la discontinuidad de la posesión, con la interrupción de la posesión. Sin duda que una posesión es discontinua, cuando ha sido interrumpida, pero una posesión puede ser discontinua sin haber sido interrumpida. La discontinuidad tiene por causa la omisión del que posee, mientras que la interrupción supone un hecho positivo, sea el hecho del poseedor, por ejemplo, el reconocimiento que hiciese del derecho del propietario, sea el hecho de un tercero, como una desposesión o una citación a juicio. La posesión que ha durado un año no puede ser interrumpida por actos aislados; puede serlo solamente por una posesión de un año igualmente no interrumpida. La posesión que no cuenta un año es interrumpida, al contrario, por actos que impidan al poseedor gozar de la cosa, y que son ejecutados con esa intención.

Toda interrupción de la prescripción de la posesión, hace considerar a la posesión anterior como si no hubiese existido".

(12) La posesión, entonces, tiene que ser pública. "Exigir la publicidad de la posesión, no es exigir que sea conocida del propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla. Los actos aunque no sean públicos pueden constituir una posesión válida, si hubiesen sido conocidos del propietario, porque la publicidad requerida no tiene por objeto sino establecer la presunción de que los actos han sido conocidos por él. Los actos posesorios son reputados públicos o clandestinos, menos por razón del número de testigos que los han presenciado, que por razón de la facilidad con que cada uno ha podido conocerlos. Así, los actos posesorios ejecutados de noche siempre son reputados clandestinos, y lo mismo los trabajos subterráneos. MOLTOR, De la posesión, nº 103. POTHIER, De la prescripción, nº 37. POTHIER, Dominio privado, nº 472" (nota al artículo 2479 del Código Civil).

(13) "Es preciso entender por violencia no sólo las vías de hecho, sino también la violencia moral. La violencia comprende esencialmente las amenazas graves y serias que se hubiesen empleado respecto al legítimo poseedor. Ésta aún es la única que es susceptible de ser continuada y de cesar, pues que la violencia física no es sino un hecho pasajero. En todos los casos es preciso no confundir la violencia que vicia el título, con la que vicia la posesión misma". Y es que "el título, el contrato traslativo de la propiedad, puede ser viciado por la violencia sin que lo sea la posesión. El título es entonces rescindible, pero la posesión no dejaría de ser protegida por la acción posesoria, si exenta de violencia, hubiese durado un año reuniendo los otros caracteres requeridos por la ley..." (nota al artículo 2478 del Código Civil).

(14) "La palabra precario tiene hoy una significación más extensa que la que le daba el Derecho romano, porque no sólo significa una concesión revocable a voluntad del propietario, sino que se aplica a toda concesión que no es hecha a título de propietario, a toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia o posesión de la cosa. Se dirá que el usufructuario sin ser propietario, tiene las acciones posesorias, pero el usufructuario es *juris possessor*: es un poseedor precario respecto a la cosa que posee a nombre de otro, y no precario en su calidad de *juris possessor*, pues que ejerce su derecho como un derecho distinto, como una fracción de la propiedad, que para él constituye un *dominio juris*, MOLTOR, nº 104. PROUDHON, Dominio privado, nº 474" (nota al artículo 2480 del Código Civil; los argumentos volcados en la segunda frase, relativos al estatus posesorio del usufructuario, son más que cuestionables).

prescindibles por cuanto se exonera de su cumplimiento cuando el atacante tampoco cumpla con ellas (cfr. artículo 2477)¹⁵.

Frente a la limitación de cara a su ejercicio, al margen de esta última previsión concerniente a la relatividad de los presupuestos reseñados, la legitimación pasiva recae sobre el turbador, el despojante, los sucesores de este, universales o particulares, para estos siempre que sean de mala fe¹⁶.

El procedimiento se tramitará por los cauces del juicio sumario o abreviado (cfr. 623 CPCCN), allí donde este se disponga, y, si no, con las debidas y muy necesarias adaptaciones, por los del juicio ordinario.

Conforme al artículo 4038 del Código Civil, finalmente, prescribe al año "la obligación de responder al turbado o despojado en la posesión sobre su manutención o reintegro".

(15) En el artículo 2477 del Código Civil, la relatividad se predica exclusivamente de la anualidad de la posesión. Es el final a la parcialmente transcrita nota al artículo 2478 donde se reproduce la idea en relación con la violencia. Dice así: "en cuanto a la cuestión de saber respecto de quien la posesión debe ser exenta de violencia, debe observarse que la violencia no es un vicio absoluto, y basta que la posesión esté exenta de ese vicio respecto del adversario. Si el demandado no ha sufrido en efecto violencia alguna, no podrá defenderse con hechos que se refieran a otra persona".

(16) Así lo exige para la acción policial de despojo el reformado artículo 2491 del Código en una previsión que no tiene por qué excluirse para la acción homologa estricta. No se puede estar de acuerdo, por tanto, con la redacción del, a su vez, modificado, y en varias ocasiones, artículo 2488 del Código Civil donde se expresa que "las cosas muebles pueden ser objeto de acciones posesorias, salvo contra el sucesor particular poseedor de buena fe de cosas que no sean robadas o perdidas". Se mezclaría la doctrina de la "posesión vale título" del artículo 2412 del Código Civil con la dinámica específica de la protección posesoria, sumando un requisito, el que las cosas muebles adquiridas por el tercero no sean robadas o perdidas, superfluo a estos efectos; la posesión debe protegerse por sí misma, valorando la cualidad de buena o mala fe del demandado al tiempo de su adquisición, requisito que actúa independientemente aquí obviando mezclarse con el cumplimiento del resto de presupuestos de los que en el caso dependa el eventual título para poseer, por más que ese título presente la singularidad de su fuente legal. Con todo, tanto la ley 17.711 como la 17.940, aunque no habrían dado la dicción apropiada al precepto criticado, presentarían la virtud de haber avanzado sobre la posición inicial de VÉLEZ, absolutamente rechazable, por la cual respecto a los muebles no podría haber acción posesoria desde que la posesión de ellos vale título, siendo indispensable entablar acción de dominio (nota a *cit.* artículo 2488 del Código Civil). En relación con la tesis mantenida, se muestra muy interesante el fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, de 16 de junio de 1989 (en LL 1990-A, pp. 473 y ss.), por más que su doctrina termine quedando fuertemente modulada por la condición de dominio público de los bienes objeto del despojo (se trataba de libros propiedad de la Biblioteca del Congreso de la Nación). Lo que en tal sede se sostuvo es que siendo bienes demaniales y, por tanto, fuera del comercio e insusceptibles de posesión (cfr. artículo 2400 del Código Civil) es claro que el demandado no podía invocar a su favor, ni lo dispuesto en el artículo 2488 del Código Civil, ni la presunción *iuris et de iure* de propiedad que sienta el artículo 2412 del Código Civil, por vedarlo el artículo 2415 del mismo cuerpo legal. Antes bien, debiera "acreditar que los adquirió por título y modo suficientes, o sea que legítimamente salieron del dominio público del Estado, que ingresaron legítimamente al comercio jurídico privado y que en tal carácter llegaron a su poder (vía compraventa, donación, etcétera, o incluso por adquisición ministerio legis; léase artículo 2412 del Código Civil)". El interés señalado del fallo radica en la individualización del artículo 2488 del Código Civil respecto de la regla general del artículo 2412, más allá, como se dice, de que la cualidad de dominio público desnaturalice, como de por sí hace con todo el fenómeno de la posesión, la limitación de conocimiento típica de los interdictos.

III. LAS ACCIONES POLICIALES

A diferencia de las que terminamos de ver, tratándose de las acciones policiales, en la que es, sin duda, la nota principal que las identifica, la legitimación activa es amplia; queda incluido en su manto de protección cualquier tipo de poseedor, hasta el tenedor, aun desinteresado, esto es, quien tenga o haya tenido en su poder la cosa, aunque no la use, no la haya usado ni pretenda hacerlo luego de prosperar la acción presentada. Es verdad que, de conformidad con la literalidad del Código, la legitimación del tenedor desinteresado es cuestionable respecto de la acción de despojo, de la que se excluye "a quien es tenedor en interés ajeno" (artículo 2490).

Sin embargo, la normativa procesal, al regular el procedimiento a través del cual tal acción ha de conducirse, el correspondiente al interdicto de recobrar, disipa la exclusión sin que hoy existan argumentos convincentes en contra.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción policial debe presentarse contra los despojantes o turbadores (y sus copartícipes o cómplices, en el supuesto del despojo, y en una pauta igualmente aplicable para las acciones posesorias propiamente dichas, sólo cuando tengan la cosa).

En el caso del despojo, único donde por lógica la cosa puede llegar a pasar a terceros, la acción podrá dirigirse, obviamente, contra los sucesores universales del despojante, pero también –como una de las más importantes menciones tras la ley 17.711– contra los sucesores singulares de mala fe, esto es, los particulares que al adquirir la cosa hayan sabido del despojo.

Una vez presentada la acción, se invoque o no expresamente esta vía, el procedimiento que se seguirá es el interdictal establecido los Códigos procesales. Su regulación, siquiera más amplia respecto de los sujetos activamente legitimados¹⁷, vendría a cons-

(17) Repárese en que, en virtud del artículo 614 CPCCN, "para que proceda el interdicto de recobrar se requerirá: 1. Que quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de una cosa mueble o inmueble. 2. Que hubiere sido despojado total o parcialmente de la cosa, con violencia o clandestinidad". Destaco esta última parte porque podría pensarse que el Código Procesal se muestra en el presupuesto atinente más estricto que el Código Civil con respecto a la acción de despojo. Sin embargo, el tipo de atentado posesorio es el mismo: toda exclusión de la posesión, aun parcial, no consentida por el poseedor previo. Por demás, si el bien jurídico que se trata proteger por uno u otro remedio es el mismo, y el procedimiento se antoja idéntico, mientras no conste una regulación específica para las acciones del Código, atentaría contra el derecho a la tutela judicial efectiva que no se acepte el interdicto para la hipótesis que falta: la que se deriva del abuso de confianza. Vid., ajustándose a ello, CNCiv, Sala E, fallo de 19 de noviembre de 1990, en LL 1992-D, pp. 140 y ss., con nota de Liz, «El abuso de confianza en el interdicto de recobrar»; en aparente superación de su precedente, digo de la misma Sala y Cámara, de 19 de mayo de 1989, por el que se desestimara "el interdicto de recobrar, que sólo tiene lugar cuando media violencia o clandestinidad, si los actos mediante los cuales se verificó la desposesión no pueden ser calificados de ocultos, o realizados adoptando precauciones para sustraerlos de la persona que tiene derecho a oponerse" (en LL 1990-A, pp. 370 y ss.).

tituir la dimensión ritual pensada por el legislador para las acciones más simples reveladas en el Código de fondo¹⁸.

Esta suerte de simbiosis por la cual las acciones policiales se acoplan en torno al procedimiento interdicial, de carácter esencialmente sumarísimo, por más que extensiva en algún punto, como arriba se ha comprobado, en modo alguno contravendría la normativa y espíritu de aquellas según el Código Civil.

Queda, por último, en relación con las acciones policiales, señalar que el plazo de vigencia, de un año también como para las acciones posesorias, antes que de prescripción, ha de estimarse de caducidad (cfr. artículo 621 CPCCN)¹⁹.

IV. ¿UNIDAD O DUALIDAD DE ACCIONES?

Llegados a este punto estamos en condiciones de afrontar cabalmente el interrogante. Sobre el particular, existen dos visiones. La primera, de eminente corte pragmático, se ha

(18) La opinión es mayoritaria en la doctrina; vid., así, MARIANI DE VIDAL, *Derechos reales*, 1, cit., pp. 251 y 252; id, en BUERES (Dir.) y HIGHTON (Coor.), ob, cit., pp. 289 y 290; ADROGUÉ, «La protección posesoria en la reforma del Código Civil», en ADROGUÉ, GUTIÉRREZ ZALDÍVAR et. al. *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1986, pp. 37 y ss., esp. 46; LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pp. 366 y ss.; TINTI, op. cit., passim. En contra, cabe citar a ALTERINI (cfr. LLAMBIÁS & ALTERINI, *Código Civil anotado*, IV-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 271 y ss.; «Protección posesoria», en VALLESPINOS [Dir.], *Cuestiones esenciales de derechos reales*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002, pp. 13 y 14); o PICADO (cfr. KIPER [Dir.], *Código Civil comentado. Derechos reales*, I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 536 a 538 y 551 a 553). Merece especial atención dentro de esta segunda corriente, la postura de HIGHTON cuando, al final de su volumen sobre *Posesión* (Buenos Aires, Ariel, 1979), se ocupa de los interdictos concluyendo que no constituyen la mera regulación de las normas de fondo, sino que ellos consagran un sistema dual, cuya simplificación "debe llegar por vía de reforma legislativa y no por vía de interpretación" (p. 313). Pues bien, en su reseña crítica a esa obra, MOISSET DE ESPANÉS comentará que "el problema es de otra naturaleza; no debe en ningún momento perderse de vista la jerarquía de las distintas normas, de acuerdo con la organización institucional que rige nuestro país, y la adecuación de la legislación vigente exige que los códigos procesales respeten las leyes de fondo. La Constitución ha delimitado las respectivas esferas de facultades legislativas, estableciendo que corresponde al Congreso de la Nación el dictado de normas sustantivas, y reservando a las legislaturas provinciales las normas de procedimiento; ni el Congreso, ni las legislaturas provinciales, pueden exceder la órbita de sus facultades, y si lo hacen los dispositivos que dicten serán inconstitucionales. Así, los interdictos procesales sólo pueden ser la regulación de las acciones que otorga la ley de fondo; si se pretendiese por esa vía crear nuevas acciones en defensa de la posesión, tales interdictos serían inconstitucionales", lo que hace inadmisibles la tesis de la Profesora («Reflexiones sobre la posesión y su defensa», en *Revista Notarial* de Córdoba nº 37 [1979-I], pp. 23 y ss.).

(19) Cfr. Juzgado Nacional de 1ª Instancia Especial en lo Civil y Comercial nº 22, fallo de 26 de julio de 1985, en LL 1987-A, pp. 517 y ss. Como explica HIGHTON, siendo el término de un año el mismo en todos los casos, se entiende que mientras las acciones posesorias simplemente dichas prescriben, las de carácter policial caducan. "La prescripción de las acciones en sentido estricto se correlaciona, en caso de pérdida de la posesión, con el requisito de la anualidad y con la interrupción natural de la posesión. Transcurrido el año sin que el despojado inicie acción o turbe al agresor, éste se convierte en poseedor anual e interrumpe naturalmente la posesión del anterior poseedor (...). Si la demanda, sea por desposesión o turbación, es tardía, el demandado podrá oponer la prescripción de la acción en su primera presentación. Será él quien deba acreditar que el tiempo en que se produjo el ataque era anterior al invocado por el actor en su relato de los hechos, y que en consecuencia ha transcurrido el plazo de prescripción (...)" (op. cit, edición de 1986, pp. 273 y ss.).

mantenido, entre otros, por DASSEN & VERA VILLALOBOS²⁰, VALDÉS & ORCHANSKY²¹ y BORDA²². A su juicio, en el Código sólo existe una fórmula de protección posesoria, para la cual se prescinde, sobre todo a partir de la reforma de 1968 (cfr. artículos 2469 y 2490), de exigir mayores requisitos para instar la específica defensa que atribuye la posesión, que la preexistencia del estado posesorio y el acto (o actos) de inquietación o despojo.

De mayor aceptación, la tesis dualista, argumentada por SALVAT²³, MARIANI DE VIDAL²⁴, ADROGUÉ²⁵, ALTERINI²⁶ o LÓPEZ DE ZAVALÍA²⁷ en cuanto valedores más señalados (independientemente de las singularidades del planteamiento de cada uno), destaca la existencia de dos clases de poseedores con vistas a su defensa, no ya a partir de la normativa, como se dice, por momentos equívoca, sino de los fundamentos que habrían inspirado a VÉLEZ para la distinción. La ley 17.711, dicen, antes que revocación, habría supuesto la confirmación del modelo.

Por un lado, se encontrarían los poseedores simples cuyo fundamento de protección radicaría en la pura interdicción de la defensa privada (ex nota artículo 2470 del Código Civil, con cita de SAVIGNY). Por el otro, los poseedores calificados, esto es, los que cumplieran los requisitos de la anualidad y la falta de vicios en su posesión, cuya protección se basaría, en cambio, en la presunción de propiedad que manifestarían, aquella, sin más, a la que se refería IHERING. "La ley, dice TROPLONG, ve un cierto número de hechos de goces públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año; y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario" (nota artículo 2473 del Código Civil)²⁸.

Sobre la utilidad práctica de la distinción, el maestro ALLENDE ponía un ejemplo (el del doble y recíproco despojo) que se torna a todo esto paradigmático:

(20) Cfr. *Manual de derechos reales. Parte general. Posesión. Defensa posesoria*, Buenos Aires, TEA, 1962, p. 99.

(21) Cfr. *Lecciones de derechos reales*, Córdoba, Lerner, 1969, esp., p.160.

(22) Entiende BORDA que, luego de la reforma de 1968, deben considerarse derogadas las normas que requieren la posesión anual y no viciosa como fundamento de las acciones posesorias en estricto. Pero, aun admitiendo esta interpretación, previene, estas acciones si no derogadas estarían muertas. "¿Quién sería tan irrazonable de intentar una acción de recobrar la posesión si tiene a su disposición la de despojo? ¿Quién intentaría las acciones de manutención o de obra nueva si tiene a su disposición los interdictos de retener y de obra nueva?" (op. cit., p. 190).

(23) Cfr. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, I*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1927, pp. 529 y ss.

(24) Cfr. *Derechos reales, 1*, cit., pp. 228 y ss., esp. 233 y 234; la opinión de la autora puede verse también, profundizada, en BUERES (Dir.) y HIGHTON (Coor.), op. cit., pp. 254 y ss.

(25) Cfr. op. cit., p. 40.

(26) Según su aproximación más actual al tema (cfr. «Protección posesoria», cit., pp. 9 y ss., esp. 13 y 14).

(27) Cfr. op. cit., pp. 357 a 369 y 392 a 400.

(28) No cabe compartir, pues, por equívoco, el apelativo de "señoriales" que LÓPEZ DE ZAVALÍA prefiere utilizar para las policiales; y es que el señorío, sin más aditamentos, remite no al de naturaleza fáctica, sino al jurídico (en nuestra materia a la propiedad o dominio), por lo que de tildarse algunas acciones así serían las acciones posesorias *stricto sensu*. Tampoco convence el término de "remedios posesorios" con el que ADROGUÉ se refiere a las acciones policiales, por demasiado genérico y comprensivo por tanto de cualquier reacción admitida en Derecho, hasta la autotutela, contra los atentados posesorios.

“Juan posee una finca desde hace ocho años. Un buen día viene Pedro y lo despoja. Días después, Juan en cambio de recurrir a la justicia hace lo mismo que hizo Pedro con él, y lo despoja a su vez. Ahora, Pedro cambia de criterio y en vez de seguir las vías de hecho recurre a la justicia e inicia la acción de despojo. Prueba su posesión (naturalmente no importa la anualidad), el despojo y el día en que el demandado lo cometió: su acción prospera, Juan, poseedor durante ocho años que no actuó peor que Pedro, sin embargo pierde el juicio, y si no tiene otra acción distinta que la del despojo, pierde definitivamente su posesión de ocho años”²⁹.

Si resulta que en las acciones policiales (léase, en función de todo lo visto, interdictos) únicamente se admite como prueba la que tenga por objeto demostrar el hecho de la posesión o tenencia invocadas, así como el despojo y la fecha en que este se produjo (cfr. artículos 2494 del Código Civil y 615 CPCCN), de mantenerse la tesis unitaria, se prescindiría de comprobar si la posesión de Pedro corresponde en su génesis a un acto de despojo previo, obligando a Juan a iniciar, siempre que cuente con el pertinente título, el procedimiento declarativo que corresponda³⁰.

Sin embargo, nos topamos aquí con un nuevo problema –el enésimo– de descoordinación legislativa, al menos para la jurisdicción federal y las legislaciones provinciales que siguen el modelo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Me refiero a que, según el artículo 623 de este cuerpo, las acciones posesorias mandan tramitarse por juicio sumario, siendo que la ley 25.488 suprimió el juicio sumario, remitiendo al procedimiento ordinario para los casos que a él se venían sujetando.

Entonces, ¿dónde quedó la sumariedad exigida para que un proceso se califique de posesorio (cfr. artículos 2469, 2501 y concordantes del Código Civil)? ¿Para qué interponer la acción posesoria si su tramitación va a someterse al mismo cauce que corresponde al *ius possidendi* subyacente?

(29) *Derechos reales. La posesión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pp. 60 y ss.; especialmente seguido por PAPAÑO, KIPER et al. *Derechos reales, 1*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 144 y 145. Vid., asimismo, LLAMBÍAS & ALTERINI, op. cit., p. 245, y MARIANI DE VIDAL, en BUERES (Dir.) y HIGHTON (Coor.), op. cit., p. 257. Hay algo de este sentir en la nota al artículo 2477 del Código Civil, con las correcciones que se merece. Como una posesión, comienza diciendo siguiendo a GARNIER (Tratado de las acciones posesorias, p. 36), “es siempre respetable: nadie puede turbarla, ni despojar al que la tiene, a no ser que él mismo tenga una posesión más antigua que no haya sido interrumpida durante un año”. Para continuar poniendo el siguiente ejemplo: “una heredad está vacante, yo tomo posesión de ella, la poseo durante tres meses: he cultivado y sembrado el campo y se me turba en esta posesión. Es claro que si el autor de la turbación es poseedor anual, yo no puedo ser mantenido en la posesión respecto de él, pero si él nunca hubiese poseído la heredad ¿no tendría yo acción contra él?”. El caso se comprende, desde luego, si la acción ejercitada por el ocupante fuera posesoria estricta, expediente al que evidentemente no se arriesgará cuando hoy, ya sin dudas, dispone de la acción policial análoga. De lo cual se deduce que la anualidad no es factor que debe ponderarse en el ámbito de las acciones policiales. El caso, como decía, debería corregirse: el ocupante triunfará en el juicio posesorio, de carácter interdictal, incoado, aunque luego, al igual que surge del caso planteado por ALLENDE, haya de perder frente al poseedor anual que ejercite la correspondiente acción posesoria estricta.

(30) Pero el razonamiento no se admite a la inversa; esto es, intentada la acción posesoria estricta, no cabe interponer luego la acción policial, y ello a reserva de la hipótesis en que impetrada tal acción, se acredite que la posesión que defiende el actor no cumple con los requisitos calificados que se conocen, en cuyo caso el juez, con base en el principio *iura novit curia*, debería tener por interpuesta la acción policial equivalente.

V. LA ACCIÓN DE OBRA NUEVA

La acción de obra nueva en realidad comprende dos remedios de muy distinto calado, tanto que el primero, de perfecta índole desposesoria, carece de autonomía y el segundo difícilmente puede verse como remedio posesorio.

En este sentido, el Código distingue según donde se localice la obra que ha comenzado a erigirse: si es en el propio terreno o inmueble del poseedor, se tratará de un supuesto de despojo (cfr. artículo 2498); si es, en cambio, en terreno o inmueble ajeno al poseedor, colindante o adyacente, se tiene por turbación (cfr. artículo 2499, párrafo 1º), previsión que se explica porque realmente en esta segunda hipótesis no se vería una turbación posesoria conforme a los patrones que para esta clase de actos se han reseñado. El poseedor, como ya recalcará SALVAT, se encontraría aquí frente a una obra que en el momento en que ella se inicia, no perjudica su posesión, pero que podrá perjudicarla si sigue adelante. Como la acción de manutención o de mantener la posesión sería, entonces, improcedente por falta de turbación actual, la ley acuerda esta otra acción con vistas a esa turbación futura aunque segura o muy probable de continuarse la obra³¹.

Pero, por más que futuro, la potencialidad del daño se vincula exactamente con la plenitud y libertad de la posesión tal y como viene ejerciéndose por el vecino accionante³², elemento de valoración del que directamente se prescinde en la acción de daño temido a la que se dedica el siguiente epígrafe. La obra así emprendida debe ser, por tanto, objetable en cuanto conduzca a la privación o limitación del poseedor con respecto al ejercicio de una servidumbre (positiva) de la que usa sobre el fundo vecino (tránsito, acueducto, etcétera) o de otro derecho inherente a la posesión sobre el propio inmueble³³.

(31) Op. cit., pp. 519 y 520; "como, por ejemplo, ocurriría si el vecino que está aguas arriba comienza la construcción de una represa destinada a desviar el curso de las aguas. Pero no basta un peligro meramente hipotético, no traducido al comienzo de las obras" (BORDA, op. cit., p. 221). Por su parte, en una posición perfectamente coherente con la visión más amplia que mantiene acerca del concepto de actos turbatorios, LÓPEZ DE ZAVALÍA no ve ninguna especialidad en la acción o acciones por obra nueva; son simples variedades de las recuperatorias o conservatorias concebidas antes en el Código. El atentado posesorio, dice, "puede ser sin obra nueva, o con obra nueva, y porque sólo cuando es con obra nueva se plantea el tema de la suspensión para el futuro, el Código se ha preocupado de mencionar, en especial, el caso"; sólo por eso (op. cit., p. 492).

(32) Con esta orientación tiene dicho la jurisprudencia: "si se admite que el interdicto de obra nueva se da ante meras 'amenazas', es factible que la obra que se comenzara a hacer, afectara al poseedor o tenedor cuando llegara a determinada evolución (amenazas de turbación); de allí que la sentencia en el interdicto que para ese caso imponga la 'suspensión definitiva' satisfaría eficazmente los intereses jurídicos en juego, puesto que al no progresar la construcción la 'amenaza' no se concretaría" (CNCiv, Sala C, fallo de 2 de junio de 1981, en LL 1981-D, pp. 377 y ss.). Aunque más específicamente: "cuando el acto no se ejecutó con la intención de desconocer la posesión de la accionante, ni el efecto de él ha sido mantener un menoscabo de dicha posesión, no se justifica el ejercicio de una acción sumaria de la naturaleza del interdicto de obra nueva, sin perjuicio de los reclamos por indemnización de los eventuales daños y perjuicios" (CNCiv, Sala D, fallo de 27 de agosto de 1990, en LL 1991-A, pp. 266 y ss.; el destacado me pertenece).

(33) Así, "puede ejercer la acción de obra nueva el poseedor que se vea afectado por trabajos que se comiencen a ejecutar, entre otros, en violación a las normas de los artículos 2615 (excavaciones), 2621 (cloacas, acueductos, establos, depósitos de materias corrosivas); 2622, 2623 (chimeneas, hornos); 2624 (pozos); 2625 (depósitos o instrumentos nocivos); 2630, 2632, 2634, 2638 (escurrimiento y empleo de aguas); 2639 (construcciones en espacios destinados a caminos de sirga), y 2654 y 2655 del Código Civil (ventanas, luces o troneras" (TINTI, op. cit., pp. 183 y 184).

Evidentemente, en relación con los derechos llamados de vecindad, como ellos no se anuncian al exterior como un poder posesorio perceptible que el poseedor ejerce sobre el predio contiguo, legitimarán a la acción de obra nueva oblicuamente, en la medida en que quien, por ejemplo, al edificar *in suo* deja luces y vistas sobre la casa del otro a menor altura o distancia que las fijadas legalmente, incurrirá en la infracción de un deber legal, pero no se dirá que usurpa, invade o pretende ejercer actos posesorios sobre el fundo vecino³⁴. La acción podrá protegerlo como al titular de la servidumbre positiva impedida, aunque sin tener para ello que subvertir la teoría sobre los elementos posesorios (*corpus* y *animus*).

Dicho lo cual, el ámbito natural de la acción refiere en cualquier caso una obra, una construcción comenzada, pero nunca próxima a su conclusión, pues si se ha superado esa etapa (cuestión de libre interpretación, según las circunstancias y el proyecto concreto a partir del cual se erige la obra)³⁵, se entiende que el poseedor despojado o inquietado deberá ejercitar otras acciones; por la gravedad de la situación contra la que puede solicitarse la demolición de lo edificado, de raíz declarativa o, lo que es lo mismo, plenamente contradictoria³⁶.

En cuanto a sus demás requisitos, esta acción se disciplina conforme a las pautas genéricas (legitimación activa, pasiva) vistas para las acciones tanto posesorias como policiales, según se trate y opte, con la particularidad, esencial para cualquiera de sus tipos (desposesorio o turbatorio), de que se suspenderá la obra durante el juicio, mandando el juez, en caso de estimar la pretensión del demandante, deshacer la obra en cuanto lo afecte (cfr. artículo 2500 del Código Civil)³⁷.

(34) Cfr. VALDÉS y ORCHANSKY, op. cit., p. 175.

(35) Vid. CNCiv, Sala I, la sentencia de 27 de diciembre de 1990, en LL 1992-A, pp. 278, donde se concluyó que una obra construida en un 55 %, o sea, poco más de la mitad, no es una obra "concluida o próxima a su terminación", según exige el artículo 619 CPCCN para descartar la viabilidad del interdicto de obra nueva. Asimismo, de la Sala C, la parcialmente transcrita en la nota 32.

(36) Con remisión a la nota que sigue.

(37) El artículo 620 CPCCN establece que la sentencia donde "se admitiere la demanda dispondrá la suspensión definitiva de la obra o, en su caso, su destrucción y la restitución de las cosas al estado anterior, a costa del vencido". Concuerdá, pues, con el sentido del artículo 2500 del Código Civil, que faculta al juez a deshacer lo hecho a la terminación del posesorio (mismamente interdictal) si admite la pretensión del actor, constituyendo ambas normas justo correlato de la limitación temporal que se precisa para el ejercicio de esta clase de acción o interdicto. Con todo, la medida parece ponerse en tela de juicio por la Corte Suprema, al señalar que "la evidencia de que cualquier decisión sobre la situación de las cosas a su estado anterior mediante su destrucción requiere, dadas las características del caso, un debate más amplio en el cual se aprecien los efectos de las obras cuestionadas cuya importancia es obvio destacar y que no puede satisfacerse en el marco restringido del interdicto procesal" (Fallos 310:1917 [1987]). Esta visión se vincula con las exigencias de la función social de la propiedad "ya que, aun cuando por aplicación de la norma jurídica -analizados sus presupuestos y los que resultan del proceso- hacen procedente admitir el interdicto de obra nueva, el bien social obsta a su reconocimiento; máxime, si ante una equilibrada equiparación dada por la falta de prueba de los daños causados a los accionantes y el efecto y daños que una orden de destrucción, con su notoria antisocial repercusión, produce" (CNCiv, Sala C, fallo de 14 de marzo de 1979, en LL 1979-C, pp. 150 y ss.).

VI. LA ACCIÓN O DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO

Para concluir con el estudio acerca de las distintas vías de defensa de la posesión, suele exponerse sobre la acción o denuncia por daño temido, figura introducida en el Código Civil a raíz de la ley 17.711. Faculta desde entonces el incluido segundo párrafo del artículo 2499 "a quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes" pueda "denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares". La dicción del precepto avanza así contra la regla del artículo 1132 del mismo Código, según la cual "el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". A la primera norma, pues, debe estarse, aunque no al extremo de eludir su más correcta calificación jurídica, por cuanto esta particular acción carece de significado posesorio; no es esta su tuitiva orientación.

En efecto, la acción de daño temido no se concibe contra una turbación o desposesión, aun futura o muy probable aquella, sino ante la amenaza, con eventual repercusión posesoria o no, por causa natural o un hecho del hombre, de que se produzca un daño³⁸. No es, por tanto, reitero, una acción donde se ventile sobre la cuestión posesoria, condición que queda enteramente descartada por la dicción del propio artículo 2499 del Código Civil, que establece la facultad de acudir al juez solicitando las correspondientes "medidas cautelares"; también, recordando que sólo existe turbación posesoria cuando quien la provoque tenga la intención de poseer; en los demás casos se habrá de responder por los daños y perjuicios causados (cfr. artículo 2496 del Código Civil).

En cuanto a su regulación, conforme a la comentada naturaleza de medida precautoria que presenta, es la legislación procesal la llamada a completar el reconocimiento que de la acción hace la legislación de fondo. De suerte que, según el artículo 623 bis CPCCN:

"quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo. Recibida la denuncia -agrega- el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido".

(38) Como la amenaza, el temor a un daño, por más que de producirse llegue a manifestarse de distinta forma, estaría en la base de la acción (turbatoria) de obra nueva, se entiende que haya quien prefiera la denominación de obra vieja o ruinoso para la que ahora contemplamos (cfr. ADROGUÉ, op. cit., p. 39).

Asimismo, el precepto, al igual que impide la apertura del expediente de existir al tiempo intervención administrativa a idénticos fines, advierte, que "la intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente".

Finalmente establece que las resoluciones que se dicten serán inapelables, pudiéndose, en su caso, imponerse las pertinentes sanciones conminatorias.