

## **39 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE – MAR DEL PLATA 2015**

### **CONCLUSIONES**

#### **TEMA 13 – DERECHOS REALES**

##### **ACCIONES POSESORIAS**

1- La doctrina reclamaba unánimemente una regulación más armónica y simple para tutelar la posesión de una manera eficaz y práctica.

2- En atención a estos objetivos, el Código Civil y Comercial de la Nación ha procurado, en tan solo nueve artículos, del 2238 al 2246, brindar un completo panorama de los distintos ataques que pueden sufrir las relaciones de poder, y sus correlativas defensas.

3- Si bien uno de los objetivos del Código Civil y Comercial de la Nación, según surge de la exposición de motivos, fue terminar con la existencia de dos acciones para cada ataque (acciones policiales y acciones posesorias propiamente dichas), lamentablemente la dualidad se ha conservado en el art. 2245 del CCyCN, que justamente bajo el título “legitimación” se ocupa detalladamente de aclarar que solo el poseedor se encuentra legitimado para plantear las posesorias; y que el tenedor solo podrá hacerlo frente a la inacción del poseedor, por vía subrogatoria, según una armónica interpretación de la norma complementada por el art. 739 CCyCN.

4- Según una interpretación armónica del citado artículo 2245, y de los arts. 2241 y 2242 del Código Civil y Comercial, podría extraerse que los tenedores solo tienen “per se” las acciones policiales, mientras que las posesorias estarían reservadas exclusivamente para los poseedores, salvo en los supuestos del último párrafo del art. 2245, según quedó dicho en el punto precedente.

5- En razón de ello creemos que debería reformularse el art. 2245 CCyCN, armonizándolo con los verdaderos objetivos enunciados en los fundamentos de la reforma.

6- Se mantienen los básicos ataques a las relaciones de poder: turbación y desapoderamiento, los que resultan claramente definidos en el art. 2238. Al mismo tiempo se aclara, tal como surgía ya del Código de Vélez que si no hay intención de realizar actos posesorios por parte del atacante, la acción debe juzgarse como acción de daños.

7- Es desacertado el título con que se ha encabezado el art. 2239 del CCyCN, “Acción para adquirir la posesión o la tenencia”, pues la norma no da dicha acción, cuya existencia la doctrina unánimemente niega. En la norma se regula, junto a la primera parte de art. 2240, el principio posesorio enunciado como “prohibición de obrar de propia autoridad” que estaba ya consagrado en el Código. La mala rotulación puede confundir a algún intérprete desprevenido. La norma establece que el título válido da derecho a requerir judicialmente la posesión o tenencia pero no puede tomarla por sí.

8- Es muy acertada la norma del art. 2246 que, sin inmiscuirse en las facultades no delegadas por las provincias a la Nación, según el art. 121 de la Constitución Nacional, prevé en cambio que las accio-

nes posesorias deben tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado que establezca la ley procesal de cada provincia.

9- En cuanto a los llamados “interdictos”, en los códigos procesales, herencia de la Antigua Roma, es de esperar que las provincias, en uso de sus facultades no delegadas a la Nación (art. 121 de la Constitución Nacional), adecuen su normativa a los nuevos preceptos, prescindiendo de la utilización de la expresión “interdictos” para reglamentar las acciones posesorias. La expresión, usada hoy, cuando en todas las instancias intervienen los jueces, constituye en nuestra opinión un anacronismo arbitrario y dañino a la claridad del sistema.

### **ACCIONES REALES**

1.- Las acciones reales están reguladas entre los artículos 2247 y 2268 y se definen como los medios para defender la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.

2. Las acciones reales son: la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde y son imprescriptibles excepto lo regulado en materia de prescripción adquisitiva.

3.- Si bien la acción de deslinde se ha agregado a la enumeración efectuada por Vélez en el Código derogado, ya la mayoría de la doctrina consideraba que se trataba de una acción real.

4- La finalidad de cada acción está perfectamente delimitada en el art. 2248 del CCyCN. Así, se determina que la acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión ante actos que producen el desapoderamiento; la negatoria para defender la libertad de los derechos reales que se ejercen por la posesión cuando se la turba, en especial mediante la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión; y la confesoria que tiene la finalidad de tutelar el ejercicio de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

5- La finalidad de la acción de deslinde aparece regulada en el art. 2266 del CCyCN, y sirve para determinar por dónde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos.

6- Se regula con claridad la legitimación pasiva para la acción reivindicatoria que debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante (art. 2255).

7- El art. 2256 del CCyCN, reemplaza cuatro normas del Código derogado (arts. 2789, 2790, 2791 y 2792 del Código de Vélez). Se analizan allí, con precisión, todos los supuestos que pueden plantearse respecto a título y posesión, tiempo de los mismos y prioridades que surgen en consecuencia.

8- La norma del art. 2258 del CCyCN, incisos a y b, está en contradicción con lo previsto en los arts. 1895 y 760 del mismo cuerpo legal; pues el principio “la posesión vale título” que ahora, en el nuevo CCyCN, aparece como un verdadero modo de adquirir, solo permite su aplicación al último inciso previsto en el art. 2258.

9- En el Capítulo 3, arts. 2269 y ss., se reglamenta la relación existente entre las acciones posesorias y

las reales; sobre todo atendiendo a la prohibición de acumular el posesorio y el petitorio. En general se mantiene el criterio ya seguido por las normas del Código derogado.

## DERECHOS REALES DE DOMINIO Y CONDOMINIO

### DOMINIO

El dominio se contempla en los artículos que van desde el 1941 al 1982, que conforman el título III, "Del dominio".

El nuevo Código no da una definición general del derecho de dominio, sino que se refiere exclusivamente al llamado "dominio perfecto" como una de las clases de dominio, definiendo separadamente en el art. 1946, el dominio imperfecto.

Se individualiza al primero por sus facultades sobre la cosa, indicando que es aquel que otorga las tres clásicas prerrogativas de usar, gozar y disponer (material y jurídicamente), dentro de los límites previstos por la ley, agregando que el dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

### CARACTERES DEL DOMINIO

Siguiendo la tradición y estructura del dominio del Código velezano, la nueva legislación determina y enumera los caracteres del dominio. En el artículo 1941, se establece el **carácter absoluto "dentro de los límites determinados por la ley"**, en el 1942 el **carácter de perpetuidad**, y en el 1943 el de **exclusividad**.

Recordemos que el único carácter esencial es el de la exclusividad, ya que no es admisible la coexistencia de dos o más derechos iguales sobre el todo de la cosa, podrían concurrir, no sobre el todo, sino por partes indivisas, pero entonces ya no habría dominio, sino que se estaría en presencia de un condominio. Los derechos reales de usufructo, uso y habitación son pasibles de una titularidad plural o compartida, así obtendremos cusufructo, couso o cohabitación.

### DOMINIO IMPERFECTO

Como en el anterior régimen, el dominio imperfecto distingue tres categorías: a) el dominio revocable (o resoluble); b) el dominio fiduciario y c) el dominio desmembrado. Lo define en el art. 1946 y luego en el art. 1964 lo hace con mayor precisión y legisla los distintos supuestos.

### DOMINIO REVOCABLE

Mantiene el mismo concepto del anterior régimen. Una de las novedades es que la norma determina un plazo máximo de diez años para las condiciones resolutorias (art. 1965). De esta manera se incluye un requisito innovador de tipo temporal. El transcurso de diez años se computa desde la fecha del título constitutivo. Transcurrido ese tiempo, el dominio quedará perfeccionado en cabeza del titular

interino, aunque el evento resolutorio no se hubiere producido. El plazo máximo de diez años es establecido, al igual que en Vélez, para evitar la inmovilización de los bienes y permitir su libre circulación.

La revocación tiene efecto retroactivo excepto que la ley o el título digan que no los tiene. Tanto los actos de administración como los de disposición resultan inoponibles a quien readquiere el dominio, pues el artículo 1969 se refiere a “todos los actos jurídicos”. Se presenta aquí una diferencia importante con el art. 2670, del Código velezano que establecía que los actos de administración, como arrendamientos o alquileres, debían ser respetados, lo que no ocurrirá con el actual régimen a menos que en el título se pacte lo contrario.

#### MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

Regula separadamente, de acuerdo a extendida doctrina, el modo “tradicional” de la legislación velezana, **la tradición**, de los llamados “modos especiales”. El tratamiento de estos modos es también modificado, legislando una clasificación más actual, al igual que las cosas que comprende cada uno de ellos. El nuevo Código incorpora posibilidades de adquisición del dominio no reguladas anteriormente y admitidas por la doctrina y jurisprudencia, tales como el aluvión en el caso del “alveus derelictus” (cauce de río abandonado), la accesión inversa entre otras.

#### LÍMITES AL DOMINIO

Innova en el título, al eliminar la expresión “Restricciones” tal como lo recomendaba la doctrina, también utiliza una terminología moderna, actualiza el antiguo articulado recogiendo los límites que en la actualidad son necesarios, dejando de regular los que no eran utilizados por la modificación de las condiciones de edificación. Es interesante la nueva regulación para los “Árboles, arbustos u otras plantas” incorporando un criterio de cuidado del medio ambiente.

#### CONDOMINIO

El derecho real de condominio fue actualizado siguiendo la estructura romanista.

Incorpora de una manera clara facultades de los condóminos para convenir el uso y goce de la cosa común. Contempla expresamente la posibilidad de pactar el uso alternado de la cosa común, o el goce de una parte material exclusiva y excluyente. Si bien la ley no lo exige, es aconsejable que los convenios de uso y goce formen parte de los instrumentos de constitución del condominio, o se formalicen expresamente por separado, de manera simultánea o con posterioridad al nacimiento del derecho. Será tarea notarial la redacción de dichos convenios.

Trae asimismo innovaciones sobre la administración de la cosa común.

Si no es posible el uso común o no hay acuerdo, los condóminos reunidos en asamblea, deben decidir

sobre su administración (art. 1993). La presencia de todos los condóminos no es requerida para constituir válidamente la asamblea. Las resoluciones requieren mayoría absoluta computada según el valor de las partes indivisas. En caso de empate debe decidir “la suerte”.

No impone forma alguna para plasmar sus decisiones. Ante la ausencia de forma impuesta, se presume la libertad de forma (art. 284). Hubiera sido recomendable imponer alguna forma determinada (art. 285). Es aconsejable la utilización de la expresión escrita, ya sea por instrumento público o privado (art. 286), mediante la transcripción de lo ocurrido en la asamblea y las decisiones que se hayan tomado, con la firma de los condóminos que hayan participado de ella.

#### CONDominio CON INDIVISIóN FORZOSA

Actualiza la clasificación, al separar la “indivisi3n forzosa temporaria” de la “indivisi3n forzosa perdurable”, realizando cambios sustanciales en su tratamiento.

Dichos cambios se producen, en mayor medida en el “condominio sobre muros, cercos y fosos”, reordenando las normas, recibiendo en la nueva regulaci3n las opiniones de la doctrina y jurisprudencia y creando una estructura sobre ellos m3s moderna y comprensible.