

LAS ACCIONES POSESORIAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (en adelante CCyCN)

Fuente: <http://fundesiblog.blogspot.com.ar/2015/05/las-acciones-posesorias-en-el-nuevo.html>

El CCyCN legisla sobre las acciones y defensa de la posesión y la tenencia en los artículos 2238 a 2246 y en este último dispone que las acciones posesorias tramiten por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales (en el CPN el proceso sumarísimo) o el que determine el juez, atendiendo a las circunstancias del caso,. De tal forma la regulación de los interdictos en los códigos procesales se ha debilitado y adquiere un efecto secundario pues su trámite, en la mayoría de los casos se identifica con las acciones posesorias.

Acción para adquirir la posesión o la tenencia. Expresamente el artículo 2239 del CCyCN dispone: 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 (concuera con los artículos 607 y ss. de CPN y 2468 del Código Civil). No obstante, el artículo 2240 del CPN prevé la defensa extrajudicial: Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando deba 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.

El CCyCN se refiere a la acción de mantener la tenencia o la posesión en el artículo 2242: corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien la turba en todo o en parte del objeto.

Según el artículo 2243 del CCyCN 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. No se aclara cual es la solución en caso de que también sea dudosa cuál es la relación más antigua; en el Código Civil, en tal supuesto, juzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer o mejor derecho de poseer (art. 2471 Código Civil)

La denominada "acción de despojo" se define con los términos siguientes: Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia. La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la

remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiera a la posesión o a la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia (art. 2241, CCyCN).

Debe tenerse en cuenta el efecto de cosa juzgada material en lo referido a la posesión o a la tenencia, que se reitera en el artículo 2242 para la acción de mantener la tenencia y la posesión, frente al artículo 2273 que permite interponer la acción real si previamente se intentó la acción posesoria.

Sólo se contempla el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia y con intención de hacerse poseedor. Según el artículo 2238, última parte del CCyCN los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños. Es decir que si se hubiera realizado una obra que afecte a un inmueble, su poseedor o tenedor tendría una acción de daños y perjuicios. Según señala Mariani de Vidal "la realización de una obra que se comienza a hacer en terrenos que no fueran del actor pero que turban su relación de poder con la cosa en los términos del artículo 2238 (del CCyCN) quedarían comprendidos en la acción de mantener del artículo 2242- (Mariani de Vidal, Marina "La defensa de la posesión y la tenencia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras

reflexiones", E.D. 251-606). En ese caso el afectado también puede promover el interdicto de obra nueva, previsto en los artículos 619 y 620 del CPN.

El CCyCN no contempla el denominado "daño temido" que introdujo la ley 17711 en el segundo párrafo del artículo 2499 del Código Civil y que recoge el CPN. Según estas disposiciones quien teme 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 intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo (art. 623 bis, CPN).

Se trata de una acción preventiva que resulta sumamente útil; por lo que esta disposición procesal quedará vigente. "En las jurisdicciones que no la regulan, podrá encauzarse la protección a través de las medidas cautelares admitidas en cada una de ellas y dirigidas contra quien o quienes, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación" (Mariani de Vidal, ob. cit).

Corresponde señalar que el CCyCN contempla la acción preventiva en el artículo 1711 que se encuentra en la sección 2º ("Función preventiva y Punición excesiva") del capítulo 1, título V, libro tercero del CCyCN. En algún supuesto también podría ser útil con una medida cautelar de no innovar para impedir la continuación de la obra.

Con relación a la conversión de la pretensión, el CCyCN dispone en forma genérica: 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 corresponda a la lesión mayor, sin que

se retrotraiga el procedimiento, excepto violación del derecho de defensa en juicio (art. 2244)

En el régimen de propiedad horizontal, el artículo 2069 del CCyCN dispone: En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad horizontal, y sin perjuicio de las demás acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteración de infracciones.

Roland Arazi