

ACCIONES REALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

*Ana María Palomanes**

*Dante Valentín Rossi***

Sumario: 1. Concepto de acción real. 2. Efecto de la acción real. 3. Nómina de acciones reales existentes en el Código Civil vigente. 4. Nómina de acciones reales en el Proyecto de Código Civil del año 1998.

1. Concepto de acción real

Entendemos, conforme a la opinión que en definitiva hemos de verter, que es necesario bosquejar un concepto de acción real. Así, teniendo en cuenta que el derecho a tutelar es un derecho real, podemos afirmar, genéricamente, lo siguiente: "Son los medios con que cuenta el titular de un derecho real a los fines de recabar la intervención de la justicia para lograr la protección del derecho cuando éste ha sido lesionado por un tercero".

* Profesora adjunta de la Cátedra de Derecho Civil IV de la Universidad Católica de Córdoba, y profesora adjunta de las cátedras de Derechos Reales e Intelectuales I y II de la Universidad Blas Pascal.

** Jefe de trabajos prácticos de la Cátedra de Derecho Civil IV de la Universidad Católica de Córdoba.

Distintos autores han dado un concepto de acción real, bajo un denominador común: la facultad del titular del derecho real de concurrir a la justicia para requerir la protección del mismo cuando ha sido lesionado.

Al respecto Marina Mariani de Vidal¹ expresa que, “En términos genéricos, puede considerarse la acción como la facultad de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, cuando se considera que un derecho ha sido lesionado [...] Acción real será la que está destinada a proteger un derecho real”.

Beatriz Arean² afirma que “Las acciones reales consisten en la facultad de poner en movimiento la función jurisdiccional, recabando la intervención de la justicia para lograr la protección del titular de un derecho real, cuando entiende que éste ha sido lesionado por un tercero”.

Néstor Jorge Musto³ reconoce que la acción generalmente se ejercita mediante una demanda que contiene la pretensión. Esta pretensión debe estar fundada en un derecho. Si el órgano jurisdiccional, a través de sus sucesivas instancias, comprueba que la pretensión no se encuentra suficientemente fundada, la pretensión se rechaza. La acción —en tal caso— ha sido ejercitada en plenitud independientemente de la existencia del derecho.

Así también⁴, la protección de los derechos reales, en cambio, no requiere de un examen previo de su fundamento, pues es ínsita a la noción de derecho la necesidad de su protección por el ordenamiento jurídico positivo.

El Código Civil vigente dispone en el art. 2756 que las “Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado”.

El Proyecto de Código Civil del año 1998 en el art. 2199 dispone:

¹ Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 3, Bs. As., Zavalía, p. 299.

² Arean, Beatriz, *Curso de derechos reales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 631.

³ Musto, Néstor Jorge, *Derechos reales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 391.

⁴ *Ibid*, t. 4, p. 311.

“Acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, libertad y amplitud de los derechos reales, y en su caso, con el efecto sustitutivo o complementario de indemnización del daño”.

2. Efecto de la acción real

Sin lugar a hesitación, la actual disposición del art. 2756 del Código Civil evidencia una falencia, al afirmar que las acciones reales son solamente los medios de hacer declarar un derecho, pues surge del tratamiento de cada una de ellas que una vez declarado el derecho el efecto es ejecutorio, toda vez que se ordena la restitución de la cosa, o el cese de la turbación en el caso de la acción negatoria, o bien la restitución de la servidumbre activa en el caso de la acción confesoria.

Así, Beatriz Arean⁵ afirma que “Si alguna duda pudiera generar la definición, ella queda disipada de inmediato ante la expresa inclusión de normas que aluden a la restitución de la cosa en la reivindicación (arts. 2793 y 2794), el restablecimiento de los derechos y las servidumbres activas en la acción confesoria (art. 2795), y el restablecimiento del libre ejercicio del derecho de poseer en la acción negatoria (arts. 2800 y 2803)”.

Marina Mariani de Vidal⁶ en igual sentido afirma que “Mas el fin perseguido por quien intenta una acción real no es sólo que se declare su derecho, sino que se condene al demandado a poner punto final al ataque inferido contra aquél. En el caso de desposesión, por ejemplo, flaco servicio prestaría una acción reivindicatoria que se limitara a declarar el derecho de propiedad del actor, si al mismo tiempo no se ordenara la restitución de la cosa. Felizmente, el propio Código se encarga de disipar más adelante el estrecho concepto del art. 2756”.

⁵ Arean, Beatriz, ob. cit., p. 687.

⁶ Mariani de Vidal, Marina, ob. cit., p. 303.

3. Nómina de acciones reales existentes en el Código Civil vigente

Partiendo del concepto de acción real dado al comienzo, fijado estrictamente en la defensa del derecho real, entendemos, conforme a la normativa del Código Civil vigente (art. 2757), que sólo han sido contempladas en el mismo tres acciones reales, a saber: reivindicatoria, confesoria y negatoria.

Con ello es congruente el codificador al establecer en el art. 2756, que las acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales.

Hemos encabezado el tema de las acciones reales con el concepto, en miras de concluir ordenadamente con nuestra opinión respecto a las acciones reales en el Proyecto de Código Civil del año 1998.

En aquel concepto de acción real señalado, desde ningún aspecto podría incluirse como acción real la acción de división de condominio, la de partición de herencia o la de deslinde.

Específicamente la acción de deslinde, queda fuera de aquel concepto de acción real —defensa del derecho real— por su efecto concreto; que los límites confusos se investiguen y se demarquen. Aquí no hay lesión de ningún derecho real, más aún en el trámite judicial de la acción de deslinde no existe actor y demandado, sino colindantes que concurren a sede judicial a los efectos de determinar los límites confundidos —no cuestionados—, solicitando que éstos sean investigados y demarcados.

Néstor Jorge Musto⁷, en igual sentido afirma que “Tratándose de un sistema cerrado, para que sea perfecto deben darse dos condiciones: a) que, en conjunto, las tres acciones protejan todos los derechos reales, cualquiera sea la entidad y magnitud de la lesión sufrida, de modo que no existan vacíos, situaciones desprotegidas; b) que una misma situación no resulte protegida

⁷ Musto, Néstor Jorge, ob. cit., p. 314.

por más de una acción o, en otros términos, que no se superpongan entre sí en cuanto al ámbito de protección”.

4. Nómina de acciones reales en el Proyecto de Código Civil del año 1998

El Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 1998, expresa en el art. 2199 el siguiente concepto de acción real: “Acciones reales: son los medios de defender en juicio la existencia, libertad y amplitud de los derechos reales, y en su caso, con el efecto sustitutivo o complementario de indemnización del daño”. El mismo artículo, a renglón seguido, establece las acciones reales contempladas: “Las acciones reales legisladas en esta Sección son la reivindicatoria y la de deslinde”.

Manteniendo lo antes expresado, nos referimos en primer término a la acción de deslinde, al sólo efecto de dejar en claro nuestra opinión, pues entendemos equivocado incluirla como acción real —defensa real— cuando tiene por efecto investigar los límites confusos y demarcar. No hay defensa del derecho real porque no hay lesión. El concepto de acción de deslinde está plasmado en el art. 2219, del Proyecto: “La acción de deslinde defiende la amplitud del derecho real que recae sobre los terrenos, aunque tengan construcciones, y tiene como finalidad que los límites inciertos se investiguen, y el terreno se mensure y amojone”. Esto convalida nuestra opinión y guarda gran similitud con el concepto expresado en el Código Civil vigente.

Incluirla dentro del capítulo de condominio por confusión de límites, como lo hace el Código Civil, nos parece más acertado.

Por lo antes afirmado, a nuestro criterio, la única acción real —defensa real— que es contemplada por el Proyecto de Código Civil del año 1998, es la acción reivindicatoria.

Conforme al art. 2203 del Proyecto: “La acción reivindicatoria define la existencia del derecho real ante la exclusión absoluta del ejercicio de alguna relación real en todo o parte del objeto, y

su libertad si el turbador se arroga el ejercicio de un derecho real”.

Por otra parte el art. 2200 dispone: “Legitimación activa: Las acciones reales sólo pueden ser promovidas por el titular de un derecho real. Está prohibida la cesión de las acciones reales”. La expresa prohibición de ceder las acciones reales, en nuestra opinión, importa un retroceso jurídico. Desde hace años, la jurisprudencia ha evolucionado de tal modo que la más moderna es unánime en reconocer que el titular del derecho real, que ha sido privado de la cosa, al ceder ese derecho, implícitamente está cediendo la acción para recuperarla en interés propio —*procurator in rem suam*.

Lafaille⁸ sostiene que “Después de reconocer que del juego de los arts. 577, 3265, 3268, etc., el adquirente se encontraría en la necesidad de recurrir al enajenante que, no habiendo perdido el dominio por no haber hecho la tradición, estaría en condiciones de reivindicar, y luego sí cumplir el contrato; señala que esta forma indirecta, además de ser complicada, tiene una prescripción más breve (la decenal).

Con gran sentido práctico parte de la base de que la compraventa, tanto como la donación o la permuta, importan la cesión implícita de la acción real, idea que, según el autor citado, es desarrollada por el codificador en la nota al art. 2109 que reproduce el concepto del art. 1196. Según dicho precepto, el acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona. Afirma también que se llega a idéntico resultado por vía del art. 1409, recurriendo a la teoría de lo accesorio. Pero fundamentalmente los argumentos que acopia Lafaille son de orden práctico, a tal punto que manifiesta que la solución que sustenta puede ser empleada con beneficio social, hasta que se opere la reforma legislativa que propugna”.

⁸ Musto, Néstor Jorge, ob. cit., p. 330.

Salvat⁹ “Se adhiere a que la reivindicación procedería en todos los supuestos antes mencionados, sosteniendo que el comprador de una cosa puede reivindicarla ejerciendo en interés propio los derechos del vendedor, como *procurator in rem suam*, fundándose en que la venta implica la transmisión al comprador de todos los derechos y acciones que a aquél correspondían, como el de reivindicar, sea por entender que la venta encierra una cesión implícita de dicha acción, sea —por último—, acumulando ambos puntos de vista, más aun cuando se ha autorizado al comprador a accionar para obtener la entrega y la posesión de la cosa comprada.

Esta tesis es rebatida por el referido tratadista argumentando que la acción nace del dominio, y que no habiendo tradición, la simple convención no puede acordar tal derecho”.

La normativa, entre líneas, prohíbe vender a quien ha perdido la posesión. La exigencia de que no sea posible la cesión de las acciones reales estaría impidiéndolo.

Ateniéndonos a la normativa del Proyecto del año 1998 el camino a seguir sería iniciar previamente la acción de adquirir la posesión prevista en dicho cuerpo normativo. En tal caso, el adquirente, vería terminada toda posibilidad al año, por ser éste el término de caducidad de la acción.

Evidentemente se ha perdido de vista el sentido práctico. Las razones por las que el titular del dominio, que ha sido privado de la cosa, necesita vender a los efectos de que el nuevo titular promueva la acción reivindicatoria, son innumerables; pero sólo a título de ejemplo, y por haberlo experimentado en el ejercicio de la profesión de abogado, podemos afirmar: a) personas de edad, a fin de evitar la iniciación de la acción judicial en que sea parte; b) necesidad de radicarse en un lugar distinto a aquel en que se encuentra el inmueble, pretendiendo no dejar cuestiones pendientes, y c) falta de recursos económicos para enfrentar una acción judicial.

⁹ Peña Guzmán, Luis Alberto, *Derechos reales*, t. III, Bs. As., Tea, p. 637.

En relación con la legitimación pasiva en la acción reivindicatoria, el art. 2208 dispone: "La acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante. El tenedor de la cosa a nombre de un tercero puede liberarse de los efectos de la acción si lo individualiza. Si no lo individualiza, queda alcanzado por los efectos de la acción, pero la sentencia no hace cosa juzgada contra el poseedor".

Admitir que el sujeto pasivo de la acción reivindicatoria sea el tenedor aunque lo tenga a nombre del reivindicante, entendemos que se trata de una disposición ociosa, pues si se puede determinar que quien detenta la cosa es el tenedor a nombre del reivindicante, respondiendo a un derecho personal, el titular del derecho real recurrirá siempre a una acción de desalojo, porque en caso de ser vencido podrá intentarla nuevamente; pero si intenta una acción real y resulta vencido, no podrá intentar con éxito una nueva.

Si bien admitimos que el derecho de dominio debe ser garantizado ante el menoscabo que pueda sufrir de parte de cualquiera que pretenda mantener una situación fáctica de poder sobre la cosa, estamos convencidos, a mérito de los innumerables casos tratados en el ejercicio de la profesión de abogado, que pudiendo acreditarse el carácter de tenedor de la cosa a nombre del propietario, la acción pertinente es la acción personal y no la acción real.

Precisamente, hace a la esencia de la calidad de tenedor la obligación de restituir la cosa. Pudiéndose determinar que la relación real existente es de tenencia, surge ínsitamente la obligación de restituir, y que la titularidad de la acción personal está en cabeza del propietario.

En definitiva, consideramos que es desacertada la prohibición de ceder las acciones reales, y que igualmente lo es admitir la acción reivindicatoria en contra del tenedor, aun cuando tenga la cosa a nombre del reivindicante.

Bibliografía

- AREAN, BEATRIZ, *Curso de derechos reales*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Curso de derechos reales*, t. 3, Bs. As., Zavalía.
- MUSTO, NÉSTOR JORGE, *Derechos reales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- PEÑA GUZMÁN, LUIS ALBERTO, *Derechos reales*, t. III, Bs. As., Tea.