

# La acción publiciana y el derecho civil argentino:

Abog. María Vanesa Valenti

## Antecedentes:

El principio por el cual toda propiedad emanaba del Estado fue aplicado a las cosas muebles e inmuebles.

La propiedad que pertenecía al pueblo se concedía al Estado y ninguna ocupación creaba un poder legal respecto de ella.

Al principio, se daba a cada patricio un espacio para la casa y el jardín. El padre de familia tenía el disfrute del dominio público cuya extensión aumentaba con cada conquista. Luego, las transacciones entre particulares, asignaciones de tierra a los veteranos, usurpaciones frecuentes y acumulación de riquezas muebles significaron una influencia muy grande sobre la propiedad individual.

Hasta el imperio se mantuvo que la propiedad de las cosas se transmitía bajo la garantía del Estado o de la autoridad constituida por la mancipatio ante cinco testigos representantes a las clases del pueblo o ante el Pretor (in iure cessio). Cualquier otra forma de enajenación daba carácter legal a la propiedad si era realizada ante la nación mediante la usucapio. La posesión públicamente ejercida equivalía al consentimiento de toda la nación.

Por esto aparecen las res mancipi, en oposición a las que se transmitían por la tradición, las res nec mancipi que se remonta a la Ley de las XII Tablas.

La protección absoluta se extendió a todas las cosas menos a las res extracomercium y a los fundos provinciales. Para que se configurara esta propiedad era necesario la capacidad del sujeto, idoneidad del objeto y adquisición conforme al ius civile. Si faltaba un requisito podía estar en el patrimonio como propiedad bonitaria o pretoria pero no tenía garantía del derecho civil. En el derecho de gentes se le da un medio de defensa contra un delito. Era procedente contra el despojante y la reivindicatio podía intentarse contra cualquiera que estuviese en posesión de la cosa.

Con el transcurso del tiempo la analogía entre la propiedad quiritaria y bonitaria era tan grande que Justiniano sancionó su fusión.

## NACIMIENTO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA:

Las cosas que no podían formar parte del patrimonio como propiedad quiritaria por falta de

algún requisito significaba estar ante la propiedad bonitaria.

Los peregrinos no podían adquirir la quiritaria y el pretor le otorga acciones en las que se concedía la *actio furti*, esta causal de incapacidad desapareció por las constituciones de Justiniano.

La transmisión de un inmueble de una provincia configuraba la propiedad bonitaria (provincial). Sobre los fundos provinciales se concedía un derecho de posesión y uso a cambio de una renta anual. Prontamente se permitió la transmisión por actos de última voluntad e intervivos.

Durante el Imperio apareció la *longi temporis praescriptio* que permitió adquirir la propiedad provincial y a los propietarios se le hizo extensiva la protección de la **acción publiciana**.

Al transmitirse una cosa susceptible de dominio quiritario y entre ciudadanos romanos no se podía constituir la propiedad quiritaria naciendo la propiedad *in bonis* (transmisión de res *mancipi* sin las formalidades del derecho civil) o la propiedad peregrina (el pretor daba a una persona poderes análogos a la propiedad civil)

La propiedad *in bonis* y la pretoria podían adquirirse por usucapición si se daba el transcurso de tiempo, buena fe y justo título pasando a ser propiedad quiritaria. En el caso de que el enajenante privara de la cosa al propietario bonitario, el pretor le dio un medio de defensa, la *exceptio doli* contra el enajenante de mala fe que pretendiera desconocer la transferencia realizada.

#### LA ACCIÓN PAULIANA EN EL DERECHO HONORARIO:

En el caso de que el poseedor perdiera la posesión antes que la usucapición o la prescripción fuesen consumadas, no gozaba de protección. Sin ser propietario no tenía acción de reivindicación y su pérdida era irreparable.

Para reparar esta injusticia Publicius concedió una acción fundada en una ficción llamada acción publiciana. Ante la situación de que quién fue privado de la cosa no tuvo tiempo de usucapirla, se fingía que él mismo había llegado a usucapir la cosa, cuando lo real era que el tiempo para que ésta operase sólo había comenzado. La acción publiciana daba a su titular un instrumento de igual eficacia que la acción reivindicatoria concedida al propietario civil. Con esto, el propietario bonitario quedó equiparado al quiritario. Con Justiniano desapareció esas distinción.

La acción publiciana podía tener por objeto toda cosa susceptible de ser reivindicada siempre que su usucapición no estuviera prohibida por la ley. Le correspondía a aquel que adquirió la cosas por justa causa y privado de la posesión. El demandante debía probar su adquisición y posesión por parte del demandado.

La prueba se daba a favor del que había adquirido la cosa por la venta y luego a todo el que había obtenido la posesión de la cosa de una manera no viciosa, con justa causa y a título gratuito. Esta acción la podía ejercer todo aquel que tenía una justa causa de adquisición aunque se aplicaba a los casos en la que el título en que se fundaba el demandante era específico para transmitir la propiedad sin la toma de posesión.

La acción publiciana podía intentarse contra todo poseedor y el simple detentador pero para que prosperara el derecho del demandante tenía que ser superior al del demandado pero si la acción se intenta contra el poseedor sin título o sin buena fe prosperaría sin inconvenientes. Cuando ambos poseían ad usucapionem la acción debía prosperar a favor de aquel a quién se hizo primero la tradición o se daba prioridad al que estaba en posesión. La acción publiciana se aplicó a todas las adquisiciones de derechos reales ex iusta causa.

## LA ACCIÓN PUBLICIANA Y LA PROTECCIÓN POSESORIA EN NUESTRO DERECHO CIVIL:

Uno de los efectos de la posesión son las acciones posesorias que tienen por objeto protegerla, en cuanto éstas otorgan a los poseedores el derecho de defender el hecho mismo de la posesión, pues estas acciones son esencialmente in personam, como lo eran en Roma. Nuestro derecho ha organizado el régimen de protección posesoria tomando como base acciones que tienden a conservar la posesión que ha sido turbada o acciones destinadas a recuperar la posesión que se ha perdido, otorgándose facultades al poseedor para defenderla y recuperarla siempre y cuando actúe en forma inmediata. Se contemplan acciones para proteger la posesión que representan un claro ejemplo de influencia romana, conservando los lineamientos en las defensas posesorias.

El código civil y comercial supera la imprecisa proposición normativa y el cuestionado esquema de acciones tuitivas de las relaciones de poder que presentaba el código civil (producto de la disparidad de fuentes en las que abrevó el codificador), al hacer que queden en el pasado las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la cantidad de acciones disponibles y las legitimaciones para actuar en cada una.

En la nueva formulación, las relaciones de poder dan el derecho a sus titulares de protegerlas a través de dos defensas judiciales y de la defensa extrajudicial.

Se ataca el problema de la pluralidad de defensas posesorias y se simplifica el tema de la legitimación activa.

Para ello, se regula un único juego de acciones posesorias y un ejercicio amplio de ellas por

parte de todo tenedor (interesado y en interés ajeno) o poseedor, aunque sea vicioso (arts. 2241 y 2242 CCyC), de una cosa, de partes materiales de esta o de una universalidad de hecho.

El código civil y comercial otorga solo una acción posesoria de despojo contra el desapoderamiento, es decir, la pérdida de la posesión o de la tenencia (art. 2241 CCyC) y solo una acción de mantener la tenencia o la posesión contra los ataques que impliquen turbaciones de la relación material (art. 2242 CCyC).

Es decir, elimina la categoría de las acciones posesorias en sentido estricto cuyo uso, en el código civil, se reservaba exclusivamente a los poseedores calificados.

Como medio de defensa de la relación de poder, las acciones posesorias pueden ser precedidas entonces de dos clases de ataques que solo se diferencian por el resultado:

la turbación y el desapoderamiento.

De modo similar a la definición que brindaba su antecedente (art. 2496 CC), para la norma en comentario la turbación implica actos materiales de ataque ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o del tenedor, cuando no resulta una exclusión absoluta de la posesión o de la tenencia; por su parte, el art. 2242 CCyC incluye en este ataque a la “amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra”.

Por su parte, habrá desapoderamiento, cuando tales actos materiales tengan el efecto de excluir absolutamente al poseedor en relación al todo o a una parte de una cosa.

El código civil y comercial ya no habla de “despojo” (como lo hacía el código civil) para designar a este modo de agravio, aunque sí mantiene el vocablo al momento de elegir el nombre para la acción judicial contra este ataque.

El cambio implicará el fin de las discusiones sobre el alcance o la extensión del significado de la palabra “despojo”, ya que el desapoderamiento puede considerarse comprensivo de todos los casos de exclusión absoluta, sea por medio de violencia, clandestinidad o abuso de confianza.

Además, la decisión de otorgar las acciones posesorias tanto al poseedor como al tenedor, impide designar a este ataque material como “desposesión”.

El art. 2238 CCyC otorga las acciones posesorias tanto frente a los actos materiales “producidos” como también contra los de “de inminente producción”, en ambos casos siempre que medie intención de tomar la posesión contra la voluntad del poseedor o tenedor.

La inclusión de los actos materiales “de inminente producción” como una de las formas de llevar a cabo el ataque posesorio permite que el poseedor o tenedor se proteja en forma preventiva o anticipada si acredita que el peligro de turbación o despojo es cierto, y explica que la amenaza, fundada de sufrir un desapoderamiento, y los actos que anuncian la inminente realización de una obra constituyan una turbación (art. 2242 ccyc).

#### CONCLUSIONES:

El Derecho Romano nutrió tanto al hombre romano como al de la actualidad frente a cualquier litigio confirmando una vez más la superveniencia del derecho manifestada en la protección de la acción publiciana que, a pesar de que no está nombrada de esta manera en nuestro Código, la finalidad como medio de protección es receptada como tal.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015.
- Arguello, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones, 3° edición corregida, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- Borda, G., Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, Buenos Aires. Perrot, 1974.
- Elguera, E. y Russomanno M., Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1967.
- Mariani de Vidal M., Curso de Derechos Reales, vol. I, de Zavalía, Buenos Aires, 1974
- Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, tomo V, Buenos Aires, Abeledo 1975.
- Peña Guzmán, Luis A. y Arguello, Luis R., Derecho Romano 2° edición, Buenos Aires, TEA, 1966.
- Peña Guzmán, Luis A., Derecho Civil- Derechos Reales, vol. I, Buenos Aires.
- Salas Acdeel y Trigo Represas F., Código Civil y leyes complementarias anotadas, De. Depalma, 2° ed. Buenos Aires, 1974.
- Savigny, Federico C. de, Sistema de Derecho Romano Actual, tr. J. Mejías y M. Poley,

Madrid, Gongora Alvarez, 1879.

- Scialoja, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, Buenos Aires, Ejea, 1954.