

ACCIONES REALES: SU AMBITO DE APLICACION

MIRIAM SMAYEVSKY

I.— LA ACCIÓN

Acción y derecho: materia y forma, ambos constituyen los aspectos estáticos y dinámicos de la Ciencia Jurídica. De su acabada reciprocidad y correspondencia, surge la efectiva aplicación de los principios contenidos en las normas legales.

La acción es el medio por el cual se persigue un derecho en juicio. Dicho en síntesis: es la persecución judicial de un derecho. Comprende, todos los medios eficaces, apoyados en la fuerza social, que tienden a obtener, conservar o recobrar, los derechos individuales consagrados por la ley. Es una invocación, que se hace a la autoridad pública instruida a fin de proteger la vida, el honor o los bienes de los particulares, cuyos derechos no se han respetado. Instintiva, es la necesidad de tales medios; por ello se suple la administración de la justicia por sí mismo, motivo de graves perturbaciones al orden social, por un sistema organizado y eficaz, integrado por jueces y magistrados a quienes se acude en procura de justicia. Solamente como excepción, se autoriza a rechazar la fuerza con la fuerza, cuando lo requiera la inminencia del mal y la sociedad no pudiera acudir con la celeridad del caso.

Todo derecho, en la acepción de facultad, toma como consecuencia de su violación, un aspecto determinado, ya se trate de derechos existentes en relación a todos los hombres, ya se ejerciten con determinados individuos, cuyo último carácter presentan, desde luego, las obligaciones.

La violación de un derecho, no puede concebirse, sino por el hecho de una persona determinada, establecido así, una relación de derecho especial y nueva, entre el titular y el autor del hecho-violación, cuyo contenido es, precisamente, la reparación de la violación. Esta reclamación ofrece el carácter de una obligación, y coloca a actor y demandado en la situación respectiva de acreedor y deudor. Mientras permanece en estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no se constituye en verdadera y perfecta obligación; permanece como un

germen, que por su natural desenvolvimiento, es susceptible de convertirse en verdadera obligación.

Resumiendo: bajo un aspecto general, toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho, no puede revestir, la forma especial de una acción. Al decir de la doctrina moderna, no existe la "actio nata".

Indagando sobre los orígenes etimológicos del vocablo acción, se encuentra que proviene del verbo latino "agere", cuyo significado es ejecutar. Sus fundamentos históricos, vieron la luz en el Derecho Romano y a través de sus épocas evolucionaron, incidiendo incluso sobre su denominación y naturaleza jurídica.

En los primeros tiempos, rigen las "legis acciones", y la acción se refiere siempre a la forma; designa lo que es preciso hacer para atacar la violación y consiste siempre en actos simbólicos y fórmulas verbales, rigurosamente determinadas. Las acciones de la ley, eran una denominación genérica del conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que se reclamaba. Con la abolición de las legis acciones, las fórmulas vinieron a ser la base de todo procedimiento. La acción era la fórmula, que el demandado entregaba al actor y por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o absolver según que la cuestión propuesta debía resolverse afirmativa o negativamente; por eso Celso la definió así: "Como el derecho de reclamar en justicia (ante el iudex) lo que nos es debido".

Este estado de cosas subsistió tanto como en el ordo iudiciorum, y así existió en la época de los jurisconsultos clásicos. Entonces actio designaba principalmente el derecho de acción y fórmula la forma de la misma, por más que esta distinción no se observase siempre con todo rigor. Aquí tampoco la acción, estaba vinculada al derecho autónomo, es acción con la desaparición del procedimiento extraordinario de la división de la instancia entre el magistrado y el juez, cuando se suprime la fórmula y la acción pasa a ser elemento del derecho.

En este período, la acción dejó de ser un concepto autónomo para convertirse en parte del derecho mismo y confundirse con él, y aún puede decirse que lo absorbió. Así, ya no se preguntaba si una persona tenía un derecho a una cosa, sino, si tenía acción para reclamarla.

Después de la abolición del ordo iudiciorum, es decir poco después de Constantino, pierde significación la fórmula, mientras que las acciones existían como antes. Siguiendo este sentido, los redactores del Digesto, han extractado de los escritos de los antiguos jurisconsultos los caracteres de la actio y las instituciones de Gajo, fueron incluidas, algo modifi-

ficadas, en las Institutas de Justiniano, con ambas acepciones de acciones reales y personales.

En esta breve síntesis de la historia y evolución de la acción, se observa la fraseología incierta, que por largo tiempo invadió su aplicación. En definitiva, el concepto y por ende la definición de la acción, depende de la doctrina que se sustenta, en cuanto a la naturaleza jurídica, contenido y dirección del derecho.

La escuela clásica, llamada tradicional, con sus precursores, Savigny y Aubry et Rau, reconocen a la acción, como elemento del derecho, que se pone en movimiento como consecuencia de una violación. Presuponen la existencia de elementos constitutivos, que son el derecho, interés, calidad y capacidad y en torno a ellos, se formula el corolario de que no hay Derecho sin Acción, no hay Acción sin Derecho y la Acción participa de la naturaleza del Derecho.

La reacción contra esta concepción, se inicia en 1857, con la polémica, entre Windscheid y Muther ("La acción del derecho romano desde el punto de vista del derecho moderno", Düsseldorf 1856 y "La teoría de la acción romana, del derecho de obrar moderno, etc.", Erlangen 1857) que tuvo la virtud de despertar el interés por los estudios sobre la acción y el proceso. La acción es considerada un derecho autónomo, concepto que impera en la doctrina moderna y en la ciencia procesal contemporánea.

La acción, como fundamento de la facultad reconocida a los individuos, para exigir la intervención del Estado en la solución de sus conflictos jurídicos y las teorías que en torno a ella se han enunciado, han superado el campo de la doctrina y la investigación, para incidir directamente en una cuestión de técnica legislativa con referencia al derecho positivo de los países del mundo.

II.— CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES — ACCIONES REALES Y PERSONALES

La división más importante de las acciones, en virtud de que se funda en su íntima naturaleza jurídica, es la de acciones reales y personales.

Así, se conciben en el Derecho Romano, a través de sus textos, el más explícito en el Digesto (Libro XLIV - título VII - ley 25) donde sigue a Ulpiano y en la Instituta, (Libro IV - título 6º - párrafo 1). El fundamento de esta división, se encontraba en la causa de que dimana la acción. En rigor de verdad, el Derecho Romano que no conoció ni formuló una teoría científica del derecho, sino a través de la naturaleza de la acción, vislumbró la existencia de derechos reales y personales.

El fundamento de esta división dentro del Derecho Romano, se fundaba en que unas acciones provienen de un derecho en la cosa y otras, de un derecho a la cosa; división que como está en la esencia de las cosas, se presenta siempre en todos los países, si no bajo la misma nomenclatura, al menos con los mismos efectos. En Roma, se presentó de esta manera, tanto durante la vigencia del sistema de las acciones de la ley, como durante el procedimiento formulario y posteriormente con los juicios extraordinarios. Corroborando lo expresado: la causa de una acción o es un derecho absoluto, un DERECHO REAL fundado en la relación permanente entre una persona y una cosa; o bien deriva de una obligación, esto es, de un derecho relativo a la persona que nos está obligada a dar, hacer o no hacer una cosa, y es entonces un DERECHO PERSONAL.

El principio de la división de las acciones se determina todavía, con más exactitud, atendiendo a las consideraciones siguientes: Antes de trabarse completamente el debate judicial (esto es, antes de la *litis contestatio*), existe o no determinadamente una obligación propiamente dicha. En el primer caso es *in personam*, en el segundo, *in rem*. No es, pues, circunstancia decisiva la existencia de la obligación antes de que la violación tenga lugar, así es que tanto las acciones que resultan de los contratos, como las que nacen de los delitos, son personales, y sin embargo, las primeras existen, no sólo antes de la *litis contestatio*, sino también antes de la violación, y las segundas sólo de ésta nacen. Tratándose de la propiedad, por el contrario, la simple violación, engendra ciertamente una relación semejante a una obligación, pero la obligación verdadera y propiamente dicha, sólo existe después de la *litis contestatio*; y esa es la razón por la cual nos encontramos frente a una acción *in rem*.

Con respecto a las acciones personales, nadie duda que pertenece únicamente a esta categoría las que protegen las obligaciones. Luego se deduce que si la división ha de agotar todas las materias del derecho, las acciones *in rem* han de proteger las relaciones que resultan del derecho de las cosas, del derecho de sucesión y del derecho de familia. Por eso en la época del procedimiento formulario, se perseguía una obligación, cuando en la intención de la fórmula se contenía necesariamente el nombre del deudor y se daba en ese caso, una acción *in personam*. En cambio, cuando la designación se concebía de una forma general, al perseguir un derecho a la cosa, se trataba de una acción *in rem*. Van Wetter las diferencia brevemente y claramente; y respecto a las llamadas acciones mixtas del Derecho Romano, tales como las de partición de herencia (actio *communis dividundo*), petición de herencia (*hereditatis petitio*), de la comunidad accidental, *actio finium regundorum* y *actio familiae erciscundae*, nos dice, que no se tratan de acciones reales y personales

al mismo tiempo, sino que en ellas se daban efectos o caracteres de una u otra clase, pero separadamente.

Pasando en especial a las acciones reales, cuyo estudio nos interesa, y siguiendo el esquema de Van Wester, distinguiamos la reivindicatoria, la negatoria y la confesoria.

La acción reivindicatoria, es la acción real, que corresponde al propietario de una cosa, con el objeto de hacer conocer su derecho de propiedad y obtener la restitución de la cosa. Obsérvese, la denominación de "propietario" y se debe recordar que en aquella época, la terminología jurídica era sumamente indefinida, y en especial en lo que compete al señorío sobre las cosas. Así propiedad, posesión y dominio, eran utilizadas, frecuentemente con sentido amplio y semejante.

La prueba de la reivindicación romana, era sumamente rígida y digna de ser limitada por las legislaciones posteriores, dada la gravedad que reviste esta acción, por la cual se modifica el derecho real. El que la entabla, deberá ante todo, probar que es el verdadero dueño de la cosa litigiosa, o que lo era al menos, al contestarse la demanda, tiempo al cual debe probarse, dado que el juez a de atenderse para apreciar la justicia o injusticia de la demanda a las respectivas pretensiones de los litigantes, y con arreglo a ellos condenar o absolver al demandado. Cuando el actor, necesita a fin de probar su derecho, recurrir a los actos de otras personas, suele tropezar con dificultades, y para evitarlas se invocaba la prescripción, que daba nacimiento a la acción Publiciana, medio creado por el derecho pretorial.

La acción se dirigía siempre contra el poseedor o detentador de la cosa. De un modo excepcional se permitía ejercerla contra personas no poseedoras, que se denominaban como casos de ficta possessio. Se refería al poseedor que dejaba de poseer dolosamente la cosa (qui dolo de sibi possidere); o si una persona que no poseía simulaba posesión para que contra ella se ejercitara la acción reivindicatoria, permitiendo de este modo que otro usurapiera (quiliti se obtulit). En estos dos casos, se ejercía la acción contra los no poseedores y se les condenaba, pero ello, no era óbice para que el propietario obtuviera la reivindicación contra el verdadero poseedor.

Los efectos de la acción reivindicatoria, eran la afirmación del derecho de propiedad en el demandante, y como consecuencia la devolución de la cosa con sus frutos y aumentos (cum omni).

La acción negatoria, tiene en el derecho romano el mismo campo de aplicación que la reivindicatoria. (Pero se limita la gravedad del hecho del demandado). No hay desposesión total; sólo se trata de una perturbación. El que ejercita la acción negatoria, debe probar su derecho a la posesión, mientras que el demandado, deberá, en cambio hacer mérito

en su prueba, del derecho de servidumbre, que invoca, por ej. si así lo hiciera valer, y que sirve de defensa contra la acción que se le entable, o sea justificar la perturbación. La sentencia, contiene también la condenación, por la cual se garantiza que en lo sucesivo, no se perturbará el derecho del propietario.

La acción confesoria, es la que nace de las servidumbres y su nombre se debe a que precisamente tiende al reconocimiento y la confesión de la servidumbre. Produce el efecto de que se reconozca el derecho de servidumbre y por consiguiente, que no se impida su ejercicio, así, como el resarcimiento de los daños causados y la prestación de la cautio amplius non turbando, que garantiza en el futuro que no lesionará el derecho del actor. Si la servidumbre no se había adquirido regularmente, pero sí de buena fe, se podía reclamar por la acción Publiciana. También se concedía la acción confesoria al enfiteuta y al acreedor pignoraticio, así como al superficiario.

De lo expuesto, surge, que esta acción se puede asemejar, en cuanto a sus efectos, a una verdadera reivindicación de las servidumbres.

Al margen de estas acciones reales, el derecho romano, por obra de los pretores, introdujo otras acciones, llamadas útiles, que tenía por fin proteger los casos, en que no se reunían los recaudos legales del derecho civil, y a los fines de no dejar indefenso al damnificado. Entre las creadas a ese efecto, estaban la Publiciana, la reiaciosa, las acciones servianas y quasi servianas, que significaron una avanzada, que propendió al progreso del orden social de la época, tratando de hacer al derecho, más objetivamente justo y equitativo.

Todo este acontecer histórico, así como las formulaciones del derecho romano, tuvieron transcendencia en la mayor parte de las legislaciones del mundo romanista, que se refleja, por las fuentes en que se ha inspirado el Dr. Vélez Sarsfield, en la redacción de nuestro Código Civil. Encuadrado dentro de la Escuela Clásica, se siguió las doctrinas propugnadas por Demolombe, Ortolán, Maynz, Aubry et Rau, Pothier, Duranton y fundamentalmente por Freitas.

Teniendo en cuenta la íntima vinculación que guardan los derechos y las acciones, es dable recordar la definición que da nuestro código sobre derecho real, siguiendo a Demolombe (nota al título IV del Libro III): "Derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto". "Se llama, al contrario, derecho personal aquél que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el

acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto". A continuación, en la misma nota, pasa a diferenciarla, en cuanto al "jus persecutiendi", "jus preferendi", objeto, nacimiento, extinción, etc.

De las definiciones precedentes, puede fácilmente deducirse el contenido de las acciones reales y personales. Respecto a las acciones mixtas, no existiendo, conforme al art. 497, obligaciones que correspondan a derechos reales, quedarían eliminadas de nuestro sistema legal, en concordancia con la nota del art. 4023, que dice: "...en este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales."

Existen dentro de nuestro sistema legal, figuras que merecen su análisis y estudio, respecto a la ubicación de las acciones que dan lugar. Me refiero a la nulidad y a la acción hipotecaria.

La acción de nulidad, analizada bajo la luz de los elementos determinantes de la clasificación utilizada, aparece "a priori", como una acción personal. Yendo directamente a las disposiciones legales que las rigen, resulta desconcertante lo afirmado. Los arts. 1050 y 1051, dan efectos reipersecutorios, que facultan a seguir la cosa que se encontrare en poder de un tercero. El art. 1051, ha sido tomado de Aubry et Rau, que se atiene a la concepción clásica del derecho del propietario contra cualquier poseedor que haya llegado a serlo en virtud de un acto anulado. Cabe destacar además, que preceden a estas normas, el art. 1046 tomado de Freitas, como origen inmediato, y posiblemente mediato de V. H. Solón ("Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre matière civile", Paris, 1835).

De esta manera una acción de carácter personal, está legislada en nuestro Código de tal manera que tiene efectos reales. Y esos efectos están condicionados acordes con los arts. 3270, 2777 y 2778, a la adquisición de buena fe y a título oneroso, que limitan la acción reivindicatoria en general y en consecuencia, también para la nulidad. La jurisprudencia ha hecho mención de estos principios, en diversos fallos, que el Dr. Julio Dassen analiza y expone con claridad singular en su trabajo "La acción reivindicatoria: sus límites", LECCIONES Y ENSAYOS - Nº 6, pág. 57 Buenos Aires, 1957), y cuyo "leading case", "Bailarín c/Arraga", que contó con el valioso aporte del letrado Dr. David de Tezanos Pinto, cuyos argumentos, por interpretación "a contrario sensu" no fueron superados.

Es interesante, un último fallo, de la Suprema Corte de Buenos Aires, (19 de diciembre de 1961, Nº 48013, L. L. 106-1962), que arriba a la reiterada posición y dice: "El propietario despojado como consecuencia de un acto posteriormente anulado, no tiene acción reivindicatoria contra terceros de buena fe que adquirieron el inmueble antes de la anulación, por título oneroso y de enajenación también de buena fe".

Es interesante destacar con el propósito de clarificar, que de los argumentos expuestos y fallos, se desprende, que la acción de nulidad, en principio acción personal, tiene efectos reipersecutorios, que desaparecen, cuando se oponen contra terceros de buena fe, que adquirieron, a su vez de enajenantes de buena fe y a título oneroso.

Otra situación se plantea en cuanto a la hipoteca, que confiere al titular, dos derechos, el de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y el de preferencia para cobrarse (el acreedor hipotecario) con prelación a los demás acreedores del deudor. La hipoteca, siempre supone una obligación principal; lo que debe requerirse en primer término, es entonces el cumplimiento de esta obligación. Así, si se trata de un préstamo, al vencimiento del plazo estipulado para su pago, el acreedor, deberá reclamarlo. Esta es la acción que nace de la obligación y como tal es una acción personal, pero más de una vez se ha alegado, que la mencionada acción, es real y cuyo conocimiento compete exclusivamente al juez del lugar en que se encuentra situada la cosa objeto del derecho de hipoteca.

Decir que todo derecho real genera indefectiblemente una acción real, importa afirmar, implícitamente, que de aquel derecho, jamás puede surgir una acción personal y confundir notablemente la naturaleza del derecho con el carácter particular de la acción que el mismo derecho genera. Es innegable, que toda acción real nace de un derecho real, pero hay inexactitud legal, en el hecho de afirmar que todo derecho real produce una acción de la misma especie, cuando a la efectividad de muchos derechos reales, corresponden únicamente acciones personales.

El art. 2756 del Código Civil define las acciones reales diciendo: "...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". No hay lugar a indemnización de daño, cuando no se viola un derecho; no procede la acción real, cuando no se ha atacado la libertad de ejercicio de un derecho. Así se desprende de la lectura de los artículos 2792 y 2800 del mismo cuerpo legal.

Desde luego, mientras el libre ejercicio del derecho real no sea obstaculizado; mientras el acreedor hipotecario tenga expedito el camino que conduce a la efectividad de su derecho, es improcedente la acción real por faltar la base, la causa legal de esa acción que es la turbación o impedimento a la libertad de ejercicio del derecho real; sin causa no puede haber efecto.

Las acciones reales como los derechos reales, son de carácter excepcional, sin una disposición legal que las crea, debe reputarse que no existen y acogerse a la regla de las acciones.

La acción hipotecaria real sólo se ejerce cuando el deudor haya transferido el inmueble y éste se encuentre en poder de un tercero. Esto surge del art. 2796 del Código. Pero fuera del caso de ataque directo o indirecto a su derecho de hipoteca, carece en general de facultad para ejercitar una acción real. La competencia de los jueces para conocer en un juicio iniciado por aquél, en busca de la efectividad de su crédito debe juzgarse aplicando las reglas relativas al ejercicio de las acciones personales. Se ha llegado también a pretender calificar de mixta la acción del acreedor hipotecario, posibilidad que se desvanece con sólo decir que nuestro derecho no reconoce acciones mixtas de reales y personales. (n. art. 4023 C.C.).

A causa de confundir la acción personal que nace del contrato, con la acción real hipotecaria, que sirve de garantía, se discute frecuentemente la jurisdicción ante quien debe promoverse la acción. La jurisprudencia es unánime, en aplicar el art. 49 del Código de Procedimientos, ya sea en cuanto a la jurisdicción, como al juez competente. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, (Gaceta del Foro 29 de noviembre de 1925, Tº 59, p. 283) dice: "... cuando la hipoteca se da para garantizar un pagaré 'a la orden', aunque ninguna de las partes sean comerciantes, tratándose de "papeles de comercio", la jurisdicción competente es la comercial, porque la garantía hipotecaria no puede tener por virtud modificar la jurisdicción ante la cual debe perseguirse el cobro, desde que ella en su carácter de accesoria, debe seguir la suerte de la principal".

En el derecho alemán, la acción hipotecaria es siempre real. Ha de tenerse en cuenta que en aquel país se encuentra en vigencia un sistema de inscripción en registros territoriales, que varían directamente la naturaleza jurídica de sus instituciones. La exposición de motivos del Código Civil Alemán, en el capítulo que compete a crédito hipotecario dice que, en realidad, el crédito no constituye un elemento esencial del derecho de hipoteca, sirviendo únicamente de título de legitimación de la ejecución forzada. A pesar de existir la hipoteca, puede no haberse efectuado el crédito, por cualquier causa, y en este caso adquiere el propietario la hipoteca y el derecho de rectificación en el registro. (Art. 1163 y 1164 Código Civil Alemán).

Bibiloni, en su anteproyecto de reformas, inserta el art. 22, aclarando, que el sistema que propone es registral y la "hipoteca inscrita confiere al acreedor el derecho de cobrar su crédito con preferencia sobre el valor del inmueble".

El Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, contiene un art. 479, motivo de críticas y de inconvenientes prácticos. Dice: "Si hubiere bienes dados en prenda o hipoteca, se procederá contra ellos antes que contra ningunos otros". Se establece, con

esta disposición una excepción a los arts. 476 y 477. En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de Domínguez (1868) antecedente del Cód. de Procds. se enuncia bajo el art. 436 y en la Ley 50, como art. 259, pero no se conoce con certeza su origen, creyéndose que deviene de las leyes españolas.

Este principio, colocado en un código de forma, ataca directamente la ley de fondo, y establece un sistema de privilegios propios, que no está contemplado en el Código Civil. Por otra parte, colocan al acreedor en una situación de desventaja, ante la insolvencia del deudor, concurso civil o quiebra, con peligro inminente de disminución o pérdida de su crédito.

Para dar una visión más completa del encuadre de las acciones en nuestra legislación, haré referencia al art. 71, inc. 5º del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, que tiende a facilitar la calificación jurídica de la relación substancial que se invoca. Pero ello, no significa la obligación de invocar por su nombre técnico la acción que se deduce (*aditio actionis*) ni siquiera la de citar las disposiciones legales en que se funda la pretensión, pues la misma resultará de la exposición de los hechos y lo hará el magistrado con prescindencia de la calificación hecha por el actor, de modo que el silencio o el error de éste no afecta de manera alguna la acción entablada.

Esta facultad del juez, que se denomina con el aforismo "*ius curia novit*", tiene estrecha relación con la división de las acciones.

La jurisprudencia, reiteradamente, ha decidido, que en su función y aplicando el aforismo, los jueces, no pueden ni por vía de interpretación, convertir una acción, en otra distinta. La Suprema Corte de Buenos Aires, en resolución del 1º de octubre de 1940 (J. A. t. 70, p. 957- L. L. t. 19, p. 451) ha resuelto: "... que si se demandó por acción negatoria, no cabe que se decida una acción reivindicatoria, de caracteres, prueba, efectos sustancialmente diversos, ya que, como había dicho la Cámara, el juez no puede modificar el objeto de la demanda, ni conceder o negar una cosa distinta de la reclamada".

Pese a que están firmemente fundados los principios que debe seguir el juez en la aplicación del aforismo, existe una tendencia judicial a extralimitarse en su aplicación, llegando hasta a sentenciar una acción de recobrar la posesión (acción posesoria), cuando el actor invocó una acción real confesoria, (Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, Jurisprudencia de Mendoza, Boletín Nº 7, agosto 1947). En este caso, en primera instancia, se declara que no se puede acoger a una acción peticoria, pues el actor, no aportó el título constitutivo de la servidumbre activa (art. 2798 C. C.), elemento esencial; y que tampoco puede actuar como posesoria por el art. 2482; porque la cuestión no

hace al derecho o norma invocada, sino a la acción. Por todo ello, rechaza la demanda con costas. En segunda instancia se revoca la sentencia aplicando el aforismo "iura curia novit", incurriendo así en una extralimitación, que da lugar a errores graves de fondo y de forma.

La positiva aplicación del aforismo, debe tener en cuenta las siguientes conclusiones: 1) La acción se determina por el objeto y no por el precepto legal aplicable. 2) El juez puede y debe subsanar el error en que la parte haya incurrido al calificar la acción. 3) Pero nunca puede modificar el objeto de la misma, que resulta de los hechos.

III.— LAS ACCIONES REALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

El Código Civil en el título IX, bajo la leyenda de Acciones reales, agrupa todas las acciones de este carácter, estableciendo primero el concepto y la enumeración de ellas y después, en capítulos separados, la reglamentación respectiva.

Este sistema está inspirado en el Esbozo de Freitas, en el cual existe una sección especial destinada a tratar de los derechos reales en general (libro 39, secc. 1). En la misma y antes de referirse a las diversas clases de derechos reales, dentro del mismo título, en capítulos separados, encontramos la reglamentación de las diversas acciones reales (título 39, capítulos 19, 29 y 39).

Nuestro Código legisla sobre las acciones reales, en circunstancias de ubicación especiales, después del dominio y condominio y antes de los demás derechos reales, en cincuenta y un artículos.

El artículo 2756 nos da la noción de acciones reales, en los siguientes términos: "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 art. 2758, las enumera: "Las acciones reales que nacen del derecho de propiedad, son: la acción reivindicatoria, la acción confisoria y la acción negatoria".

En verdad, la ubicación de las acciones reales, (después del dominio y condominio y antes de los demás derechos reales) y la alusión del art. 2757, al derecho de propiedad, pareciera que éstas solo se refiriesen a él, pero el estudio sistemático y lógico de otras disposiciones del código y de las fuentes dará la cabal interpretación del caso.

Las dificultades que surgen en cuanto a las acciones reales, se deben, en su mayoría, a erróneas interpretaciones y a omitir la búsqueda y fiel

conocimiento de las fuentes, que fueron las más importantes para Vélez, y que son el Esbozo de Freitas y Potkier. El Dr. Guillermo L. Allende, (en L. L., t. 89, p. 794), sistematiza y compara los textos tomados por el codificador y estructura una perfecta y concisa aplicación de las acciones reales.

En principio, debemos tener en cuenta, que todos los derechos reales, deben estar protegidos por acciones de esa naturaleza.

Nuestro código legisla tres acciones reales; luego, estas tres y no otras, deben servir de defensa de todos los derechos reales.

Para comenzar a vislumbrar el campo de acción de las acciones, cuyo estudio nos ocupa, y con fines didácticos, debemos recordar, que la acción reivindicatoria y la negatoria, tienen el mismo ámbito, con la diferencia de la intensidad de la lesión. Concordante con esto, me remito a la nota del artículo 2800, donde siguiendo a Mayra, dice: "Esta acción '(re rívindicare a' re negatòria), no '(diferre' re' re rívindicatòria, 'non por' la extensión de la lesión que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado... Todo ataque de una importancia menos grave, basta para darnos la acción negatoria...".

De lo anterior, se deduce, que los derechos reales, en cuanto a los medios de protección, pueden clasificarse en: a) Derechos reales cuya protección se ejerce por la acción reivindicatoria y negatoria y b) Derechos reales protegidos por la acción confesoria.

Quiere decir, que determinado el ámbito de los derechos comprendidos en un sector, por exclusión, se determinará la débil de los demás, o sea del otro sector.

Comenzando por la acción negatoria, de los siete artículos que legisla el código, cinco han sido casi textualmente transcritos del Esbozo de Freitas, así los arts. 2800, 2801, 2802, 2805 y 2806 del C. C., corresponden a los arts. 4004, 4005, inc. 1, 2, y 3, 4008 y 4009, inc. 3, de Freitas.

En cuanto a los dos restantes, el art. 2803, tiene como fuente, aunque no textual, el art. 4007 del Esbozo; y el 2804, obtenido de Aubry y Rau, no altera en absoluto el sistema del Esbozo; más aún su contenido es similar al art. 3995 del mismo.

Por lo tanto, el ámbito de nuestra acción negatoria coincide con la legislada por Freitas. Ello se infiere de lo tangible comparación de ambos textos.

De la lectura de esas disposiciones, resulta que los derechos reales protegidos por la acción negatoria son: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis y la enfiteusis, que en nuestro Código queda limitada al art. 2614. Quedarían entonces fuera de esta defensa, las servidumbres activas y la hipoteca.

Con la acción confesoria, se produce la misma repetición, aún más textual, de Freitas. Los arts. 2795, 2796, 2797, 2798 y 2799, del C. C., han sido tomados del Esbozo (arts. 3992, 3993, inc. 1, 2 y 3, 3994 y 4003). De esta forma los derechos reales, defendidos por la acción confesoria en ambos regímenes legales, son: las servidumbres activas y la hipoteca.

Siguiendo el sentido lógico y de exclusión que indicamos al comienzo del párrafo, podríamos ya, determinar el ámbito de la acción reivindicatoria, por exclusión de las dos restantes; pero a fin de seguir un método estrictamente jurídico y observando que el Código no trae ninguna disposición expresa de los derechos que protege la reivindicatoria —excepto la nota al art. 2800 que la asimila a la negatoria que fue tomada de Aubry y Rau, que transcriben a Maynz— seguiremos analizando.

Vélez no siguió a Freitas en la redacción del art. 2758; de lo contrario, hubiera insertado una definición clara como la del art. 3866 del Esbozo que dice: "La reivindicación es la acción derivada de los actos involuntarios e ilícitos que impidieren absolutamente los derechos reales que pueden ejercerse por medio de la posesión a efectos de que ésta se restituya".

En su lugar el art. 2758, dice: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella". Esta disposición, es muy similar a la definición que da Pothier de acción reivindicatoria. Dice así: "No es necesario tampoco en el derecho francés que para que nosotros tengamos la reivindicación de una cosa, estemos en posesión del dominio directo; es suficiente el dominio 'útil', dando como ejemplo, el caso del usufructuario, con el cual vemos que no restringe dicha acción al dominio y condominio únicamente".

Nuestro codificador, siguió los cánones del Derecho Romano y sus imprecisiones terminológicas. La acción reivindicatoria, ha sido tomada del Digesto (I. VI), y hay que tener en cuenta que allí, se otorgaba otro carácter a las acciones reales. La acción confesoria, por ejemplo, se concedía a todos los derechos reales, excepto al dominio y condominio, para los cuales se reservaba la reivindicación.

De la lectura del art. 2757, en contradicción con el art. 2795 y siguientes, surge que Vélez Sarsfield, conferiría a los derechos que nacen de la propiedad, un sentido más amplio que el de dominio y condominio. En diversas notas, siguiendo a Pothier, se observa la extensión comprensiva aludida, así en nota a los arts. 2807, 2948, 2970, etc.

Además existen numerosos artículos del Código, que utilizan la reivindicación en relación a otros derechos reales, tales como el 2863, 2876, 2950, 3227, 3890, 3239, 3254, y el 2502, que por su importancia, transcribo: "La persona a la cual pertenece un derecho real puede reivindicar el objeto contra todo poseedor".

Otra disposición, que arroja un rayo de luz hacia este problema es el art. 2772, que dice: "La acción de reivindicación, puede ser ejercida, contra el poseedor de la cosa por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto o imperfecto". La nota a este artículo es de Maynz, pero en rigor de verdad, su fuente es Freitas, art. 3713 del Esbozo, que dice: "La posesión es perfecta o imperfecta. Es perfecta cuando el poseedor tuviese la intención de ser dueño o condómino perfecto de la cosa. Es imperfecta, cuando sólo tuviera la intención de ser dueño o condómino imperfecto de ella, o de ejercer sobre la cosa ajena algún derecho real que puede ejercerse por la posesión".

Indudablemente, Vélez, relacionó, el derecho real perfecto con la posesión perfecta y el derecho real imperfecto con la posesión imperfecta. Cuando el codificador quiere expresar que concede la reivindicación a un derecho perfecto o imperfecto, implica que concede la reivindicación a todos los derechos reales, pero le impone la restricción de la posesión, que resulta de ese mismo artículo 2772, al decir "contra el poseedor de la cosa".

Todos estos argumentos, que no son meramente teóricos, sino que se basan en la realidad, indican que la acción reivindicatoria se otorga a todos los derechos reales, que se ejerzan por medio de la posesión, con lo cual queda integrado el cuadro completo de las acciones reales, concordando con el sistema del Esbozo de Freitas, y da plena vigencia a la necesidad lógica y social de dar amplia protección y defensa a todos los derechos reales, sin exclusión o superposición.

De tal forma, quedaría, la acción reivindicatoria y la acción negatoria, para proteger todos los derechos reales que se ejercen por medio de la posesión y la acción confesoria, en cambio para aquellos que no se ejercen por la posesión.

IV.— PROYECTOS DE REFORMA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

Tanto el Proyecto de la Comisión como el de Bibiloni, han tomado con más fidelidad que nuestro Código, las acciones reales de Freitas, por

lo cual el sistema que perfilan es claro y de fácil interpretación y constituye un régimen de avanzada en la materia digno de ser imitado y conocido.

Juan Antonio Biliboni, en su Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, se refiere a las acciones reales, en el título VII, Libro III, art. 2547 y siguientes. La definición dice: "que tienen por objeto la declaración en juicio de la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, a fin de impedir los hechos que se opongan o perturben su libre ejercicio".

Suprime la definición del art. 2757 de nuestro Código, y concede a la reivindicación el sentido amplio aplicable a todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. Los arts. 2758 y 2772, se ven reemplazados por el art. 2548, que dice: "El propietario puede exigir del poseedor la restitución de la cosa. Compete asimismo la acción a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión". Bajo este sistema puede también intentarla el acreedor hipotecario.

Las demás acciones reales están en concordancia y son similares a las de Freitas. Como puede apreciar, Biliboni ha seguido muy de cerca al Esbozo y su pensamiento se trasunta brillantemente en las reformas que propicia.

El proyecto de 1936, también elimina el art. 2757. Considera que esta disposición, es un concepto erróneamente limitado, desde que las acciones reales no solo nacen del dominio.

En cuanto a la acción reivindicatoria, la trata en el art. 1819, "Corresponde la acción reivindicatoria: 1º) Al propietario de la cosa; 2º) A todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión; 3º) Al acreedor hipotecario.

En cuanto a la metodología seguida, distribuye con orden lógico, las materias y de acuerdo a la amplitud que le confiere a la reivindicación, se explica que el artículo inicial la extiende no solo al propietario, sino a todos los titulares de derechos reales. Las demás acciones no traen innovaciones. Ambos proyectos, en su afán de no escapar al sistema de Freitas, atribuyen la acción confesoria en defensa de las servidumbres personales activas, cuando ninguno de los dos las legislan. En cambio, nuestro Código, en concordancia con Freitas, incluye este tipo de servidumbres, y les otorga la confesoria. Este error deslizado, no de graves consecuencias, da la pauta del interés con que se ha seguido al maestro brasileño, pudiendo así desenraizar instituciones jurídicas confusas y discutidas, como son las acciones reales.

En cuanto a la legislación comparada, en atención a la brevedad de esta nota, me referiré muy sucintamente al derecho francés e italiano y con mayor extensión al derecho alemán, por el sistema registral.

El Código Civil Italiano, incluye entre las acciones petitorias a la reivindicatoria, y la concede en las siguientes hipótesis: a) Cuando un tercero desprovisto de título que provenga del propietario o de la ley, sea poseedor y, al mismo tiempo, discuta el derecho del propietario sobre la cosa de él; b) Cuando un tercero, aún sin discutir el derecho del propietario, sea detentador de la cosa sin título; la finalidad de la acción es igual que la del primer caso y c) La reivindicación puede perseguirse también contra quien ya no posee y/o no detenta la cosa, en el caso de que, por hechos propios, haya cesado de poseerla después de que le fue notificada la demanda judicial.

En cuanto a la prueba, no ayuda, con respecto a los inmuebles, la llamada "inscripción catastral de transferencia", que se haya hecho a favor del reivindicante, puesto que ésta tiene solo efectos tributarios, no dá derecho sustancial. Por consiguiente, su valor es indicativo.

Acción petitoria, aunque no reivindicatoria, es la negatoria, por la cual al actor le basta probar el propio derecho de propiedad, siendo conexas con ésta la libertad del fundo; o también el derecho de poseer el fundo en virtud de título válido de adquisición; corresponde al demandado probar la existencia del propio derecho real limitado sobre la cosa ajena que el actor desconoce.

En el derecho francés, ofrece singular interés, dado que todas las acciones reales, en especial la reivindicación quedan frecuentemente paralizadas por la estrecha relación y dependencia que otorgó el legislador entre la posesión y la propiedad, de tal forma que poseer un bien en ciertas condiciones, es ser su propietario, por lo cual la reivindicación, carece de empleo, porque esta acción implica que un propietario ha perdido la posesión, o por lo menos el contacto con la cosa. La consagración legal del principio está en el art. 2279, inc. 1º del C. C., en los términos ya tradicionales y clásicos: "en materia de muebles la posesión vale al título". La segunda parte del artículo limita la anterior concediendo la reivindicación cuando se trate de cosas muebles robadas o perdidas. Esto es en materia de muebles. Respecto a la reivindicación de inmuebles, en la mayoría de los casos, no se trata de una verdadera acción real, sino que se resuelve como una indemnización por daños y perjuicios, acción de tipo personal.

Asimismo legisla sobre la llamada acción confesoria de usufructo, que es la sanción esencial y apropiada del derecho de usufructo, que

puede intentarse contra todos, y en su caso contra el propietario de la misma forma se da la acción confesoria de servidumbre.

Veamos ahora el panorama en el derecho alemán, donde se introducen notables innovaciones, comenzando con la terminología, que entra a utilizar el vocablo *pretensión*. La disociación de los conceptos de acción y de derecho, creaba para la Escuela Clásica, un problema relativo al definir la esencia jurídica del derecho. ¿Qué puede ser un derecho que no tiende a actuarse? Windscheid cubrió ese vacío e introdujo el concepto de "*pretensión*", o sea la tendencia de todo derecho a extenderse sobre otra voluntad. Los autores alemanes y en general los vinculados a doctrinas germánicas, asignan gran importancia al concepto de "*pretensión*", como designación técnica de una realidad jurídica autónoma. La acción y la pretensión, para algunos autores, entre ellos Von Tuhr, tienen afinidades, pero no se confunden, pues mientras la primera entra dentro de los conceptos doctrinarios, de tipo procesal, la segunda es una idea de fondo. Sin ir a mayores discusiones doctrinarias, sobre ambos conceptos, (no es objeto de este trabajo hacerlo), simplemente creo importante destacar que la diferencia, en el orden práctico, es que en el Código Civil Alemán, las pretensiones, o sean las facultades de exigir de otro un acto o una omisión, prescriben, mientras que la prescripción no alcanza a las acciones. Por ello la prescripción no puede iniciarse hasta tanto no hay alguien sujeto a hacer u omitir algo. En mérito del Código Civil Alemán, haber superado, el viejo problema de la acción nata, y solo cuando el derecho tiene una dirección personal pasiva, originaria o posterior, puede empezar a prescribir.

Otra cuestión importante en esta legislación, es el régimen de la inscripción inmobiliaria en registros territoriales, cuya influencia sobre las acciones reales, veremos adelante. Entrando directamente en el tema de estudio, en el sistema alemán, se conoce la pretensión reivindicatoria, negatoria, confesoria y publiciana.

Legisla la reivindicatoria, en los arts. 985 a 1004. Sirve para la protección de la propiedad contra una privación o una detentación posesoria. Este derecho nace cuando una persona, que no sea el propietario, se convierta en el poseedor de la cosa, y se dirige, ante todo a la recuperación de la posesión y a la indemnización y entrega de los provechos. La pretensión corresponde al propietario, tanto de muebles, como al de inmuebles, tanto al propietario exclusivo, como al co-propietario, tanto al propietario falto en absoluto de posesión, como al propietario que posee mediatamente.

La pretensión negatoria o pretensión de libertad de la propiedad corresponde al propietario contra todo el que lesione la propiedad de un modo que no implique privación o detentación de la posesión.

El art. 1027, dice "Si se infringiese un perjuicio a una servidumbre pedial, tendrá el derecho habiente las atribuciones determinadas en el art. 1004". Se refiere aquí a la acción confesoria y hace referencia a la disposición que dice: "Si se hubiese inferido algún perjuicio a la propiedad y no hubiese sido por sustracción o retención de la cosa, podrá el propietario exigir del autor de la perturbación que cese el perjuicio...".

En cuanto a la Publiciana, la otorga para "el que haya tenido la posesión de una cosa mueble, podrá exigir del poseedor actual la restitución de aquélla, si éste no hubiese procedido de buena fe al adquirir la posesión".

Con respecto a los efectos de la inscripción y las acciones a que da lugar, Enneccerus dice que aunque sea inexacta, produce un derecho que puede dar lugar a acciones, igual que la posesión. Si un no propietario vende el fundo mediante contrato nulo, consintiendo en la transmisión y se inscribe la finca en el Registro, a nombre del adquirente, no es sólo el verdadero propietario el que, por el art. 897 tiene una pretensión de rectificación del registro, sino que también el vendedor puede tener una "conditio" para la devolución de la inscripción, o sea, para su propia inscripción, aunque con dicha reinscripción el registro inmobiliario no se convierta en expresión de la verdad jurídica. Asimismo, el que está indebidamente inscripto en el registro, como propietario, del mismo modo que lo está el poseedor de la cosa, a quien se demanda de reivindicación, con arreglo a los arts. 949 y siguientes, está sujeto a la correspondiente indemnización.

De tal forma, que la inscripción juega sólo como una presunción, esto es en principio; la persona que tiene inscripto un derecho real a su nombre, se presume ser su titular, correspondiendo demostrar lo contrario a la otra parte. Esta presunción deriva, precisamente del mencionado art. 891: "Cuando un derecho ha sido inscripto a favor de alguien en el Registro, se presume que ese derecho le pertenece".

De esta manera, todo adquirente de un derecho real, ve garantizadas sus pretensiones y la reivindicación, así como las demás acciones reales, se ven notablemente restringidas por el principio de la fe pública. Sobre el acto abstracto de enajenación y la inscripción, resulta sumamente interesante y valioso el trabajo del Dr. Dassen, publicado en LECCIONES Y ENSAYOS Nº 7.

J. W. Hedman, se expresa diciendo: "La prueba del dominio es difícil y desde hace siglos constituye un problema. En sí misma la propiedad sólo consiste en una representación, en una idea, y por ello, no cabe, por lo general, apostar una prueba sensible de su existencia, antes bien, hay que deducir mediante operaciones mentales, tanto su existen-

cia, como la persona a que pertenece". (Derechos Reales, p. 237 - Versión especial de Díez Pastor y González Enríquez, Edición Rev. de Derecho Privado, Madrid.)

V.— CONCLUSIONES

Frente a la posición de la doctrina y la legislación contemporáneas, surge con cruda evidencia, la dificultad y los inconvenientes, del sistema de la tradición, impuesto por Vélez a nuestro Código. Asimismo, todos los argumentos, que le sirvieron de motivo en su época para omitir la implantación de los Registros como sistema de publicidad, en la actualidad han desaparecido.

La publicidad de los derechos reales por medio de registros territoriales, ha hecho sus pruebas triunfales, y se ha convertido en una necesidad inmediata que confirma la urgencia de una reforma. Y en especial, respecto a las acciones reales, en los países que han adoptado el sistema registral, todas las imprecisiones, dudas y errores a que dan lugar, han desaparecido; incluso, se ha limitado y sistematizado su aplicación, ofreciendo verdadera seguridad económica a la sociedad que rigen.