

**CONSIDERACIONES ACERCA
DE LAS ACCIONES REALES:
CÓDIGO CIVIL Y SUS FUENTES**

*Comunicación efectuada
por la Profesora Dra. Emma Adelaida Rocco
en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
en la sesión privada extraordinaria del 10 de junio de 2011*

CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS ACCIONES REALES: CÓDIGO CIVIL Y SUS FUENTES

Profesora Dra. EMMA ADELAIDA ROCCO*

I.- Introducción

La presente comunicación nos permite dilucidar las profundas divergencias doctrinarias¹ –originadas por las interpolaciones hechas al derecho romano clásico por los compiladores del derecho justiniano que consideraban que el usufructo, el uso y la habitación eran servidumbres personales; por el contrario, en el derecho romano clásico el usufructo, el uso y la habitación, eran derechos reales distintos del derecho real de servidumbre–, acerca del ámbito de aplicación de las acciones reales: acción reivindicatoria, acción confesoria y acción negatoria, al remitirnos a las principales fuentes de las mismas que son Robert Pothier, en su *Œuvres de Pothier. Traités du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Tome Dixième², y Augusto Teixeira de Freitas, especialmente, en su *Esboço*³, y, también, en su *Consolidação*

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular Regular de la Universidad de Buenos Aires.

Condecorada con la Orden de Miembro Honorario del Ilustre y Bicentenario Colegio de Abogados de Lima, Miraflores, Perú.

¹ Para un desarrollo completo del tema ver Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes. Incidencia en la práctica*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011.

² Pothier, Robert, *Œuvres de Pothier. Traités du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Tomo 10, 9ª edición, París, 1821.

³ Ver Freitas, Augusto Teixeira de, *Esboço*, publicado en nuestro país como *Código Civil. Esbozo*, Río de Janeiro, Typographia Universal de Laëmmert, 1860-1865, y traducción sin indicación de autor bajo el título: *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1909.

das Leis Civis⁴, utilizadas por nuestro Codificador en la redacción del Código Civil, y, cuyos efectos tienen incidencia en la práctica.

II.- Análisis de las fuentes y su cotejo con la normativa del Código Civil⁵

El análisis de las fuentes y su cotejo con la normativa del Código nos conduce a una cabal comprensión de la misma.

Remitirnos directamente al estudio y al análisis de las fuentes del Código, especialmente las *Œuvres* de Pothier⁶ y el *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas⁷, nos permite una interpretación acabada de la normativa de las Acciones Reales disipando controvertidas posturas doctrinarias, cualquier hesitación o duda de las mismas, en el tratamiento de las acciones reales: acción de reivindicación, acción confesoria y acción negatoria, y a explicitar los conceptos: existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, mencionados en el art. 2756 del Código Civil.

1.- *Ámbito de aplicación de las acciones reales: doctrina actual*

Esas diferentes posiciones doctrinarias⁸ se advierten, particularmente, tanto en el ámbito de la acción reivindicatoria que la doctri-

⁴ Ver Freitas, Augusto Teixeira de, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª edición, Río de Janeiro, 1896.

⁵ Ver Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes. Incidencia en la práctica*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011.

⁶ Pothier, Robert, *Œuvres de Pothier. Traités du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescriptio qui résulte de la possession*, Tomo 10, 9ª ed., París, 1821.

⁷ Freitas, Augusto Teixeira de, *Código Civil. Esboço*, Río de Janeiro, Typographia Universal de Laëmmert, 1860-1865, y traducción sin indicación de autor bajo el título: *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1909. Del mismo autor *Consolidação das Leis Civis*, 3ª edición, Río de Janeiro, 1896.

⁸ Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 3ª edición, TEA, Buenos Aires, 1946, Tomo II, N° 2029, y N° 2031, pág. 452 y siguientes; 4ª edición TEA, actualizada por Manuel Argañarás, Buenos Aires, 1959, Tomo III, N° 2151, nota 4, pág. 757, quienes circunscriben a la tutela de la acción reivindicatoria sólo al dominio y al condominio, en caso de desposesión, la acción confesoria cumple la misma función en relación a los restantes derechos reales y la acción negatoria tutela a todos los derechos reales incluidas las servidumbres cuando la lesión es menor a la desposesión. Dichas confusiones surgen del *Digesto*, Libro VIII, Título I, Ley 1, donde se lee: "Las servidumbres o son personales, como el uso y el usufructo, o reales, como las servidumbres de los predios rústicos". En el *Digesto*,

na mayoritaria actualmente, considera que nace de **todos** los derechos reales que se ejercen por la posesión frente a actos de desposesión sufridos por el titular de los mismos sobre cosa mueble, o sobre cosa inmueble; y la influencia que tuvo la reforma del Código Civil realizada por la ley N° 17.711 de 1968, al art. 1051 del mismo cuerpo legal, en relación a “los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”, como en el ámbito de la acción confesoria.

El ámbito de aplicación de las acciones implica establecer qué derechos tutelan, protegen, y los supuestos de hecho en que esos derechos son impedidos.

Los derechos reales tutelados tanto por la acción negatoria como por la acción de reivindicación son los mismos, como surge de lo expuesto por nuestro Codificador, Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2800 del Código Civil, la diferencia radica en la extensión de la lesión que el titular del derecho real ha sufrido por parte del demandado: si éste –demandado– ha privado de la posesión al titular del derecho real, este último –demandante– debe interponer la acción reivindicatoria, de tratarse, por parte del demandado, de un “ataque de una importancia menos grave” –conforme nota al art. 2800 del Código Civil– (actos de turbación, como veremos infra), deberá interponerse la acción negatoria –conforme nota al art. 2800 del Código Civil–. En consecuencia, los derechos reales que no están tutelados, protegidos, ni por la acción de reivindicación –que se interpone frente a actos de desposesión–, ni por la acción negatoria –que se interpone

Libro VII, Título I, Ley 14, Paulo señala: “Las servidumbres de los predios rústicos, aunque son inherentes a cosas corporales, son no obstante incorporales, y por eso no se adquieren por el uso, o bien porque las servidumbres son tales, que no tienen cierta y continuada posesión; porque nadie puede transitar tan perpetua y continuamente, que parezca que en ningún momento se interrumpe su posesión. Lo mismo se observa también respecto a las servidumbres de los predios urbanos”.

La doctrina actual mayoritaria iniciada por Allende, Guillermo, en “Ámbito de aplicación de las acciones reales”, *La Ley* 89-794 y en “Panorama de los derechos reales”, *La Ley*, Buenos Aires, 1967, pág. 288 y siguientes, y pág. 327 y siguientes, afirma que “...los derechos reales podemos dividirlos en dos grandes sectores: 1) los que están defendidos por la acción reivindicatoria o por la acción negatoria” –nota al art. 2800 del Código Civil–; “2) los que están defendidos por la acción confesoria...”. Seguida por Alterini, Jorge, *Legitimación en las acciones reales*, *La Ley*, 131-88; Mariani de Vidal, Marina, *Curso de Derechos Reales*, ed. Zavallia, Buenos Aires, 1993, Tomo 2, pág. 349, y Tomo 3, pág. 304 y siguientes; Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo I, N° 1480, pág. 468; Arean de Díaz de Vivar, Beatriz, *Curso de derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 436.

frente a actos de turbación—, están tutelados por la acción confesoria —que se interpone cuando se afecta la ‘plenitud’, la integridad, del derecho real, es decir, cuando se afecta alguna de las partes del derecho real—⁹.

Respecto a la acción confesoria, para arribar a una acabada comprensión de su ámbito por la actual doctrina mayoritaria, debemos, indefectiblemente, referirnos a los derechos inherentes a la posesión que comprenden los derechos correspondientes a las restricciones y límites legales del dominio, y de los demás derechos reales de menor contenido, y las servidumbres activas reales; y, a las servidumbres activas personales.

La doctrina actual considera a las servidumbres como derecho real autónomo tal como surge de la letra del Código Civil, específicamente, en el art. 2503, inc. 4°: “Son derechos reales:...4°) Las servidumbres activas”¹⁰.

II.- Derecho Romano

El Derecho Romano ha carecido de una concepción abstracta y general de la acción, de la protección jurídica procesal, y consideró a cada “*actio*” como una individualidad concreta, con un nombre propio. Creó tantas acciones cuantos eran los intereses a tutelar, de manera que cada una de las relaciones estuvo amparada por su propia acción protectora. Derecho subjetivo y acción defensora constituían una unidad, a tal punto que la existencia del derecho dependía casi exclusivamente de la acción específica que lo protegía¹¹.

⁹ Para un desarrollo completo ver Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes. Incidencia en la práctica*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011, pág. 205 y siguientes.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ver Rocco, Emma Adelaida, *Temas de Derecho*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, Capítulo XII, especialmente pág. 184 y siguientes, y pág. 188 y siguientes. Ver Rocco, Emma Adelaida, *Boleto de compraventa. Adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, Capítulo II, parágrafo 3, B) Las Fuentes. El Derecho Romano, especialmente páginas 57 a 58. De la misma autora: Comunicación efectuada el 28 de abril de 2006, en sesión privada extraordinaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XL, año 2006, Buenos Aires, octubre 2007, pág. 221 y siguientes. Véase Peña Guzmán, Luis y Argüello, Luis, *Derecho Romano*, TEA, Buenos Aires, 1962, Tomo I, pág. 493. Ver Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011, pág. 30.

En el Derecho Romano había tantas acciones como derechos subjetivos admitidos por el “*ius civile*”, y distintas situaciones de hecho amparadas por el Pretor¹².

a.- *Derecho Romano: Épocas*

El Derecho Romano comprende desde el año 450 antes de Cristo al año 530 después de Cristo, en ese amplio período se distinguen tres épocas:

1.- *Época Arcaica: del año 450 antes de Cristo al año 130 antes de Cristo*

La época arcaica del Derecho Romano se inicia con la promulgación de la Ley de las XII Tablas hacia el año 450 antes de Cristo –aproximadamente trescientos años después de la fundación de Roma, hecho acaecido en el año 753 antes de Cristo– y, finaliza en el año 130 antes de Cristo, cuando por la Ley *Æbutia* aparece el “Procedimiento Formulario” –*per formulam*– dando inicio a la época clásica¹³.

El sistema procesal de “las acciones de la ley” –“*legis actionis*”– se remonta a los orígenes mismos de Roma, se caracterizaba por su excesivo rigorismo, a la vez que por un estrecho campo de aplicación, pues sólo contemplaba la situación de los ciudadanos romanos, excluyendo a los peregrinos¹⁴.

2.- *Época Clásica: del año 130 antes de Cristo al año 230 después de Cristo*

El Derecho Romano fue elaborado, especialmente, por los juristas romanos de la época clásica –que abarca del año 130 antes de Cristo al año 230 después de Cristo– para el conocimiento de la conducta justa a seguir por los hombres en su relación con la sociedad de la cual son parte integrante.

La época clásica comienza en el año 130 antes de Cristo con la Ley *Aebutia* que sustituyó el riguroso sistema procesal e introdujo el cambio: de las “*acciones de la ley*” –“*legis actionis*”– al “procedimiento formulario” –que tuvo su origen en el ‘*ius honorarium*’ o pretorio, y, en el *ius gentium*– y permitió al Pretor urbano legislar en diversas circunstancias sin tener en cuenta las fórmulas tradicionales¹⁵.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

El “Procedimiento Formulario” creado por la Ley Aebutia, año 130 antes de Cristo, contempló a los peregrinos que habían ido aumentando en Roma, circunstancia ésta que promovió el surgimiento de la pretura peregrina y contribuyó a la creación del “*ius honorarium o praetorio*” para los peregrinos que no eran ciudadanos romanos, creaba acciones, eran las acciones pretorianas creadas por el Pretor¹⁶.

La clasificación de las acciones dada por el derecho romano clásico no tuvo una base sistemática que permitiera agruparlas teniendo en cuenta sus caracteres o elementos comunes, sino más bien constituye un repertorio enumerativo de las acciones que se conocían en una época avanzada de la vida jurídica del derecho romano, esto es, de las existentes bajo el régimen del procedimiento formulario.

La principal clasificación romana de las acciones nos la da Gayo en su obra *Institutas*¹⁷ –único libro escrito en la época clásica que se ha conservado casi completo, sin interpolaciones de los compiladores de Justiniano–, Libro IV, 1, donde se lee: “¿Cuántos géneros de acciones existen?, se considera lo más correcto responder que hay dos: las acciones ‘*in rem*’ y las acciones ‘*in personam*’”.

3.- Época Postclásica: del año 230 después de Cristo al año 530 después de Cristo

En la época postclásica –que va del año 230 después de Cristo al año 530 después de Cristo– entre los años 528 y 535 después de Cristo, se hace la Compilación de Justiniano, designada por primera vez con el nombre de *Corpus Iuris civilis* por Dionisio Godofredo en su famosa edición ginebrina realizada en 1583 por oposición a la legislación canónica que había tomado el nombre de *Corpus Iuris Canonici*.

La Compilación de Justiniano –*Corpus Iuris civilis*– está integrada por: el Código –compilación de leyes, sancionado en el año 529 fue reemplazado por un nuevo Código en el año 534–, el Digesto o Pandectas –contenía la recopilación del ‘*ius*’, creado por la jurisprudencia, sancionado el 30 de diciembre del año 533–, las Instituciones o Institutas –tratado elemental sancionado al igual que el Digesto el 30 de diciembre del año 533– y las Novelas –recopilación de la legislación dictada por Justiniano con posterioridad a la sanción de su Código–.

Las clasificaciones de las acciones de la época postclásica son el producto tanto de la labor de la jurisprudencia postclásica como de la

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ver Gayo, *Institutas*, IV, 1 y 5.

obra posterior de la escuela de los glosadores –conocida como escuela de Bolonia fundada en la Edad Media, a principios del siglo XII, hacia el año 1100, a cuyo frente estaba el gramático boloñés Irnerio que encaró el estudio del Derecho Romano Justiniano realizando sobre el mismo glosas y comentarios–, y de la escuela de los postglosadores, denominada, también, escuela de los comentaristas fundada por Bártolo de Sassoferrato (1314-1357) en el siglo XIV –Edad Media–, que no sólo efectuó comentarios sobre instituciones concretas, sino que glosó, a su vez, las glosas de sus antecesores –los glosadores–.

b.- *Institutas de Justiniano*

Las discrepancias y confusiones doctrinarias, mencionadas *ut supra*, acerca del ámbito de aplicación de las acciones reales provienen de las interpolaciones hechas al derecho romano clásico por los compiladores del derecho justiniano, que consideraban que el usufructo, el uso y la habitación eran servidumbres personales, por el contrario, en el derecho romano clásico el usufructo, el uso y la habitación eran derechos reales distintos del derecho real de servidumbre.

Por ello, debe reservarse la denominación de servidumbres personales para aquellas servidumbres en las que el beneficio es para una persona determinada en los términos del art. 2972 del Código Civil.

Es ilustrativa la lectura de las *Institutas* de Justiniano¹⁸ referente a las acciones, Libro IV, Título 6, parágrafo 1, donde distingue dos géneros de acciones: reales y personales.

Respecto a las acciones reales no menciona ninguna clasificación, es decir, se refiere sin mencionarlas: a la acción reivindicatoria en el parágrafo 1, in fine, del Título 6, Libro IV, y, en el parágrafo 2, a la acción confesoria y a la acción negatoria.

Es en las *Institutas* de Justiniano, especialmente en el Libro IV, Título 6, parágrafo 2, donde se advierte la distinción entre la acción ‘confesoria’ –término que no figura por ser ajeno a los juristas clásicos– y la acción ‘negatoria’; en efecto, se refiere sin nombrarla a la acción ‘confesoria’ que se da contra el que impida el ejercicio de una servidumbre activa, tomando la palabra ‘servidumbre’ en sentido amplio –no clásico–, comprensiva, también de ‘usufructo’, ‘uso’ y ‘ha-

¹⁸ *Institutas* de Justiniano, Libro IV, Título 6 –De las Acciones, proemio: “Nos resta hablar de las acciones. La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe”.

bitación' al decir: "2.- Es igualmente real la acción del que sostiene pertenecerle el derecho de usufructo de un fundo o de un edificio, el derecho de pasar por el fundo del vecino, o de conducir por él agua. De la misma naturaleza –'acción real'– es la acción relativa a las servidumbres urbanas; como si uno dijese tener derecho de levantar su casa por encima de una altura dada, el derecho de vista o de voladuras, de meter una viga en el edificio del vecino" –*Instituta* de Justiniano, Libro IV, Título 6, parágrafo 2, comparar con los arts. 2795 y 2796 del Código Civil–.

Las *Institutas* de Justiniano en el Libro IV, Título 6, parágrafo 2 citado expresa: "También existen relativamente a los derechos de usufructo y de servidumbre rústicas y urbanas, acciones en sentido contrario a las que preceden, como si afirmamos que nuestro adversario no tiene derecho de usufructo, de pasaje, de acueducto, de levantar más alto, de vista, de voladizo, o de apoyar una viga, Estas acciones son también reales, pero negativas..." –comparar con los arts. 2802 y nota al 2800 del Código Civil–.

En nuestro Código **todos** los derechos reales sobre inmuebles que se ejercen por la posesión están protegidos por la acción negatoria cuando se impide la libertad del ejercicio –el libre ejercicio del derecho real mediante actos de turbación –molestia–, y también, el acreedor hipotecario cuando su deudor hipotecario fuere impedido de ejercer libremente su derecho real.

La acción negatoria tutela todos los derechos reales sobre inmuebles cuando se realicen actos de turbación que impidan el libre ejercicio del titular del derecho real –excepto el derecho real de servidumbres activas, así, las servidumbres activas positivas o afirmativas que no se ejercen por la posesión sino por actos posesorios, y, las servidumbres activas negativas que no se ejercen por la posesión ni por actos posesorios¹⁹.

La acción negatoria tutela a los derechos reales sobre inmuebles que se ejercen por la posesión: el dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, anticresis, superficie forestal frente a una lesión menor que la desposesión, es decir, ante un hecho de turbación,

¹⁹ Ver Rocco, Emma Adelaida, *Boleto de Compraventa. Adquisición del dominio. Indivisibilidad impropia e incumplimiento de la obligación de escriturar*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, Capítulo I, parágrafo 10, b) Cargas Reales o Gravámenes Reales, pág. 26 y siguientes, especialmente pág. 29. Rocco, Emma Adelaida, *Temas de Derecho*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Capítulo X, Derecho Real: Concepto y Análisis, pág. 139 y siguientes, especialmente, pág. 146. Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes. Incidencia en la práctica*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011, pág. 36 y siguientes.

molestia que obstaculice la libertad del ejercicio de cualquiera de esos derechos y al acreedor hipotecario del inmueble gravado con el derecho real de hipoteca, titular del derecho real de hipoteca que no se ejerce por la posesión ni por actos posesorios, cuando su deudor hipotecario fuere impedido de ejercer libremente su derecho real²⁰.

²⁰ Ver Rocco, Emma Adelaida, *Acciones reales. Análisis y cotejo del Código Civil con sus fuentes. Incidencia en la práctica*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011, pág. 37.