

TRES VARIACIONES SOBRE EL TEMA DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

(Con especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano)

SUMARIO: I. *Preliminar.* II. *Ambito y estructura de la protección por conducto de los interdictos de amparo y restitutorio.* III. *Los interdictos y los actos de las autoridades administrativas.* IV. *Los interdictos y los actos de los organismos jurisdiccionales.* V. *La protección posesoria y los problemas vinculados al cumplimiento de las relaciones contractuales.*

I. *Preliminar*

Los instrumentos técnicos ordenados a la disciplina de la protección posesoria, en el sistema jurídico (material) de Venezuela, se hallan recogidos en los artículos 782 y siguientes del Código Civil de 1942. La perspectiva histórica de la actual regulación de los medios propiamente tutelares de la posesión (interdictos de amparo y restitutorio), no ofrece en este país, sin embargo, un trazado lineal. En el proceso de codificación venezolano los interdictos de retener y recobrar aparecen regulados en la ley procesal de 1863 (secciones III y IV de la Ley III, Título VI), artículos 12, 13 y 17, fundamentalmente. El primero era conferido al simple poseedor, que acreditara haberse hallado en posesión actual, contra las manifestaciones (exteriorizadas), imputables a un sujeto, de turbarle o inquietarle, o contra la mera tentativa fundada de molestar la posesión. El segundo procedía siempre que la víctima del despojo (legitimado activo "ad causam") demostrara haberse hallado —él o su causante— en posesión, sin calificativo adicional, de la cosa. En ambas hipótesis, las acciones debían proponerse dentro del año de la perturbación o del despojo, salvo, en este último caso, que hubiere mediado empleo de la fuerza. El interdicto de adquirir era reglamentado en la Sección Segunda del Título y Ley citados. El Código Civil de 1867 definía ampliamente la posesión. Con posterioridad, el Código de 1873 protegió la posesión de *bienes muebles e inmuebles* fundada en *justo título*, contra la perturbación o el despojo consumados. El Código de Procedimiento Civil de ese mismo año, lateralmente, tuteló la posesión *legítima* contra los actos de despojo localizables en el seno del "status" (artículo 421) y consagraba, además, de la acción de amparo una verdadera *acción de prevención* (artículo 422). El licenciado Luis Sanojo, sobre la base de la posesión radicada en el justo título concibió la protección, aun contra el propietario y por la vía de los interdictos de retener y recobrar, a favor del poseedor de buena fe, del copropietario (contra el copartícipe autor de la molestia o del despojo y contra terceros), del usufructuario,

usuario y habitacionista (incluso contra el propietario), del arrendatario (contra el propietario y contra terceros), del acreedor anticrédito y del acreedor prendario.¹

La definición de la posesión *legítima* —pero mediante la conjugación de sus caracteres negativos— es consignada inicialmente en el artículo 649 del Código Civil de 1880. No obstante, los interdictos de amparo y restitución seguían gravitando sobre los mismos supuestos creados por los dispositivos técnicos antes aludidos. Al igual que la definición de la posesión legítima estructurada sobre los resortes ya referidos, los linderos de la protección que arrancan del Código de 1873, se mantienen en los Códigos de 1896 (artículos 660, 675 y 672) y 1904 (artículos 672, 681 y 682). La reforma de 1916 abrió las compuertas a un abultado grupo de normas próximas al texto positivo italiano de 1865. Influencia decisiva en este sentido ejercieron los estudios del Dr. Emilio Constantino Guerrero y las observaciones manejadas en la Exposición de Motivos dirigida al Congreso Nacional por el Ministerio de Relaciones Interiores, Dr. Pedro Manuel Arcaya. Al par que se adopta una definición positiva de la posesión legítima, el interdicto de amparo queda reducido a fórmula tutelar de los bienes inmuebles, universalidades de muebles y derechos reales (inmobiliarios) contra la perturbación oriunda de la actuación de terceros. El arrendatario queda legitimado activamente para promover el interdicto de amparo en nombre e interés del arrendador a quien le está abierta la posibilidad de intervenir en el proceso. El interdicto restitutorio, orientado a poner término al despojo *violentó* o *clandestino* de bienes muebles e inmuebles, protege la posesión cualquiera sea su grado. Las modificaciones introducidas por el Código de 1942, actualmente en vigencia, ampliaron de modo considerable el círculo de poseedores “nomine alieno” —no ya sólo el arrendatario— legitimados para promover el interdicto de amparo. En otro ángulo, desaparecen las notas de violencia o clandestinidad como condiciones básicas para la procedencia del interdicto restitutorio. Con anterioridad, la reforma de 1916 había borrado tanto el precepto destinado a la disciplina del interdicto de posesión hereditaria, como las normas de típico corte procesal que organizaban la mecánica de las acciones mencionadas y que fueron incorporadas al Código de Procedimiento Civil de ese mismo año.

Ya en 1916, por tanto, Venezuela queda alineada a la estructura de la posesión y de la protección posesoria insertas en el Código Civil italiano de 1865 con las alteraciones referidas.

En el presente estudio se deja de lado cualquier referencia a los denominados (por el Código de Procedimiento Civil) “interdictos prohibitivos”. De una parte, por cuanto tales medios de defensa procesal difícilmente soportan semejante calificativo. En otra vertiente, porque la tendencia actual (v. Código Civil italiano

¹ Sanojo, Luis. *Insttituciones de Derecho Civil venezolano*, tomo II (reimpresión de la primera edición de 1873). Gráficas Sebastián, Madrid, 1953, pp. 176 y 177.

de 1942, arts. 1171 y 1172), ubica en un rubro distinto de las defensas típicas de la posesión las denuncias de obra nueva y de daño temido.²

La esfera en torno a la cual se desplazan las consideraciones siguientes queda ceñida al tratamiento de la tutela interdictal de un grupo selecto de problemas: los actos de las autoridades administrativas y judiciales y el cumplimiento de los deberes creados por la relación contractual.

II. *Ambito y estructura de la protección por conducto de los interdictos de amparo y restitutorio*

El artículo 782 del Código Civil venezolano, ap. primero (art. 694 del Código Civil italiano de 1865), prescribe la tutela de la posesión legítima ultra anual de los inmuebles, derechos reales (inmobiliarios: de modo expreso, art. 1170 del Código Civil italiano de 1942) y de las universalidades de bienes muebles, contra la molestia posesoria experimentada. La posesión legítima ex-artículo 772 aparece vertebrada exactamente sobre el molde del artículo 686 del Código italiano de 1865. Con esta última observación se quiere indicar que, dentro de los moldes organizados por la acción específica, no inciden los derechos de crédito. A través de la reforma operada en Italia en 1942 la noción de posesión legítima quedó virtualmente aniquilada. Pese a ello, la posesión amparada por este medio típico de defensa se halla condicionada a la ultra anualidad de la posesión —concretada a los derechos reales poseibles con arreglo al artículo 1140 (artículo 1251 del Código Civil portugués de 1967)— no adquirida violenta o clandestinamente. Contrariamente a la última parte del artículo 782 del Código venezolano que da cabida al poseedor infra anual en el círculo de los legitimados activos para promover la acción contra el no poseedor o contra el poseedor por tiempo inferior (v. CC portugués, artículo 1278, Nos. 2 y 3; CC argentino, art. 2477), la Corte Suprema de Justicia³ ha privado de eficacia este precepto por entender que la “colisión” entre el primer párrafo y el apartado final debe resolverse a favor de la ultra anualidad, bloqueando de paso la protección del poseedor contra quien no tenga mejor derecho a poseer (v., por ejemplo, artículo 803 del Código Civil mexicano sobre las acciones de mantenimiento y restitución).

En otro reducto, estima la Casación venezolana, es extraña a la acción interdictal de amparo el lugar ocupado por los derechos reales mobiliarios asimilando una idea defendida en la doctrina francesa con sujeción a la cual la aplicación del artículo 2279 (CC de Napoleón) decapita toda posible extensión del ámbito de

² Borselli, Edgardo. *Denuncia di nuova opera e di danno temuto (diritto civile)*, en “Novissimo Digesto Italiano”, vol. V, pp. 468 y 469. Ya durante la vigencia del CC italiano de 1865, el mismo autor en “Nuovo Digesto Italiano”, vol. IV, p. 718.

³ Sents. de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo) de 4 de noviembre de 1964, en “Gaceta Forense”, segunda etapa, N° 46, pp. 475 y 476, y de 10 de marzo de 1966, en “Gaceta Forense”, segunda etapa, N° 51, pp. 448 y 449.

protección a los bienes muebles aisladamente entendidos.⁴ La modificación observada en el par. 1 del art. 1170 CC italiano de 1942, obedeció —conforme se consigna en los trabajos preparatorios— a la necesidad de evitar trábas a la circulación de los bienes.⁵ Ahora bien, al margen de la discutible aplicación del artículo 794 CC venezolano (adquisición *a non domino* de bienes confiados, por terceros poseedores de buena fe), se reduce ostensiblemente, con auxilio de argumentos de este género, el ámbito de los bienes legítimamente poseídos y susceptibles de quedar comprendidos en el juicio posesorio de amparo. Tanto el concepto de perturbación y el hecho fundante de la acción, como el término de proponibilidad del interdicto (un año a contar de la molestia consumada, siendo insuficiente el motivo fundado para creer que la turbación ocurrirá, a diferencia de la prescripción contenida en el artículo 1652, par. 2 de la LEC española, y descartándose en Venezuela actualmente todo vestigio de la acción de prevención en el sentido del artículo 1276 del Código Civil portugués en vigencia a partir del 1º de junio de 1967) responden a los criterios que suministra el derecho comparado (v., como lapso de caducidad: CC de Etiopía, artículo 1149, Nº 2; CC italiano de 1942, artículo 1170, primera parte; CC portugués, artículo 1282, por vía de ejemplos).

El ingrediente de la molestia (turbación, perturbación) posesoria se resume en todo acto “material o jurídico” constitutivo de una pretensión adversa a la posesión ajena que modifica, restringe o causa un perjuicio al “status” (sin desembocar en el despojo) o limita o modifica la legítima posesión de otro o el modo de ejercicio de esa posesión,⁶ ejecutado sin o contra la voluntad del titular de la misma (expresamente, Código Civil de Etiopía, artículo 1149, Nº 3), puesto que la realización de un proceder ajustado a la autorización otorgada por el interesado no involucra desconocimiento de la extensión, alcance o sustancialidad de los actos posesorios (así, para un reflejo de este predicamento en el derecho venezolano, cfr. artículo 597 del Código de Procedimiento Civil, en sede a la oposición al decreto de amparo —y de restitución— pronunciado en la fase “sumaria” del proceso especial).

El interdicto restitutorio (interdicto de recobrar, acción de reintegración) ensancha el sector de los legitimados activos (cualquier poseedor, artículo 783 CC venezolano) y el ámbito tutelar (bienes muebles e inmuebles sin discriminación alguna).⁷ No reclama, como la acción precedentemente indicada, ultra-

⁴ Sent. de la Casación venezolana de 27 de julio de 1953, en “Gaceta Forense”, Nº 1, segunda etapa, pp. 432 y 433. En Francia, la protección posesoria se limita a los bienes inmuebles; v. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, III-4. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 172, Nº 1458.

⁵ Cfr. Stolfi, Nicola y Stolfi, Francesco. *Il nuovo Codice Civile commentato*, libro III, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1944, p. 513 (Lav. Prep. RRI, n. 210).

⁶ Sent. Cas. italiana de 22 de febrero de 1954, n. 510 y de 28 de mayo de 1953, n. 1587.

⁷ Certad, Leonardo. *Algunos problemas específicos del interdicto restitutorio*, (tesis inédita), Caracas, 1968.

anualidad del “status” posesorio (en contra, Código Civil portugués de 1967, artículo 1278) ni la violencia o clandestinidad de la actuación adversa a los intereses del poseedor, como en los Códigos anteriores (de 1916 y de 1922) y los Códigos italianos de 1865 y 1942. La jurisprudencia venezolana da cabida a la acción no obstante el despojo parcial de la posesión,⁸ pero no exige la actualidad de la misma. Como en los textos derogados, ya en el ámbito histórico, el legitimado activo dispone de un lapso de caducidad (un año), contado a partir del despojo consumado, para proponer la querella (CC argentino, artículo 2493; CG portugués, artículo 1282; CC mexicano, artículo 804). Transcurrido el término, la restitución (o el amparo, en su caso) no podrán pedirse sino en juicio ordinario, salvo que contra el *legítimo poseedor* se hubiere hecho uso de la fuerza. En esta hipótesis límite, el interdicto lo favorecerá en cualquier tiempo (Código de Procedimiento Civil, artículo 606). Distanciado de algunos sistemas extranjeros (CC portugués, artículo 1284, por ejemplo), el procedimiento especial interdictal es extraño controversia sobre los perjuicios experimentados por el poseedor perturbado o despojado. Los daños —y la reclamación de los frutos—contra los autores de los hechos lesivos se deducirán en juicio ordinario (Código de Procedimiento Civil, artículo 604 *in fine*).

III. *Los interdictos y los actos de las autoridades administrativas*

En el presente apartado se silencian referencias más amplias sobre la tutela del “status” posesorio entendido en su dimensión constitucional, como derecho básico, por conducto del *recurso de amparo*. Ello amerita una doble aclaratoria. De un lado, el amparo estudiado en el artículo 49 de la Constitución Nacional venezolana de 1961 (conc. Disposición Transitoria 4 de la ley fundamental), carece en la actualidad de un instrumento de implementación reglamentaria que traduzca en normas objetivas el mecanismo procesal de la protección de los derechos y garantías recogidos en ese texto. De otro lado, la disposición transitoria o aparentemente sitúa la tutela de la *libertad personal* dentro del marco del amparo, y dicta normas provisorias únicamente enderezadas a este objeto, material referible sin dudas al “*habeas corpus*”, como claramente se infiere de la Exposición de Motivos del Proyecto de *Habeas Corpus* elaborado por el Ministerio de Justicia de Venezuela.⁹ Estas circunstancias han conspirado abiertamente para que no exista, aún, una clara tradición en los tribunales venezolanos a favor de la protección de las garantías constitucionales con los auxilios que suministra el recurso y para que, en el campo específico en que se halla colocado

⁸ Sent. Casación venezolana de 28 de mayo de 1957, en “Gaceta Forense”, segunda etapa, N° 16, p. 127.

⁹ Cfr., sobre el particular, Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en “Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, diciembre de 1968, N° 2, pp. 94 y 95.

este trabajo, —salvo excepcionales pronunciamientos— no se lo extienda hasta la protección posesoria contra los actos de las autoridades administrativas.¹⁰

En otros países donde el amparo judicial de las garantías fundamentales ha experimentado un dilatado desarrollo, el recurso se utiliza eficazmente contra actuaciones, adversas a la posesión, originadas por el proceder de autoridades de la esfera administrativa y se reserva los interdictos para suprimir las consecuencias de la perturbación o del despojo imputables a los particulares.¹¹

¹⁰ Una sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 4 de octubre de 1968 (conf. del fallo del Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Penal de la misma Circunscripción) declaró con lugar un recurso de amparo intentado contra la orden de incautación de un vehículo legalmente introducido al país por su propietaria. El Ministerio de Fomento había otorgado licencia de importación a la dueña del bien, pero, con posterioridad, el Director de Comercio del Despacho la revocó, ordenando de paso al Comandante de la Guardia Nacional que procediera a incautarlo. La medida nunca fue ejecutada, por lo que la posesión no llegó a salir de la esfera de actuación de la interesada. De esta forma quedaba insatisfecho uno de los supuestos fácticos del artículo 783 del Código Civil (despojo). El juzgador de segunda instancia consideró, sin embargo, que una orden administrativa, ajena a las funciones específicas de las Fuerzas Armadas de Cooperación, "en nada puede desmejorar o lesionar el ejercicio de derechos ciudadanos por vía policial, menoscabando el goce de los mismos a quien ha cumplido con los requisitos de ley" (para la introducción al país de vehículos adquiridos en el exterior). Fueron aplicados los artículos 49 y 50 constitucionales y suspendido el cumplimiento de la disposición administrativa citada.

¹¹ V., para México, Eduardo Pallares: *Tratado de los interdictos*. Editorial Santiago, México, 1945, p. 39. En Argentina, y en momentos en que el recurso de amparo era de origen y elaboración puramente jurisprudencial: Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique: *Manual de Derechos Reales (Parte general - Posesión - Defensa posesoria)*, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1962, pp. 184 y ss. Advierten Dassen y Vera Villalobos que el recurso de amparo sólo debe concederse en casos de *excepcional gravedad y urgencia* para no invadir esferas que puedan ser objeto de mayor debate y resolubles por los cauces de los procedimientos ordinarios. A la vía de la acción de amparo se recurriría siempre que de modo *claro y manifiesto* aparezca "la ilegitimidad de una restricción cualquiera de los derechos esenciales de las personas así como el daño *grave e irreparable* que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios: administrativos o judiciales" (*op. cit.*, p. 189). En referencia a los fundamentos, antecedentes, reglamentación y críticas a la ley argentina N° 16986 de 18 de octubre de 1966, v., entre otros: Alberto R. Robredo: *La acción de amparo y la reciente ley 16986*, en "La Ley", Buenos Aires, octubre-diciembre de 1966, tomo 124, pp. 1291 y ss. La citada ley declara admisible la acción de amparo "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el *habeas corpus*" (artículo 1). Es inadmisible la acción: a) cuando median otros recursos o acciones de orden judicial o administrativo que permitan la protección del derecho o garantía constitucionales; b) cuando el acto impugnado dimane de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por aplicación de la Ley de Defensa Nacional; c) cuando la intervención del organismo jurisdiccional comprometa la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades del Estado; d) cuando la determinación de la posible invalidez del acto reclame una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, decretos u ordenanzas; e) cuando la demanda sea presentada quince días después de la fecha de ejecución del acto o de la fecha en que debió producirse (artículo 2).

Las direcciones tradicionales habían percibido en el distingo entre actos cumplidos *iure imperii* por la administración pública (en interés de todos los miembros de la comunidad en materias relacionadas con la seguridad, la salubridad, el ornato y el saneamiento) y los actos cumplidos *iure gestionis* (en interés patrimonial del Estado), la piedra angular para predicar la inadmisibilidad de los interdictos en el primer sector, y su admisión, condicionada o no, en el margen opuesto. De esta forma, en Italia, y durante la vigencia del Código de 1865, llegó a negarse entrada a los interdictos contra los actos de la administración pública cumplidos *iure imperii* o con fines de interés público.¹²

Tal dicotomía, considerada en vías de inobjetable superación por algunos sectores,¹³ ha repercutido de modo neto en la doctrina y en la jurisprudencia venezolanas.¹⁴ Los argumentos abiertos a la inadmisibilidad de los interdictos contra los actos de la administración pública, no siguen, sin embargo, una línea ininterrumpida. En perspectiva histórica la discrepancia alcanza el rango que todavía gravita en algunas decisiones de los organismos jurisdiccionales de instancia, en los escritos de dos eminentes juristas nacionales: Luis Sanojo y Julián Viso. “El Foro”, periódico dirigido por el Lcdo. Sanojo, publicó en los meses finales de 1856 las posturas divergentes que abrirían la zona en que se situarían más tarde los tribunales venezolanos. En el pensamiento de Julián Viso la protección posesoria debía fracasar frente a la actuación de las autoridades administrativas en función de un escogido elenco de argumentos:

1) De una parte, la Constitución nacional (art. 8 C Nde 1830 vigente para entonces) mantiene el principio de la *división de poderes*. En el núcleo de poderes reservados al Ejecutivo su ejercicio es desplegado, bien por la aplicación de la ley a los casos particulares, bien en base a su ejecución final con auxilio de las “órdenes de mando” o de los reglamentos (ejercicio de la facultad de reglamentar).

2) Las funciones asignadas al Poder Judicial son de cariz distinto y han de preservarse impermeabilizadas de las que corresponden al poder administrativo. Inversamente, los jueces no pueden turbar las funciones de los cuerpos administrativos.

¹² V., Cas. Roma, sent. de 21 de mayo de 1910 y el grupo de fallos cuyas máximas aparecen en la “Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza sul Cód. Civile” dir. Fadda y otros, tomo III, p. 346, Nos. 156 y ss. También: Cas. Roma, sent. de 7 de diciembre de 1900 ,en “Prima Raccolta...”, III, p. 349, N° 182; Cas Roma, 7 de enero de 1909 y las sentencias citadas en la “Prima Raccolta...”, III, p. 348, N° 168. Aun contra los actos cumplidos “iure imperii”, siempre que resulte la ilegitimidad formal de los mismos, o el exceso de poder (Cas. de Nápoles, 15 de abril de 1904, en “Prima Raccolta...” III, p. 350, N° 195; Cas. Roma, 26 de abril de 1904, loc. cit., p. 350, N° 196).

¹³ Cfr. Certad, Leonardo. *La protección posesoria*, UCV, Facultad de Derecho, Caracas 1964, p. 172.

¹⁴ Cfr. Sent. de la Casación venezolana de 20 de diciembre de 1946, “Memoria” de 1948, p. 298.

3) La independencia de las autoridades administrativas frente a la competencia atribuida a los organismos jurisdiccionales, obstruyen cualquier tentativa de anulación de las providencias emanadas de las primeras por obra de recursos que entorpezcan su acción, como serían los interdictos.

4) Los actos de las autoridades administrativas sólo pueden reformarse por el superior inmediato y no por organismos que no ejercen jurisdicción alguna sobre la administración.¹⁵

El licenciado Luis Sanojo¹⁶ construyó el esquema de una respuesta divergente sobre los siguientes postulados:

1) El Poder Ejecutivo no puede invadir la esfera de actuación de otros poderes. La separación prevista en la Constitución Nacional es incompatible con los excesos a que pueden dar origen los actos de funcionarios del orden administrativo y los cuales integran una materia cuyo conocimiento incide en las atribuciones del Poder Judicial.

2) Los interdictos concedidos contra los actos del Poder Ejecutivo permiten mantener a éste dentro del radio de sus atribuciones.

3) Cuando las autoridades administrativas toman la propiedad "por propia mano", cometan despojo subsumible en el mismo plano en que quedaría ubicado un acto de corte similar cumplido por los particulares.

Abundando en defensa de su punto de vista, Julián Viso juzgaba dividido el poder administrativo en dos sectores: la administración pura y la administración contenciosa. La segunda consiste en el ejercicio del *imperium mixtum* (que envuelve el derecho de juzgar la validez de las oposiciones que emanan de su propia actuación). La primera radica en el ejercicio del *imperium merum* (actos de puro mando, formación de reglamentos para la ejecución de las leyes o aplicación de estos últimos a los casos particulares que se presenten). Los actos de puro mando se adscriben a la administración activa. Los que penetran en la noción de *imperium mixtum* se resuelven por los canales de lo contencioso-administrativo. Con este instrumento Viso reafirmaba, —pese a la rudimentaria formulación de actividades indiscutiblemente más complejas— su actitud inicial negativa: los interdictos quedan descartados cuando las providencias a que afectan han sido libradas dentro de la esfera de atribuciones de la autoridad administrativa "por cuanto las disposiciones dictadas (por ellas) en negocios de sus atribuciones forman estado".¹⁷ Lo que apuntaba entonces a manera de abismo insondable entre el pensamiento de Sanojo y Viso surge, sin embargo, como prin-

¹⁵ V., "El Foro", N° 12, de 15 de septiembre de 1856, pp. 100 a 103. Los trabajos de Sanojo y Viso fueron reproducidos en la obra "Estudios Escogidos" (selección y prólogo de Gert Kummerow), Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, Caracas, 1959.

¹⁶ "El Foro", N° 13 de 1º de octubre de 1856.

¹⁷ "El Foro", N° 15 de 15 de octubre de 1856.

cipio de coincidencia.¹⁸ En efecto, Sanojo llega a convenir¹⁹ en la inadmisibilidad de los interdictos contra los actos de las autoridades administrativas desplegados dentro de su radio específico de atribuciones, no así en el supuesto contrario. Punto de partida, además, de toda la ulterior construcción jurisprudencial.

Todavía en la segunda mitad de este siglo, el Dr. Alfonso Mejía sostuvo la tesis radicalmente adversa.²⁰ Para su ángulo visual, las lesiones inferidas a los intereses posesorios de los particulares están dotadas de una vía distinta para proponer la reclamación contra el acto ilegítimo. La distinción entre actos cumplidos *iure imperii* y los actos cumplidos *iure gestionis* (Venzi) aporta un matiz adicional a la argumentación de Mejía. Por otro lado, el Poder Ejecutivo dispone de facultades legalmente apuntaladas para desplegar su actividad en la creación, funcionamiento y vigilancia de los servicios públicos,²¹ y cualquier obstáculo oriundo de las acciones esgrimidas por los particulares en sede interdictal, supondría no solamente una traba susceptible de originar graves daños a la administración pública, sino el desconocimiento de la autonomía reconocida a los Poderes en el desempeño de funciones que les son propias. Los actos administrativos de autoridad con llevan su inmediata ejecución, la cual no podría quedar paralizada por ninguna acción posesoria.

Un examen elemental de los pronunciamientos de diversos organismos jurisdiccionales en Venezuela autoriza a considerar no sólo superados los criterios extremos a que antes se alude, sino incluso a descubrir tentativamente los fundamentos de una doctrina hoy dominante. En el estado actual de la orientación jurisprudencial es descriptible una escisión entre los actos *discretionales* de la Administración Pública y los actos que la misma Administración despliega con sujeción a determinados cauces que la ley demarca. Estos últimos serían impugnables con auxilio de los interdictos cuando sean contrarios a la normal posesión de los bienes y no estén apoyados en un dispositivo técnico, o si se hubieren dejado de cumplir los trámites predisuestos en el ordenamiento jurídico para su realización. Frente a los primeros restaría sólo la indemnización de los daños experimentados por la víctima.²²

El esquema trazado revela un notable paralelismo entre la jurisprudencia venezolana y la doctrina de los tribunales de otros países. De esta manera, en

¹⁸ Certad, Leonardo: "La protección posesoria...", p. 170.

¹⁹ "El Foro", N° 15 de 15 de octubre de 1856.

²⁰ Mejía, Alfonso. *Las acciones posesorias son inadmisibles contra los actos administrativos de autoridad*, en "Revista de Derecho y Legislación", Nos. 496-497, Caracas, 1952, pp. 163 y ss.

²¹ Mejía, Alfonso: *loc. cit.*, p. 170.

²² Cfr. Sent. de la Casación venezolana, de 20 de diciembre de 1964, Memoria de 1948, p. 298. Vr., también, sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial de 10 de abril de 1954, en "Jurisprudencia de los Tribunales de la República", vol. IV-2, p. 148; y sentencia del Juzgado Superior de la Primera Circunscripción Judicial de 6 de mayo de 1956, en "Jurisprudencia de los Tribunales de la República", 1956, p. 579.

Italia, donde la Corte de Casación acabó por excluir las acciones posesorias frente a la Administración Pública aun cuando la actuación lesiva carezca de la formal providencia administrativa y cualquiera sea la naturaleza del proceder adverso a la posesión.²³ Expresamente vedados se hallan, también en Italia, los interdictos contra los actos de la Administración Pública en materia de *aguas públicas* (artículo 141 T.U. de 11 de diciembre de 1933, n. 1175), e implícitamente en el artículo 1145 del Código Civil. Los fundamentos que alimentan el viraje de la Casación italiana soportan la siguiente descripción:

A) La acción posesoria supondría que, a través de la remisión *in pristinum* del estado de hecho anterior a la perturbación o al despojo se revocara o modificara la providencia administrativa, lo cual no está permitido al juez ordinario.

B) Un juicio similar fallaría en su base cuando la Administración Pública actúe *iure privatorum*, en los casos en que no media un acto administrativo, o porque la Administración haya actuado fuera del ámbito de sus poderes en forma absoluta.²⁴

Pero la inclinación actual de la Suprema Corte italiana incide sobre uno de los problemas más agudos que plantea el ejercicio de las acciones interdictales en un ámbito semejante: el de la calificación y (posterior) revocación o modificación del acto administrativo en jurisdicción ordinaria. Esta singular arista se revela en dos sentencias de la Sez. Unica de 8 de mayo y de 18 de julio de 1967.²⁵ Con arreglo al primer pronunciamiento, las acciones interdictales contra los actos de la Administración Pública son inadmisibles no sólo cuando se trata de un acto administrativo formal sino aun contra un simple comportamiento *material* destinado a satisfacer fines públicos y de general interés cuya prestancia inhibe su revocación o modificación por parte del juez ordinario. En referencia al segundo, los actos cumplidos por un órgano administrativo incompetente para emitirlos —indiscutiblemente viciados de ilegitimidad— son impugnables en la esfera de la jurisdicción administrativa, pero producen (entretanto) efectos propios referibles a la Administración Pública. En coherencia con la regla que veda al juez ordinario revocar o modificar las providencias de la autoridad administrativa, so pretexto de dar cabida a la acción posesoria, el límite de discusión

²³ Tentolini, Ottorino: voz “Azione possessoria (Diritto Amministrativo)”, en “Novissimo Digesto Italiano”, vol. II, p. 140.

²⁴ Cas. italiana, sents. de 8 de abril de 1954, 29 de octubre de 1957, 11 de abril de 1964, 5 de diciembre de 1963 y 27 de noviembre de 1963. Por este conducto cuando la autoridad pública, con violencia o clandestinidad, suprime un estado de hecho sin emitir el acto administrativo regular que justifique su voluntad de actuar con una finalidad inherente a sus atribuciones, los particulares pueden insurgir contra el proceder lesivo de su derecho mediante el juicio posesorio, y al juez ordinario no está vedado examinar si dicha actividad penetra en los poderes discrecionales del ente público o si existe un acto administrativo regular (Cas. italiana, 29 de octubre de 1957, n. 4197. En doctrina argentina, v. Dassen-Vera Villalobos: *Manual de Derechos Reales*..., p. 179).

²⁵ Sent. de 8 de mayo de 1967, en “Mass. Foro Italiano”, 1967, col. 242; sent. de 18 de julio de 1967, en “Mass. Foro Italiano”, 1967, col. 513.

sobre las atribuciones de que está dotada la administración aparece dibujado en forma similar en la sentencia de la Casación venezolana de 28 de julio de 1916.²⁶

La jurisprudencia y la doctrina españolas reconocen la protección posesoria a favor de los particulares “siempre que la administración no haya obrado con arreglo a sus facultades legales”.²⁷ A renglón seguido de este aserto, sin embargo, los comentaristas se han apresurado a dejar constancia de las profundas limitaciones originarias del plano legislativo, las cuales reducen en alto grado el derecho atribuido a los particulares de solicitar amparo de la jurisdicción ordinaria contra los actos de la Administración.²⁸ En el reducto de las reservas doctrinales las acciones resultarían, todavía, improcedentes en España cuando las providencias administrativas, dictadas dentro del círculo de atribuciones del órgano y en materia de competencia de la Administración²⁹ hayan causado efecto, siempre que los interdictos resulten contrarios a las mismas. Se excluyen las simples permissiones conferidas a los particulares, círculo éste donde sería inoperante el calificativo de “providencia” a los efectos de la actuación,³⁰ aserto que halla acogida en Venezuela, al menos en la jurisprudencia de los tribunales de instancia,³¹ y en la doctrina francesa,³² en la cual, no obstante se sigue negando

²⁶ “Memoria” de 1917, p. 231.

²⁷ Cfr. Villar y Romero, José María: *Procedencia del interdicto de recobrar contra la Administración, caso de incautarse ésta de los medios auxiliares de una obra pública*, en “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1950, pp. 977 y 978.

²⁸ De esta forma, la R. Orden de 8 de mayo de 1938 estableció que los Tribunales no pueden admitir los interdictos contra las providencias administrativas, doctrina confirmada por los artículos 1560, par. 2 del Código Civil, 221 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 y 252 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En materia de aguas, y contra las providencias de la administración adoptadas dentro del radio de sus atribuciones, los interdictos son inadmisibles, salvo en la hipótesis de expropiación forzosa si no procediere la correspondiente indemnización (Villar y Romero, José María: *loc. cit.*, p. 978). En Venezuela, la “Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social” de 1947 (art. 4º) permite a los propietarios a quienes se prive del dominio sin llenar las formalidades prescritas, el ejercicio de todas las acciones posesorias o petitorias para obtener se les mantenga en el uso y goce de los bienes.

²⁹ Jurisprudencia reiterada, según Carmelo De Diego Lora (*La posesión y los procesos posesorios*, vol. II, Ediciones Rialp, Madrid, 1962, p. 139). La postura adversa —cuando la Administración ha actuado en la esfera de su competencia— se entiende sancionada por el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y por el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, entre otras leyes españolas. La privilegiada situación de la Administración cesa “cuando no se ajusta a las reglas de procedimiento establecidas para cada caso” (De Diego Lora, Carmelo: *op. cit.*, p. 141). De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 245.

³⁰ Cfr. Prieto Castro, Leonardo: *Derecho Procesal Civil de España*, tomo II, pp. 61 y 62.

³¹ V., sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Estado Táchira, de 22 de julio de 1966: “La autorización administrativa otorgada por un organismo de carácter público, no puede constituir título justo y auténtico que faculte a su beneficiario para realizar el acto calificado de perturbación o despojo”. La parte motiva de este fallo sintéticamente asevera: a) Las acciones posesorias son procedentes contra todo acto

entrada a los interdictos contra los actos administrativos cumplidos en interés general, por aplicación del principio de separación de Poderes que entraña la irreversibilidad en la esfera civil de los actos de la administración cumplidos en la órbita de su competencia y en ejecución de leyes de policía o de reglamentos administrativos. Tales actos no envolverían, de otra parte, una discusión sobre la posesión y darían origen en todo caso únicamente a una indemnización.³³ Por la admisibilidad se pronuncia, también, la doctrina brasileña, pese a la enorme resistencia comprobable en ciertos fallos,³⁴ y la Corte Suprema de Justicia de Argentina cuando los actos de las autoridades públicas que impliquen turbación o despojo no se fundan en la ley o en "orden administrativo o judicial dictada con arreglo a derecho".³⁵

Todavía se discute acerca de la improcedencia de los interdictos cuando versan sobre bienes del dominio público. En Venezuela, la orientación determinante de la jurisprudencia, sobre la base del artículo 778 del Código Civil, se inclina por la negativa. Es de observar que la norma inserta en el artículo citado difiere de la redacción imprimida al art. 794 del Código civil mexicano. En base al precepto venezolano no se bloquea la existencia del "status" posesorio sobre los bienes cuya propiedad no puede adquirirse, sino los *efectos* (globalmente entendidos) de dicha posesión. Con la doctrina impermeablemente adversa —colindante en las conclusiones que arrojan los textos en los cuales la disposición se amplía— cierto sector de los comentaristas venezolanos se pronuncia por la exclusión de los bienes del dominio público del cerco posesorio, ciñéndose al argumento de la inapropiabilidad de las cosas así etiquetadas.³⁶ En

turbatorio causado a la posesión (legítima) por la Nación, los Estados y las Municipalidades a través de sus funcionarios, o bien por particulares actuando por sí mismos o autorizados por actos o contratos celebrados con la Administración pública, siempre que ellos sean contrarios a la normal posesión de los bienes. b) Se examina, no la legalidad del acto administrativo, considerado en su esencia y origen, sino las repercusiones injustas que del mismo puedan derivar con relación a aquellos que fueron extraños a su nacimiento y perfeccionamiento. c) El juez ordinario no está facultado para resolver sobre la validez o nulidad del acto que dio origen a la acción posesoria. Ello envuelve un pronunciamiento que es del resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

³² Raviart, Emile y Eugene: *Traité théorique et pratique des actions possessoires et du bornage*, Editions Techniques, París, 1948, pp. 109 y 110.

³³ Raviart, Emile y Eugene: *op. cit.*, pp. 110 y 112.

³⁴ V., Fulgencio, Tito: *Da posse e das ações possessorias*, vol. I, Ed. Forense, Río, 4a. edición, 1959, pp. 106 y 107. Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, tomo X, 2a. edición, Editor Borsoi, Río de Janeiro, pp. 296 y 297. En el volumen II de la monografía de Tito Fulgencio se transcriben sentencias de los Tribunales del Brasil contradictorias en la materia (ver pp. 21 y 24, especialmente). La orientación del Supremo Tribunal Federal se inclina hacia la tesis afirmativa (sin que interese la distinción entre los actos cumplidos o no "iure imperii", o que el acto sea manifiestamente constitucional o ilegal). Pontes de Miranda *Tratado...* X, p. 297 (y sentencias del Supremo Tribunal Federal de 6 de agosto de 1930 y de 28 de agosto de 1936 citadas en la obra).

³⁵ Dassen-Vera Villalobos: *Manual...*, p. 183.

³⁶ Parra, Ramiro Antonio: *Acciones possessorias*, 2a. ed., UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1956, p. 137.

la vertiente opuesta militan quienes intentan descubrir la existencia de un sistema de protección posesoria a favor de la Administración en relación a las cosas del dominio público, o a favor de los particulares despojados de bienes de uso público.³⁷ En realidad, si se otorga al artículo 778 una orientación diversa, cabalmente separados los institutos de la usucapión y de la protección posesoria, la regla técnica operaría sus efectos obstructivos en referencia directa a la posesión *ad usucaptionem* y su contenido se hallaría apuntado a la posesión *legitima*, no a la mera tenencia requerida para fundar el interdicto restitutorio. Por ello Certad, al menos en lo que atañe a los interdictos entre particulares, da entrada a la acción de restitución en conexión a las cosas del dominio público en las hipótesis en que es imaginable y probable una relación material exclusiva y autónoma con la cosa (cfr. art. 1145 CC italiano).³⁸

Subsisten aún desniveles en la jurisprudencia en lo que concierne a la peculiar clasificación de los bienes protegidos en orden a su naturaleza. La doctrina (aislada) de algunos fallos de instancia (v. Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal de 21 de noviembre de 1960, en "jurisprudencia de los tribunales de la República", vol. VIII, p. 475, núm. 1, por ejemplo), acepta el interdicto restitutorio como fórmula aprovechable para la tutela de los "derechos públicos subjetivos" de los concesionarios, contra el Estado o contra el concedente en general, o contra cualquier tercero (así, en materia de uso de líneas de automóviles de alquiler, kioscos de plazas públicas, empresas de fuentes de soda en relación al mobiliario colocado en las aceras). De ser esta la postura sostenible, es evidente que no prosperaría la llamada "excepción de demanialidad" esgrimida por el querellado para enervar los efectos de la acción restitutoria.³⁹ Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia cataloga dentro de los bienes del dominio público las costas del mar que por razones de seguridad, fiscales o de navegación, industria pesquera y aprovechamiento de los productos naturales, exigen que el Estado quede investido de un poder de jurisdicción y control indiscutibles (v., artículos 6, 113 y 114 de la Ley de Navegación de 1944), pero estima necesario determinar el límite dentro del cual la protección posesoria no puede ser acordada. Esta labor de medición física la aprecia la Corte en la franja de terreno situada a la orilla del mar y comprendida entre el nivel de la más alta y de la más baja marea.⁴⁰

³⁷ Certad, Leonardo: *Algunos problemas específicos del interdicto restitutorio* (Tesis para optar a ascenso en el escalafón universitario, inédita), Caracas, 1968.

³⁸ V. Certad, Leonardo: *La protección posesoria...*, p. 174.

³⁹ Certad, Leonardo: *Algunos problemas específicos...*

⁴⁰ Sent. de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa, de 13 de agosto de 1964 ("Gaceta Forense", núm. 45, segunda etapa, pp. 231 y ss.) y de 19 de octubre de 1964 ("Gaceta Forense", núm. 46, segunda etapa, pp. 26 a 32).

IV. *Los interdictos y los actos de los organismos jurisdiccionales*

La línea de demarcación exacta entre las posturas se localiza, en Venezuela, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo) de 2 de junio de 1965. El dispositivo de este fallo, en efecto, dio lugar a un viraje de proyecciones notables en relación a la procedencia de los interdictos contra los actos de perturbación o de despojo de la posesión —ejercitada por terceros— originados por la actuación de organismos judiciales. Un semejante cambio de perspectiva, aun en el seno de la jurisprudencia de la Corte, no carecía, sin embargo, de antecedentes. La Casación venezolana, en sentencia de 29 de mayo de 1914⁴¹ subsumió dentro de los actos de desposesión, fundantes de la protección interdictal, la privación de bienes colocados bajo la esfera posesoria de sujetos no citados, oídos y vencidos en los procesos donde fueron dictadas las providencias. Este criterio fue abandonado en sentencia de 21 de octubre de 1929.⁴² El calificativo de *despojo*, en realidad, era inaplicable —como se infiere de la descripción de la parte motiva del pronunciamiento— cuando alguien, “apoyado en una sentencia definitiva que le favorece se ha hecho poner en posesión de bienes poseídos por terceros, aun cuando estos terceros hayan sido extraños al juicio precedente...” Por sentencia de 20 de diciembre de 1946,⁴³ la Corte reinstaura la doctrina opuesta, considerada pacífica —pese a aislados pronunciamientos disidentes de algunos tribunales de Instancia⁴⁴— hasta el citado fallo de 2 de junio de 1965.

Los puntos de sustentación cardinales de la inclinación favorable a la procedencia de las acciones posesorias contra los actos de las autoridades judiciales, pueden reducirse al siguiente bosquejo:

- A) Las acciones posesorias (amparo y restitución, señaladamente), se otorgan sólo a los *terceros* (no a los causahabientes de las partes), víctimas de la turbación o del despojo causados por determinaciones judiciales y ejecución de sentencias.
- B) Quienes actuaron en el proceso en que se libraron las medidas no pueden combatirlas en el recinto del juicio interdictal.
- C) Si bien la legalidad de las medidas resulta indiscutible, las sentencias y providencias judiciales pueden interferir el “*statutus*” posesorio de los terceros.

⁴¹ “Memoria”, de 1915, p. 163 (Sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación).

⁴² “Memoria”, de 1930, p. 233 (Sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación).

⁴³ “Gaceta Oficial”, núm. 197, ext. de 13 de septiembre de 1947.

⁴⁴ Así, entre otras, sentencias de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 21 de octubre de 1963, y del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 30 de septiembre de 1963, en “Jurisprudencia de los Tribunales de la República”, vol. XI (1963), pp. 321 y ss.

D) Los poseedores afectados disponen de varias vías (oposición, tercería...) entre las cuales pueden optar para destruir los obstáculos lesivos a su actuación posesoria, pero otra de estas vías está edificada a base de la protección interdictal no decapitable por la excepción de cosa juzgada.⁴⁵

Contrariamente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de junio de 1965,⁴⁶ provocó el desplazamiento integral de la doctrina hacia una zona absolutamente negativa:

A) La liquidación de las medidas (judiciales) en virtud de los interdictos equivaldría a anular su eficacia plena.

B) El solicitante de las medidas decretadas por la autoridad judicial no ocuparía el rango de perturbador o despojador. Colocados los bienes en manos de un depositario, militaría una duda razonable acerca de su verdadera condición.

C) Hallándose legalmente facultados los organismos jurisdiccionales para dictar y practicar medidas preventivas y de ejecución, sería absurdo ubicar sus actos en el compartimiento de la arbitrariedad generadora de perturbación o despojo.

D) Contra las medidas inoperantes y revocables, los terceros perjudicados disponen, además del juicio ordinario, de dos conductos procesales típicos: la tercería y la oposición incidental.

E) Los límites impuestos a los terceros para formular la oposición al embargo (Código de Procedimiento Civil, artículo 469) se resquebrajarían si se les facilitara una fórmula tangencial como lo es el juicio posesorio.

F) Dos supuestos de la lesión posesoria son concebibles: el general (que opera como supuesto de hecho de los interdictos) y el proveniente de medidas judiciales (preventivas o de ejecución) que rige el mecanismo de la oposición incidental y de la tercería.

En medio de estas estructuras discurre la tendencia moderadora observable en algunas sentencias de Instancia,⁴⁷ que reclama la producción de un requisito esencial: la arbitrariedad de la actuación del organismo. El problema más destacado en sede de esta postura reside en el descubrimiento de los alcances del término. Para ciertos fallos la arbitrariedad radica en el acto "mediante el cual la autoridad, prevaliéndose de su investidura, usa sus funciones con fines ilegales". Para otros la nota señalada emerge sólo "cuando el ciudadano que ocurrió en solicitud de los servicios de la autoridad lo hizo de mala fe, sin

⁴⁵ Cfr. sentencia de la Casación venezolana de 3 de noviembre de 1954, en "Gaceta Forense", núm. 6, segunda etapa, pp. 94 y ss.; Casación venezolana, sentencia de 21 de octubre de 1959, en "Gaceta Forense", núm. 26, segunda etapa, pp. 29 y 30.

⁴⁶ "Gaceta Forense", núm. 48, segunda etapa, pp. 501 y ss. y Kummerow, Gert: *Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II)*, Facultad de Derecho, UCV, 2a. edición, 1969, pp. 203 y ss.

⁴⁷ V., por ejemplo, Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, de 28 de febrero de 1966.

derecho alguno... para buscar apariencias de impunidad en la actuación de aquélla".⁴⁸ Tal aserto aproximaría la resultante a los módulos solutivos puestos en marcha en Italia, por ejemplo.⁴⁹

La respuesta ofrecida por la Corte Suprema de Justicia aparentemente es ilimitada. Sin embargo, en sentencia de 11 de febrero de 1969, dictada en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, debió ser reexaminada —para ratificarla— en vista de los votos disidentes consignados por dos magistrados. Alude el fallo a las incidencias surgidas con ocasión del procedimiento (no contagioso) de entrega material de bienes vendidos. Conforme al trazado del artículo 792 del Código de Procedimiento Civil, la solicitud formulada por el comprador irá acompañada de la prueba de la obligación. El Tribunal fijará día para verificar la entrega y notificará al vendedor para que concurra al acto. Dentro de este último son hipnotizables dos situaciones: a) Que el vendedor o un *tercero* hagan oposición a la entrega fundándose en causa legal. El acto se suspenderá y el vendedor o el tercero (los interesados en general) podrán hacer valer sus derechos ante el juez competente; b) Que no concurra el vendedor o no sea formulada oposición. Dado este supuesto, se llevará a efecto la entrega. Mas resta aún una situación marginal: que los terceros, poseedores de los bienes de cuya entrega se trata, no hayan podido formular oposición. Subsistiría, entonces, la posibilidad de utilizar el procedimiento ordinario en reivindicación. La sentencia casada, de acuerdo con el pensamiento

⁴⁸ V., sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal de 27 de febrero de 1952, en "Jurisprudencia de los Tribunales de la República", vol. II (1952), p. 387, y Certad, Leonardo: *La protección posesoria...*, pp. 158 y 159.

⁴⁹ Las acciones posesorias han vuelto a ser admisibles contra las medidas cautelares y de ejecución "no sólo cuando la intervención del funcionamiento judicial ha sido *maliciosamente* provocada por la parte actora, sino toda vez que la inmisión en la posesión o la perturbación..." haya llegado a ser ilegítima y *arbitraria* como en la hipótesis de ejecución a falta de título ejecutivo o excediendo los linderos en los que el mismo se enmarca, o en fuerza de título inválido o ineficaz (Montel, Alberto: *II Posesso*, 1962, p. 457). V. sentencias de la Casación italiana de 3 de mayo de 1946 (en "Giurisp. Comp. Dir. Civ. 1946, vol. XXII, tomo I, 136 y ss.") y de 28 de junio de 1956 (cit. por Alberto Montel: *II Posesso*, p. 457). "Para que haya despojo por medio de funcionario judicial es necesario que el título ejecutivo, en fuerza del cual se procede, no tenga eficacia contra el poseedor y que la intervención del funcionario constituye la consecuencia de un comportamiento malicioso de aquel que exige la ejecución.

La demostración de la arbitrariedad o de la extralimitación de atribuciones del funcionario incumbe a quien invoca la tutela posesoria, correspondiendo a la actividad del funcionario judicial la *presunción de legitimidad*.

El "animus spoliandi" se concreta normalmente en el intento de sustituir la propia (posesión) a la posesión de otro contra la voluntad expresa o presunta del poseedor, lo que hace irrelevante la buena o la mala fe del despojador.

Tal indagación... asume importancia fundamental cuando el despojo se comete por medio de funcionario judicial y en fuerza de un título, reclamándose en tal caso para la integración del "animus spoliandi", la prueba del *dolo* del autor del despojo" (Cas. italiana, sent. de 30 de junio de 1956, n. 2397, en De Martino, Vittorio-Severino, Massino: *Massimario della Cassazione Civile*, vol. III, Jandi Sapi, ed. Roma, 1961, p. 344).

de la mayoría de los integrantes de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, se había separado ostensiblemente del marco forjado por el fallo de 1965:

A) El interdicto restitutorio no procede contra las *medidas o providencias judiciales*, exorbitantes de por sí del concepto de despojo condicionante de la acción. El despojo es *ilícito*, y lo que la autoridad ejecuta dentro de sus atribuciones adversa este calificativo.

B) No existe razón valedera para contrastar el acto de entrega material de bienes (que tiene naturaleza de acto *judicial*) con las medidas preventivas o con las entregas en ejecución de sentencia, con la finalidad de aplicar la doctrina de Casación en estos últimos sectores.

C) Pese a que constituye materia no contenciosa, siempre que la autoridad judicial intervenga “aun en los casos en que se crea que incurre en *error*, si ha procedido dentro del marco de sus facultades legales, sea en un procedimiento contencioso o en uno no contencioso, se tratará siempre de un acto lícito que, por lo tanto, nunca podrá ser materia de un interdicto de despojo”, quedando siempre abiertas las vías legales para impugnar o contrarrestar la actuación.

Los votos salvados corresponden a dos magistrados que suscribieron, sin reservas, un fallo sobre idéntica materia el 4 de octubre de 1967.⁵⁰ Trasplantan la entrega material a la órbita externa de las motivaciones que abonaron el fallo de 2 de junio de 1965. De un lado, observan, el procedimiento en cuestión no envuelve ejercicio de acción alguna (Casación venezolana, sent. de 7 de abril de 1954)⁵¹ y se localiza al margen de las medidas o providencias a que se contrae la jurisprudencia hoy dominante (medidas cautelares, ejecución de sentencias). La presencia del juez en el acto de consignación de los bienes sólo tiene por objeto dejar constancia auténtica de la negativa del vendedor de hacer la tradición. De otro lado, colocar a los terceros ante la única posibilidad de acudir al procedimiento ordinario (para reivindicar los bienes) sería someterlos a un trámite de dudosa manipulación cuando se trate de bienes muebles, lo cual chocaría contra todos los principios de equidad.

Un fallo de Casación de 11 de diciembre de 1928 (“Memoria” de 1929, p. 946 había liberado las compuertas para predicar la eficacia de la acción interdictal restitutoria, en razón de la entrega material de bienes vendidos, cuando el tercero poseedor no haya consentido en ella, independientemente de la circunstancia de que el juez se hubiere ceñido o no a los requisitos agrupados dentro del ordenamiento normativo. Pero cuando el tercero poseedor estuvo presente en el acto de consignación y no formuló oposición, la vía interdictal queda bloqueada porque el acto judicial carecería de las notas de *violencia o clandestinidad*, observación ésta conformada al tipo legal del artículo 771 del

⁵⁰ “Gaceta Forense”, núm. 58, segunda etapa, pp. 296 y 297.

⁵¹ “Gaceta Forense”, núm. 4, segunda etapa, p. 567.

Código Civil de 1922, no a la construcción del artículo 783 del texto vigente (*supra*, I), pero que parecía reconducir el juicio de la Corte Suprema a los moldes que todavía presiden la jurisprudencia italiana.

Es quizás, por ello, posible pensar —a largo plazo— en un replanteo corrector de los límites inflexibles impuestos por la sentencia de 2 de junio de 1965, que acuda a los recipientes tradicionales de ilegalidad, arbitrariedad o mala fe para predicar de nuevo el mantenimiento o la restitución de la posesión frente a los actos de los organismos jurisdiccionales, no obstante la imprecisión que suele imputársele a argumentos de ese cariz. De todos modos, una revisión de la línea actual no parece inminente.

V. La protección posesoria y los problemas vinculados al cumplimiento de las relaciones contractuales

La doctrina dominante en los Tribunales venezolanos se halla decididamente alineada en el reducto del más franco rechazo de las acciones interdictales cuando se pone en juego problemas conectados a la ejecución, inejecución o interpretación de las relaciones vinculantes creadas por el contrato. Desde este ángulo los pronunciamientos de los organismos jurisdiccionales de Venezuela se suman a criterios que apuntan como denominadores comunes en Italia, Francia y España. En estos países un notable porcentaje de los fallos examinan la cuestión en el segmento del contrato de arrendamiento, tal vez por la mayor frecuencia de los casos destacados dentro de este módulo típico. Los puntos de sustentación medular, hilvanados para sostener tanto la postura afirmativa, como para rechazar de plano la eficacia de las acciones posesorias dado el incumplimiento del contrato de arrendamiento, son sin embargo, proyectables a otros negocios contractuales.

No obstante, este aserto, pronunciado sin discriminación alguna, la doctrina de otros países ha reaccionado en diferente dirección. Al margen de la definida tendencia que Eduardo Pallares anota para México,⁵² donde aún se protege posesoriamente a los sujetos afectados por actos de perturbación o de despojo, abstracción hecha de toda vinculación contractual (v., artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios) —dado el poder de elección conferido al interesado— la argumentación esgrimida por la inclinación favorable se concentra en un elenco selecto de motivos. De una parte, la existencia de relaciones contractuales no decapita el ejercicio de las acciones posesorias. Al lado y coetáneamente a las vinculaciones meramente obligacionales, surgen verdaderas situaciones procedentes del “status” posesorio. Si la jurisprudencia reconoce el ejercicio de acciones de ese género, pese a la mediación de normas contractualmente creadas (de este modo, en la comu-

⁵² Pallares, Eduardo: *Tratado de los interdictos*, p. 123. V., también, pp. 160 y ss., de la misma obra.

nidad, para poner término al despojo cometido por uno de los copartícipes contra otro comunero coposeedor,⁵³ en el usufructo nacido de contrato para recuperar el ejercicio de los actos posesorios desconocidos por el nudo propietario,⁵⁴ como también en el derecho real de uso), es inconcebible la resistencia ofrecida por la misma jurisprudencia en el ámbito de las situaciones jurídicas forjadas por el contrato de arrendamiento, desde luego que la protección interdictal no se ha establecido para resolver el mejor derecho que ostente el término subjetivo que dispone del goce y tenencia del bien, sino para proteger *provisionalmente* el hecho posesorio. Las cuestiones envueltas en el "mejor derecho" pueden ser ventiladas en juicio ordinario. El hecho posesorio indudablemente se halla radicado en el arrendatario (mediador posesorio y poseedor inmediato), sin perjuicio de la postura (posesión de derecho) que atañe al arrendador (poseedor mediato en concepto de dueño).⁵⁵ En otro orden de consideraciones, la circunstancia de que la actuación del poseedor mediato contra el mediador posesorio conforme la violación de un deber contractualmente pactado, no la desvincula del carácter de perturbación o de despojo de la posesión,⁵⁶ y torna "más ilícito el desconocimiento de la posesión en el (poseedor inmediato)".⁵⁷ El pretendido carácter *subsidiario* de la acción posesoria —dado el mecanismo erigido por el ordenamiento normativo para obtener la resolución o el cumplimiento del contrato— se desvanecería cuando se reconozca, por tanto, la protección de la situación posesoria en sí, paralelamente a los resortes procesales específicos de la relación contractual. Este catálogo de argumentos favorables a la tesis afirmativa, admitido en algunos tribunales españoles⁵⁸ y franceses (de inferior jerarquía,⁵⁹ no ha encontrado ambiente propicio en la doctrina de la Casación. En Francia, por vía ejemplificativa, los organismos jurisdiccionales

⁵³ V., Kummerow, Gert: *Bienes y Derechos Reales*, p. 406 y sent. de la Casación venezolana, de 22 de junio de 1959, "Gaceta Forense", núm. 24, segunda etapa, pp. 284 y 285. Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Décima Séptima Circunscripción Judicial, de 14 de abril de 1957, en "Jurisprudencia de los Tribunales de la República", vol. VI-1, p. 873.

⁵⁴ Cfr. Rodríguez-Solano, Federico: *El interdicto de recobrar y las relaciones arrendatarias*, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1944, pp. 927 y 928.

⁵⁵ Cfr. Rodríguez-Solano, Federico: *loc. cit.*, p. 929. Viada López-Puigcerver, Carlos: *Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión*, en "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1955, pp. 824 y 825.

⁵⁶ De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión...*, p. 194. Es esta, también, la tendencia observada en Luis Sanojo: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, II, p. 177.

⁵⁷ Certad, Leonardo: *La protección posesoria...*, p. 62.

⁵⁸ Viada López-Puigcerver, Carlos: *Legitimación activa...*, p. 825.

⁵⁹ Trib. Viv. del Sena, sentencia de 15 de diciembre de 1947. *Gaz. Pal.* 1948. 1.82; Trib. Civ. Sena, sent. de 21 de marzo de 1956. *Gaz. Pal.* 1956.1. 399. Cfr., observaciones de Henri Solus a ambas sentencias en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1948, p. 232 y la misma revista: 1956, p. 558. Consultese, también, Ripert-Boulanger: *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol)*, tomo VI. Trad. de Delia García Daireaux, "La Ley", Buenos Aires, 1965, p. 150.

de instancia han tratado de abrir una brecha hacia la inclinación afirmativa, buscando afanosamente constatar que los actores se limitan a invocar las *vías de hecho* que los han privado de la posesión, con prescindencia de cualquier alusión al título fundante de la relación de mediación posesoria que seguirá siendo un problema ajeno al proceso especial. La Casación Francesa, en todo momento,⁶⁰ dada la indisoluble vinculación de las cuestiones posesorias a la cualidad y al título contractuales que ostentan los querellantes, y por cuanto la molestia o el despojo imputables a los querellados no exorbitan el ejercicio de los derechos y el cuadro negocial en cuyo seno se producen,⁶¹ ha rechazado semejante criterio solutivo. Tal ha sido, a la vez, la línea constante en Italia,⁶² aunque no exenta de críticas.⁶³ Las más agudas discusiones han nacido en este último país, sobre todo, a raíz de las concesiones de agua y de energía eléctrica, en particular, por las relaciones contractuales que conectan a los usuarios y a las empresas suministradoras. En materia de energía eléctrica, la Casación italiana ha puesto de relieve las incidencias del acto de despojo dentro o fuera del ámbito de ejercicio del poder de hecho del usuario. No se discute, por ello, la protección posesoria en esa esfera, pero sí el ejercicio de la tutela, la cual se verifica a partir de la inmisión de la energía en aquella parte de la red (de conducción) en la cual ejerce el usuario el poder de hecho en su propio interés. Con anterioridad, el fluido "in itinere" subyace bajo el poder de la empresa, facultada para evitar su ingreso en la red entera o en la parte de la red en la que se produce la inmisión controlable por el usuario. Un atentado a la posesión como tal resultaría hipotizable sólo cuando el acto que interrumpe la erogación de la energía se consume al quedar ésta a disposición del usuario independientemente de la ubicación del contador. De otra forma, la interrupción del suministro de energía se resolverá en el exclusivo campo del contrato,

⁶⁰ Cfr. Cas. Civ. Primera de 22 de junio de 1965. Gaz. Pal. 6 de octubre de 1965. Cas. francesa de 22 de febrero de 1965. Gaz. Pal. Table analytique, 1965-II, p. 13.

⁶¹ V., comentarios de Henri Solus, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1965, p. 111, y Trib. de Nancy, sents. de 17 de mayo de 1960, D. 1960, 713; París, 26 de marzo de 1962, D. 1962.695, comentario de Henri Solus a la sentencia del Tribunal Civil Sena de 21 de marzo de 1956, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1956, pp. 558

559: el arrendatario no puede pretender que el juez conozca una mera cuestión de posesión "porque la cuestión de posesión que suscita está irremediable y absolutamente ligada a su cualidad y a su título contractual de arrendatario; no puede desligar la primera de las otras por las necesidades de la causa y evadirse a su gusto de las relaciones contractuales que lo unen al demandado, y de las cuales él deriva la posesión que entiende defender; *él no es poseedor sino en la medida en que es arrendatario*. Lo contrario equivaldría a acumular lo posesorio y lo petitorio" (CPC francés, arts. 23 y 25). Sobre el carácter subsidiario de las acciones posesorias, cfr. comentario de Henri Solus a la sentencia de la Cas. Sec. Civ. de 12 de enero de 1949, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1950, p. 522.

⁶² V., De Martino, Francesco: *Possesso*, en el "Commentario del Codice Civile". Lib. III (Della proprietà). dir. por Scialoja y Braca, 1958, p. 610.

⁶³ Gentile: *Possesso*, pp. 128 y ss.

con directa referencia a la inejecución de la relación obligacional, y nunca dentro de las proyecciones tangenciales del "status" posesorio.⁶⁴

En Venezuela, la jurisprudencia fragmentaria en el plano ocupado por el suministro de energía eléctrica, se revela totalmente opuesta a la admisión del interdicto restitutorio, no sólo sobre la base tradicional cifrada en la negativa de trasplantar al debate posesorio las cuestiones adheridas al incumplimiento de normas contractualmente creadas —lo que supondría el pronunciamiento sobre derechos y obligaciones que no cuadran en el juicio posesorio, argumento ya esgrimido exhaustivamente en Francia— sino bajo el pretexto de que el suscriptor no es poseedor de la electricidad sino un simple acreedor de ella en virtud del contrato. La interrupción de la energía eléctrica no quita al usuario la posesión del fluido; le niega únicamente el derecho de usar la corriente "que, por no pasar de su medidor no puede estar en posesión del usuario, sino en la posesión del productor, quien la mantiene almacenada en sus cables o aparatos necesarios y apropiados", lo cual conduciría al absurdo de ordenar la restitución de una cosa no poseída. En otra vertiente, la empresa es propietaria y poseedora de la red. Tal posesión llega hasta el contador lo que de por sí desvirtúa "toda idea de posesión, por parte del usuario, de la corriente eléctrica" (Sent. Cas. venezolana de 11 de enero de 1938).⁶⁵

La trayectoria seguida por la Casación venezolana —que pareció quebrarse incidentalmente y, por cierto, de modo poco explícito en la sentencia de 11 de

⁶⁴ Cas. italiana, 21 de enero de 1957. En sentido coincidente: Cas. italiana, sent. de 30 de octubre de 1957, n. 4222. En relación a la obligación de suministrar agua al inquilino y en el sentido de que no se cometía despojo sino simple incumplimiento del deber contractualmente creado: Cas. italiana, sent. de 18 de febrero de 1956 (De Martino, Vittorio y Severino, Massimo: *Massimario della Sassazione Civile*, vol. III, p. 313). Todavía, por la línea descrita en la sentencia de 21 de enero de 1957, el fallo de la Casación italiana de 22 de junio de 1968, Sez. II, en "Massimario" del Foroto Italiano, 1968, col. 538: la detención o la posesión de la energía eléctrica, tutelables mediante la acción de reintegración, se verifican con la inmisión de la energía donde el usuario ejerzte en su propio interés un poder de hecho. Por la afirmativa, en materia de arrendamiento cuando el arrendador —sin motivo de carácter urgente— priva al arrendatario del uso del ascensor: Pret. de Milán, sent. de 23 de octubre de 1954, en "Rassegna di Giurisprudenza", dir. por R. Nicolo, M. Stella Richter y A. Torrente, Lib. III. Apéndice, Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1962, p. 695.

⁶⁵ "Memoria" de 1939, II, pp. 12 a 17. En contra, pero en doctrina, Montiel González, Rafael: *Alcance de la acción interdictal de despojo, prevista en el artículo 771 del Código Civil venezolano, al servicio de suministro de corriente eléctrica*, en "Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia", núm. 13, 1936, pp. 456 y ss. Parte Montiel González del doble carácter del derecho creado por el suministro de energía: derecho real principal (en cuanto el suscripto tiene el derecho de tomar el fluido y usarlo) y derecho de crédito (por lo que atañe a la obligación de la empresa de suministrar el fluido convenido). La primera forma se erige sobre el poder inmediato y directo sobre la energía el cual reviste un verdadero "status" posesorio, lo que generaría una sección dirigida a recobrarla si la empresa impide tomarla.

agosto de 1952—⁶⁶ ha proseguido invariable hasta los momentos.⁶⁷ El esquema básico de los pronunciamientos aparece colocado con rigurosa fidelidad sobre las premisas esgrimidas por la doctrina extranjera⁶⁸ y por los mencionados fallos de los tribunales franceses. Resulta imposible predecir si una mutación de esa línea rígida influirá en la futura orientación del más alto Tribunal de la República. El artículo 783 del Código Civil —invocado muchas veces en ausencia de toda relación contractual— puede ser utilizado exitosamente para imaginar una solución más técnica y mejor ajustada a la situación posesoria del mediador aun frente al poseedor mediato, siempre que se descubra el verdadero sentido de la defensa, y no sólo el matriz puramente obligacional de los nexos creados.

Gert KUMMEROW
Profesor Asociado de la Facultad
Central de Venezuela.

⁶⁶ "Conforme al artículo 783 del Código Civil, el interdicto *recuperandae possessionis* se da al poseedor de la cosa, cualquier que sea su título, bien sea que se trate de un usuario, usufructuario, arrendatario, acreedor prendario, etc. . . ., pues el texto prevé aun el caso de que la acción vaya dirigida contra el propietario, si es éste el despojador. . . . En razón de esa innovación, los poseedores precarios son tenidos como verdaderos poseedores y benefician de la acción interdictal, pueden pedir que se les restituya en la posesión, aun cuando el autor del despojo lo fuese el propietario. Y ello en vista de que la restitución inmediata al poseedor es medida de orden y tranquilidad social, sin importar el modo cómo haya sido llevado a cabo el despojo.

Carece hoy, pues, del alcance que quiere darle el formalizante la declaratoria de la recurrida, de que los hechos de despojo que da por comprobados se agrega el hecho de que al arrendar G. a P. el terreno que tenía dado en arrendamiento a F. cometió un típico acto de despojo, ya que tal convenio constituye una conculcación del contrato existente entre él y el querelante, que es ley entre las partes y que, como tal, no puede ser violada impunemente" (Sent. de 11 de agosto de 1952, Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación, en Sala de Casación, *Gaceta Forense*, N° 11, primera etapa, pp. 549 y 550).

⁶⁷ V. Cas., sentencia de 6 de agosto de 1957, n° "Gaceta Forense", N° 17, segunda etapa, julio a septiembre de 1957, pp. 150 y ss.; sentencia de la Corte Federal y de Casación de 13 de diciembre de 1949, en "Gaceta Forense", N° 3, primera etapa, p. 236.

⁶⁸ Cfr. Rodríguez Solano, Federico. *El interdicto. . . .*, p. 927.