

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

28 AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2017

COMISION N° 1 – DERECHO ROMANO

“RASTROS DE LA ACCION PUBLICIANA EN EL CODIGO

CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO”

PROF. ENRIQUE JULIAN MALLO

TITULAR CATEDRA I – DERECHO ROMANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES – UNLP

I.- LA *ACTIO PUBLICIANA* EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano arcaico quien, siendo dueño, perdía la posesión de la cosa podía recuperarla mediante la *reivindicatio*. Pero tal protección no estaba prevista para el poseedor que, sin ser dueño y existiendo una justa causa, hubiera dejado de poseer. Tal injusticia fue reparada cerca del año 67 a.C. por el pretor Quinto Publicio, al incorporar al edicto la conocida como *ActioPubliciana*. Así dice Inst. 4.6.4: "... Pero como en realidad era duro, que en este caso faltara acción, se inventó por el pretor una acción, **por la cual dice el que perdió la posesión, que había usucapido la cosa, y de este modo es suya**; cuya acción se llama Publiciana, porque fue introducida por primera vez en el edicto por el pretor Publicio". El caso contemplado en el edicto se refería al adquirente de una *res Mancipi* respecto de la cual se había omitido la utilización de la *Mancipatio* la *in iure cessio* como modo de adquisición de la cosa.

Ya en el derecho imperial se va a agregar el supuesto de la adquisición *a non domino*, se hubiera aplicado o no la *Mancipatio* la *in iure cessio* de tratarse de una *res Mancipi*. Lo menciona claramente Ulpiano en los Comentarios al Edicto: "Dice el Pretor: Si alguno pidiere lo que por justa causa es entregado por quien no es dueño, y aún no fue usucapido, daré acción"¹

Para casos de adquisición de la posesión por medios distintos a la *traditio* (v.gr.: *pro derelicto*) el pretor otorga una *actioPubliciana utilis*.

Surgen claros de las citas mencionadas, los dos elementos tipificantes de la *actioPubliciana*: la justa causa y la ficción, referida esta al tiempo necesario para adquirir la propiedad de la cosa por *usucapio*, el cual el Pretor ordena se considere como cumplido.²

Si bien es claro como dice Paulo que: "la causa de la posesión es distinta de la usucapión"³, nos referimos a la última, ya que el acto o hecho que hubiera servido como fundamento para la adquisición de la propiedad se encuentra iluminado por la buena fe, entendida como la creencia de que se ha recibido la cosa de quien es el verdadero dueño no lesionándose intereses ajenos. Podemos mencionar a modo de ejemplo la causa *pro emptore* (compraventa), *pro donato* (donación), *pro dote*, *pro herede*, *pro legato*.

¹D. 6.2.1

²GUZMAN BRITO, Alejandro. "Derecho Privado Romano". Ed. Jurídica de Chile, Santiago. 1997, T. I, p. 508

³D. 41.4.2.1

El mecanismo de protección de la posesión elaborado a través de la *actiopubliciana* se despliega como complemento de tutela de la propiedad, por ser la posesión la forma más común de exteriorizarla⁴. Es lo que surge de las fuentes en el siguiente pasaje de Neracio: “La acción Publiciana no fue establecida para que de la cosa se despoje al propietario; y es prueba de ello primeramente la equidad, y en segundo lugar la excepción “si la cosa no fuera del poseedor”, sino para que tenga preferentemente la cosa el que compró de buena fe y por esta causa obtuvo la posesión de aquella”.⁵ Por ello es que en el supuesto de la adquisición *a non domino*, si el demandado es el verdadero dueño de la cosa la excepción *iustidomini*⁶ termina enervando la acción. Por el contrario, de no encontrarnos frente a una adquisición *a non domino*, será la justa causa la que funda la posibilidad de que el actor responda a la excepción del dueño con una *replicatioreivenditæ et traditæ*.

II.- NOTAS DE LA *ACTIO PUBLICIANA* EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Si nos preguntamos si en el Código Civil y Comercial Argentino podemos encontrar una acción equivalente a la *publiciana* del Derecho Romano, la respuesta debería ser negativa. Sin perjuicio de ello, se pueden vislumbrar algunos rastros de esta acción.

Se ven expresados en los arts. 1898 y 1902 del Código Civil y Comercial el justo título como aquel que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto; y a la buena fe como el proceder que demuestra no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho, exigiéndose en las cosas registrables el exámen previo de la documentación y de las constancias registrales, así como los actos de verificación establecidos en el régimen especial. Todo ello como requisitos de procedencia de la adquisición de la propiedad de inmuebles por la prescripción breve (diez años).

⁴CLERC, Carlos Mario “La protección posesoria y el Proyecto de Código Civil y Comercial” publicado en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/lamatanza/pdf/LM_019_CARLOS_CLERC.pdf

⁵ D. 6.2.17

⁶ D. 6.2.16

Plantea, por otro lado, el art. 2238 del Código Civil y Comercial la finalidad de las acciones posesorias, de mantener o recuperar la relación de poder que se tiene sobre un objeto dependiendo si nos encontramos ante supuestos de turbación o desapoderamiento. En este último caso el art. 2241 del Código Civil y Comercial esboza la acción de despojo habilitada para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento, para obtener la restitución de la cosa o de la universalidad.

En el caso de que el poseedor no fuera vicioso y acreditara el justo título y la buena fe (conforme art. 1917 *in fine* del Código Civil y Comercial), el supuesto se acerca al que daba lugar a la promoción de la *actiopubliciana*.

Sin perjuicio de que el art. 1896 del Código Civil y Comercial veda al juez la posibilidad de constituir un derecho real o imponer su constitución, salvo disposición legal en contrario; se puede sostener la existencia de una ficción por la cual el poseedor de inmueble con justo título (registrado) y buena fe, que ejerciera la acción del art. 2241 del Código Civil y Comercial se encontraría en una situación cercana a la de un propietario, tal como si se hubieran cumplido los diez años de la prescripción breve (art. 1898 del Código Civil y Comercial).

III. CONCLUSIONES

1.- Se observa la influencia del desarrollo de la acción publiciana en la regulación de la prescripción adquisitiva breve del art. 1898 del Código Civil y Comercial.

2.- Observamos en el caso de ejercicio de la acción de despojo (art. 2241 del Código Civil y Comercial) por un poseedor de inmueble con justo título registrado y buena fe, una situación similar al cumplimiento ficto del plazo para usucapir de la acción publiciana, que acerca al actor a un lugar equiparable al del propietario.