

**CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL – AÑO
2017**

Indicación de la Comisión: (Proceso civil)

**Derecho Proceso civil: Incidencia del Código Civil y Comercial
en los Códigos Procesales. Otros Temas**

**Tema: 1. ARQUITECTURA DE ACCIONES PROCESALES Y
MEDIDAS CAUTELARES EN DEFENSA DE LA POSESIÓN .**

Apellido y nombre del autor: Maria Celeste Lopez Saez.

Teléfono: 0221 154004611.

**Dirección Postal : calle 409 n° 3037, Villa Elisa, La Plata. CP
1900.**

**Dirección de correo electrónico del autor:
cele_lopezsaez@hotmail.com**

Fecha de nacimiento: 31/08/1989.

**ME POSTULO A LOS PREMIOS DE LA A.A. DE DERECHO
PROCESAL, ART. 7, DEL REGLAMENTO GENERAL DEL
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL N° XXIX.**

**Breve síntesis de propuesta: En presente ponencia abordo
temas atinentes a la jurisdicción anticipada, analizando la
casuística de las medidas cautelares que restituyan la
posesión sobre inmuebles, ello en el marco de acciones
políticas; sustentando la viabilidad de las mismas en una
exegética **Acreditación** análoga de la verosimilitud del derecho
invocado. Analizando la perspectiva desde una arquitectura
procesal análoga a los procesos monitoreos.**

Exordio:

Comenzando a abordar el tema, existen acciones para dos clases de ataques en defensa de la posesión : la llamada Accion Posesoria de Despojo y la Accion Posesoria de Mantener. A su vez, los códigos procesales civiles, en la mayoría de los casos con andamiaje de ideas anteriores al Código Civil, establecieron formas autónomas de protección de estas relaciones fácticas, distintas a las reguladas en las normas de fondo, lo que generó en algunas provincias y a nivel nacional la coexistencia de un régimen de protección procesal con recaudos y alcances distintos a los previstos en la legislación sustancial.

La protección de las relaciones reales es analizada en el contexto del Código Civil, básicamente por las consecuencias que se asignaron, desde antiguo a la posesión y que se extienden hoy a ciertos casos de tenencia principalmente a efectos de evitar la búsqueda de soluciones de “justicia por mano propia”.

La doctrina ha analizado los fundamentos de esta tutela a la posesion, porque para la mayoría se trata de relaciones de hecho. Mas especificamente, hablo de protección de las relaciones reales puesto que esa designación corresponde al género y la de protección posesoria a la especie.

El Estado de Derecho presupone por un lado el monopolio de la fuerza por el Estado, pues descarta que alguien que no sea él ejercite la fuerza. En ese marco, las defensas privadas, las defensas extrajudiciales, deben tener un lugar muy acotado, y paralelamente el monopolio de la fuerza debe ejercitarse con sujeción al Derecho, lo que impone la protección posesoria judicial y que ella deba ser eficaz.

Por otra parte, no debería alarmarnos que las normas no se refieran a las acciones policiales asignándoles esa denominación, pues tal ocurría con el Código de Vélez y ninguna doctrina negaba su existencia. Así las cosas, debemos concluir que la expresión “acciones posesorias”, tal como ocurría en el viejo código, está

usada en un sentido amplio, abarcadora no sólo de las defensas que prodigan las normas a la posesión, sino también de las que se conceden a la simple tenencia. Siempre desde el punto de vista doctrinario se han considerado acciones posesorias (propriadamente dichas) las que tutelan la posesión en cualquiera de sus manifestaciones, y acciones policiales las que también defienden la tenencia. Así veremos que el art. 2241 regula la acción policial de despojo, en tanto que el 2242 se refiere a la acción de mantener. Pues bien, estas últimas son las que la doctrina denomina “acciones policiales”, por ello tienen una legitimación activa amplia que abarca tanto a los poseedores como a los tenedores, según surge de la propia letra de las normas citadas.

Frente a la claridad del dispositivo (“in claris non fit interpretatio”), no es dable buscarle otra explicación. No desconozco que, en definitiva, se encuentra en manos de los reformistas de los distintos Códigos Procesales de las Provincias y de la Nación, la necesidad de adecuar las normas a lo dispuesto en el CCCN, la adopción de una postura que llegue realmente a los estrados judiciales. Y que brinde celeridad procesal y solución efectiva a la conflictiva brindada por la parte damnificada que debidamente pruebe verosimilitud en su pretensión.

Medidas cautelares cuyo objeto principal es la defensa de la posesión .

Estas medidas se dirigen, en general, a la restitución del inmueble y, dispuestas de modo temporario, importan en muchos casos un satisfactorio y definitivo adelantamiento de la pretensión cuyo acogimiento se procura en el decisorio final.

Tampoco advierto que sea de práctica en nuestro foro local procurar la obtención de análogos resultados por vía de cautelares o de la medida cautelar genérica y menos aún planteando la concesión de una tutela anticipada. considero menester incluirlas por cuanto

resultan en extremo relevantes a la hora de pensar en el diseño de un nuevo proceso protectorio.

En primer término, en el marco del interdicto de retener, prevé el art. 613 del CPCCN que “si la perturbación fuere inminente, el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones a que se refiere el art. 37”. Su procedencia se verificará a pedido de parte y bajo apercibimiento de aplicación de sanciones conminatorias en caso de no ser acatada.

El interdicto abarca en el iter procesal, desde la amenaza de perturbación hasta la perturbación en sí y la cautelar cubre sólo la amenaza fundada pero no el hecho en el que la turbación ya tuvo efecto porque no innovar en la turbación significaría seguir manteniéndola. Sin embargo, no habría problema en aplicar la cautelar innovativa en su caso .

En el interdicto de recobrar, el art. 616 del cuerpo citado prevé que “Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.” Esta norma admite entonces la entrega anticipada de la cosa (antes de que se dicte la sentencia definitiva), previo cumplimiento de los requisitos propios de las cautelares: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela. Esta última reviste particular importancia por la posibilidad de que la parte pueda sufrir perjuicios graves o no susceptibles de ulterior reparación. Por ello, es una facultad que debe ejercerse con suma prudencia y cabe diferir su pronunciamiento hasta tanto se conozcan los términos del escrito de contestación de demanda.

Para Falcón se trata de una variante de anticipación cautelar sometida a condiciones específicas que surgen del posesorio por lo que podrá modificarse en cualquier momento (revocando la medida y respondiéndose además por los daños y perjuicios que la misma

hubiera irrogado), con el decisorio final y aún luego del petitorio que podrá modificar la decisión del posesorio.

Medidas Cautelares en Procesos de Desalojo:

Si se analiza también en los procesos de desalojo por intrusión. El art. 616 tiene su paralelo en el art. 680 bis que prevé: “En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar.” Se trata entonces de anticipo concreto de la jurisdicción. Para su dictado es necesaria la prueba clara y contundente de la verosimilitud del derecho pero no el peligro en la demora que se encuentra ínsito en la pretensión instaurada. “Trabar la litis” supone aquí la notificación y no la contestación de la demanda, siempre que haya creado la carga de la contestación.

Falcón critica la solución en el punto por cuanto entiende que, por el carácter cautelar de la medida, no debería requerirse otro conocimiento que el que aporta y debe probar quien la pide.

La norma tiene su origen en el art. 676 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires que en su segundo párrafo dice “El juez sólo ordenará la medida cuando de no decretarse la inmediata entrega del inmueble pudieren derivarse graves perjuicios para el accionante.”

Se le atribuye el carácter de procedimiento preventivo, incluido dentro de los sistemas de anticipación de la tutela sustancial.

Su especial fundamento reside en que, salvo que puede levantarse en cualquier tiempo por improcedente, siempre devendrá en daños y perjuicios por la duración del proceso y ése es el fundamento de la posibilidad de su ejercicio y de la caución, que debe ser real.

Concibiéndolo como tutela anticipada o coincidente y refiriendo al sistema vigente en Provincia de Buenos Aires en el art. 676 bis referido, sostengo en el mismo andamiaje de ideas, que aquí el recaudo de procedencia es distinto de las medidas cautelares puesto que el “peligro en la demora” se sustituye por el agravio irreparable propio de las tutelas de urgencia no cautelares, “lo que no depende de la duración del proceso sino de la naturaleza y características objetivas de la situación antijurídica que se desea remover.”

Es que, de ese modo, se asegura la garantía de la tutela efectiva de los derechos evitando situaciones generadoras de daño irreparable derivado del proceso judicial, siendo a su vez un modo de neutralización del abuso de la defensa.

El recaudo de que la denegatoria del lanzamiento pedido pudiere causar grave perjuicio al accionante, previsto en el Código de Buenos Aires pero no en el nacional como requisito de procedencia, se justifica en el hecho de que sólo la existencia de un grave perjuicio justifica anticipar lo que debiera ser objeto de decisión en la sentencia pues la evitación de ese daño funda la tutela anticipada. Sosteniendo lo expuesto, interpreto que existe una carencia de regulación de este instituto cautelar con naturaleza de jurisdicción anticipada, ello a nivel nacional, contraponiéndose a ese vacío legal, en el código de rito de la provincia de Buenos Aires. A mi entender podría utilizarse el germen de la arquitectura procesal que poseen los procesos monitorios, en legislaciones como la española.

La extensión del uso de la tutela anticipada para los procesos posesorios.

Considero fundamental incluir la posibilidad analizada por Vargas de extender el sistema de la tutela anticipada tanto al sistema interdictal cuanto al de las acciones posesorias. Con un puntual análisis de cada uno de los recaudos de procedencia, hecho que conlleva que las mismas que permiten al juez adoptar una decisión "anticipada" (definitiva o provisional) sobre el mérito de la litis, tratándose de

casos "evidentes" en cuanto al grado de convicción emergente de los hechos constitutivos y, fundamentalmente, de la prueba arrimada. Los requisitos son: urgencia (en sentido amplio, la que considera debe tenerse por sobreentendida en todo pedido de anticipación de tutela), fuerte probabilidad, certeza suficiente, periculum in damni o perjuicio irreparable o daño irreparable, traba de la litis (o que no se haya contestado la demanda), requerimiento de parte, contracautela y reversibilidad. Considero que la regulación integral del sistema protectorio debiera contener de modo expreso no sólo la regulación de la tutela cautelar sino también la de la tutela anticipatoria, haciendo efectiva la garantía de la tutela judicial efectiva. Reiterando la necesidad de contar tutela procesal que se cimiente en la estructura de un proceso monitoreo.

Razones que subyacen al diseño de la protección de las relaciones reales: EL DERECHO JUSTICIA MATERIAL.

Al estudiar el tema de diseño de la protección de las relaciones reales se sustenta en decisiones de política legislativa, que les atribuyen consecuencias jurídicas enmarcándose en concepciones ideológicas, modelos sociales, necesidades de períodos históricos y culturas determinadas así como de los avances del propio derecho en cada tiempo.

La regulación así construida ha ido generando la conflictividad normativa expuesta. Si a lo largo de los siglos ha sido necesario encontrar y exponer "fundamentos de la protección posesoria", ello pone de manifiesto que su concepción no es única ni su determinación pacífica. Entendiendo sin embargo, que ese esfuerzo en la justificación excede ampliamente el campo teórico y resulta necesario a la hora de pensar un diseño normativo concreto.

Con esta tesitura, no se induce que deban abandonarse las modernas tendencias, propugnando justas soluciones, sino que dirigen a la construcción de institutos "ad hoc" pero sí que hay campos que, en la descripción de los supuestos de hecho, presentan

una casuística que es factible determinar y simplificar, diseñando un sistema protectorio accesible que no ponga al litigante y, fundamentalmente, al titular del derecho, en el riesgo de que, teniendo razón, no la obtenga por la inadecuación de la vía elegida.

En este caso, es presupuesto esencial determinar los objetivos perseguidos con la protección de modo, una vez más, que el Derecho brinde respuesta adecuada a la necesidad del hombre concreto.

Nuestro código de rito, netamente liberal y protector de la propiedad, respondió al resguardo de la garantía consagrada desde la propia Constitución Nacional que, desde 1853 y hasta hoy, la declara “inviolable”, sin atribuir idéntica connotación a otros derechos de igual o mayor valía.

Los diseños procesales modernos, dentro de la órbita patrimonial mas precisamente, se dirigen a una tutela eminentemente resarcitoria y protectora de la parte damnificada, gracias a esfuerzos por responder a los nuevos paradigmas protectorios hechos desde la doctrina y jurisprudencia y con los avances efectivamente legislados en su dirección.

Estos modelos procesales liberales adoptaron un tipo de protección posesoria que, sin necesario sustento en la titularidad de un derecho real, existe desde hace siglos, reconociendo en ella las consecuencias jurídicas que le son tradicionalmente atribuidas: protección por acciones propias y posibilidad de usucapir. Vale poner de resalto esta circunstancia porque, la importancia que se reconoce a esta relación de hecho hizo que estas acciones pudieran ejercerse hasta en contra del titular del dominio. En esa línea de sentido, es dable advertir que la usucapión es un modo de adquirir el dominio por el transcurso del tiempo regulado legalmente. Con él se premia al poseedor diligente para permitir la circulación de la riqueza y, dando al titular real la posibilidad de amplia y sostenida defensa de su derecho a lo largo del tiempo, se admite también que la pérdida

cuando no lo ejerce. Claramente está reconociéndose una función altamente relevante a la posesión y dirigida a hacer efectivo su fin más social.

Por ello, al pensar en la protección de las relaciones reales, el objetivo puede dirigirse sólo a la interdicción civil de la violencia pero también puede mirar un poco más allá protegiendo a quien, en el marco del mismo sistema legal, se encuentra en el ejercicio de una relación que, consolidada en el tiempo, va realizando los extremos requeridos por la norma a ese efecto. Me inclino en las escuelas de los maestros que propugnan diseños procesales y fundales que sean compatibles con la mejor tutela de los derechos, con la tutela eficiente y eficaz.

Para ello considero importante identificar cuáles son los derechos o hechos protegidos y simplificar las vías para hacerlo. Creo absolutamente relevante la consideración de que la protección de las relaciones reales se dirige a la del Estado de Derecho, aplicable en todos los casos. En esos términos es posible exponer que el motivo que subyace en la protección interdictal o policial es evitar la violencia privada, lo que justifica impedir que lo discutido por interdicto o acción policial pueda reeditarse por otro proceso posesorio.

Axiológicamente, entiendo que la provisoriedad de la primera escala protectora actual (acciones policiales e interdictos) se corresponde también con el encomiable pero específico objeto que se persigue y que conferir protección mayor a la relación que revela alguna estabilidad y, por tanto, potencialidad para revestir otra función (acciones posesorias propiamente dichas), se dirige a un distinto orden en la selección de los motivos de política legislativa.

En efecto, si se reconoce que la posesión, con las complejidades que se derivan de su carácter esencialmente fáctico, tiene aptitud para llegar a la adquisición del derecho real por el transcurso del tiempo, claro es que habrá de prestarse especial atención a su

protección (sustentada sólo en esa relación de hecho) durante la etapa que se comprende desde su comienzo y hasta el momento en que se cumpla el plazo necesario.

Si se reconoce que la propiedad reviste actualmente función social, que el derecho a la propiedad se ha consagrado como derecho humano y que aún en nuestro sistema civil el propietario que no ejerce sus derechos puede perder el dominio por la prescripción adquisitiva de un tercero, siendo ésta una figura que integra el propio ordenamiento.

Se advierte con claridad la necesidad de simplificar el sistema en todos los demás casos y de no duplicar vías para la misma discusión de fondo así como la necesidad de atribuir a las resultas de estos procesos el carácter de cosa juzgada material.

En sus Fundamentos se sostiene, notoriamente, que “Tal vez técnicamente hubiera sido más completo el ejercicio académico de aclarar pero manteniendo un doble juego de acciones, unas denominadas policiales y las restantes conocidas como acciones posesorias propiamente dichas. A ello se agregarían las de obra nueva en sus dos variantes, más algunas otras como el daño temido, etc.

No obstante, la normativa debe existir para actuar en una sociedad moderna, rápidamente, a fin de restablecer la situación fáctica violentada. Sin dejar ninguna situación desprotegida, debe prevalecer lo práctico sobre lo académico”.

Como óptima solución, a mi humilde entender, la legislación procesal debería adaptarse a la sustancial para no sufrir tacha de inconstitucionalidad alguna y brindar seguridad al sistema. Para ello que se establezca en el Código Civil como requisito sustancial de la demanda la carga de describir los hechos en que el actor funda esta especial legitimación, describiendo su posesión “consolidada” o “calificada” con especificación de las razones por las cuales la

acción única o general resultaría inviable para la solución de su caso.

De ese modo, el juez podría disponer el rechazo in limine cuando el litigante no cumpla con la carga o no satisfaga sus condiciones, sin perjuicio de que pueda, en su caso, reconducir la postulación en la única acción. Más allá de la regulación prevista, se entiende que una solución de tal naturaleza evitaría la deducción de inútiles acciones que pretendan fundarse en el supuesto de hecho previsto en el art. 2775, reduciendo su campo de aplicación al supuesto tu supra comentado.

CONCLUSIÓN: La arquitectura procesal en la actualidad direcciona sus lineamientos para crear procesos expeditivos que conlleven a soluciones pragmáticas a las contiendas de los justiciables. En ese orden de ideas considero que el Instituto cautelar previsto en el art. 676 ter del CPCC de Bs. As debería hacerse extensivo a acciones policiales como interdictales o posesorias, toda vez que se lograría celeridad en las resoluciones a conflictos que no necesitan mas análisis luego de trabarse la litis. Todo ello atendiendo a la naturaleza especial de estos procesos donde tan solo se dilucidan situaciones atinentes a la posesión y no al dominio. Ello sustentado la arquitectura procesal de un proceso monitorio, cuyo germen data de legislación europea, pero de naturaleza cautelar, cuyos efectos sean jurisdicción anticipada.

Bibliografía:

- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Autores varios, Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011) en www.derechocivil2011.com.

-Alterini, Jorge H., Protección Posesoría en “Cuestiones Esenciales de Derechos Reales”, p. 9 y 10, Obra Colectiva, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.

-Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. VI, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.

- Libro de Ponencias Generales y ponencias Seleccionadas, Congreso Nacional de Derecho procesal Jujuy 2015.