

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 04 (cuatro) días del mes de diciembre de dos mil catorce, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Edgardo J. Camperi, Carlos M. Cuellar y Emilio Riat, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "CAMPISI, BEATRIZ MÓNICA C/ DE OCAMPO JUANA S/ REIVINDICACION (Ordinario)", expediente 00208-14 (registro de Cámara), y discutir la temática del fallo por dictar -de todo lo cual certifica la Actuaría-, los Señores Jueces emitieron su voto en el orden establecido en el sorteo practicado (fs. 313), respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. Riat dijo:

1º) Que corresponde resolver la apelación interpuesta por la demandante Beatriz Mónica Campisi (fs. 284) contra la sentencia del 07/04/2013 que le rechazó la demanda de reivindicación de límites y de demolición de obra invasiva, y condenó, en cambio, a la demandada Juana Cristina Pessola de Ocampo (fs. 279/283); apelación que fue concedida libremente (fs. 291), fundada por la apelante (fs. 295/299) y sustanciada por la demandada (fs. 304/312).

2º) Que las críticas de la recurrente son atendibles.

a) Lo pretendido concretamente por la demandante fue la reivindicación de una parte de su inmueble por invasión de límites de la demandada y la demolición de lo construido por ésta exclusivamente en la zona invadida.

En los juicios sobre reivindicación se debe establecer quién tiene título para poseer y, en caso de que ambas partes lo tengan, cuál debe prevalecer. El vocablo "título" debe entenderse como causa idónea para adquirir un derecho real que confiera la posesión o como causa idónea para legitimarla, en vez de entenderse como una mera formalidad (ver la nota al artículo 4010 del CCiv). Por consiguiente, tienen legitimación activa todos los titulares de derechos reales que confieren posesión sobre la cosa (artículos 2758, 2772, 2876, 2950, 3227 y 3890 del CCiv), sus acreedores por vía subrogatoria y, por interpretación predominante, todos aquellos a quienes los titulares han transmitido la acción por actos entre vivos o por razón de muerte, aunque todavía no se haya perfeccionado la transmisión del derecho real respectivo, por ejemplo el comprador a quien no se hizo la tradición (incluso cuando se trata de comprador inmobiliario por boleto), el cesionario, el legatario (caso expresamente previsto por la ley: artículo 3775 del CCiv) y el heredero.

La sentencia ya ha juzgado que la demandante tiene título de dueña sobre la fracción efectivamente invadida por la demandada y que ésta no ostenta título alguno sobre esa fracción por no haber acreditado la posesión suficiente para prescribir que invocó como defensa. Justamente por eso la sentencia condenó a la demandada, porque no acreditó título alguno mientras la demandante acreditó el dominio.

Luego, como la demandada no apeló la sentencia y la demandante apeló exclusivamente la alteración del objeto de su pretensión (indemnización en vez de reivindicación y demolición como había pedido al demandar), todo lo atinente a la invasión en sí y a los títulos ya está firme y es ajeno a la competencia de esta Cámara (artículo 277 del CPCCRN).

Lo único por resolver, se recalca, es si corresponde mantener la alteración dispuesta de oficio en la sentencia.

b) Para ser congruente el pronunciamiento debe guardar estricta correspondencia con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes (artículos 34 inciso 4- y 163 inciso 6- del CPCCRN; Alvarado Velloso, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, página 273 y siguientes).

Así, la congruencia se rompe -entre otros supuestos- cuando el fallo se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión o de la oposición (“extra petita”), concediendo o negando lo que ninguna de las partes reclamó; por ejemplo, cuando condena por una obligación de hacer mientras la pretensión versaba sobre una obligación de dar dinero, o la que hace lugar a la resolución contractual con indemnización cuando sólo se había demandado lo primero, etcétera (Lino Palacio y Alvarado Velloso, “Código...”, tomo II, páginas 137 a 140, Rubinzal Culzoni, y sus citas).

La congruencia es la regla técnica de juzgamiento más importante porque su incumplimiento afecta dos requisitos esenciales del debido proceso (artículo 18 de la CN): la imparcialidad de quien juzga (el juzgador altera u omite elementos de la pretensión por su propio arbitrio) y el derecho de defensa (las partes se defienden y prueban exclusivamente sobre lo pretendido y resistido, no sobre otra cosa). Por eso, a diferencia de la doctrina activista citada en la sentencia, proclive a las facultades inquisitivas reñidas con la imparcialidad, debe guardarse con celo la regla de la congruencia, salvo cuestiones de orden público o facultades excepcionalmente previstas a favor del órgano jurisdiccional.

En este caso la condena indemnizatoria no fue pretendida por la demandante, quien se

limitó a pedir la reivindicación de la fracción invadida y la demolición de lo edificado en ella. Además, ¿por qué una condena indemnizatoria y no cualquier otra, por ejemplo una compensación con fracción análoga del inmueble de la demandada u otra alternativa similar? Alterar el objeto implica adoptar un rol de parte, porque sólo la parte puede decir cuál es el objeto digno de su apetencia, interés y conveniencia; mientras la sentencia sólo puede y debe resolver si aquélla tiene o no tiene derecho a tal objeto, haciendo lugar a la demanda o rechazándola sin mutaciones. La sentencia no puede imponerle a quien litiga con razón un objeto no querido ni pedido por ella.

Es indudable que la sentencia procuró una solución equitativa y práctica según el criterio y buena disposición -por cierto destacable- del sentenciante. Pero el órgano jurisdiccional está llamado a resolver si es justa o injusta la pretensión esgrimida, no cualquier otra.

Por consiguiente, es atendible la crítica de la apelante en cuanto advierte un pronunciamiento incongruente con la pretensión y se queja por el rechazo del objeto pedido a pesar del reconocimiento que obtuvo sobre su derecho, es decir sobre el título que la ha invadido y la invasión irregular de su adversaria. Está claro que la cuestión no es de orden público, ni se trata de facultades excepcionales del órgano jurisdiccional que permitan soslayar la regla de la congruencia.

d) Lo pretendido por la demandante tampoco implica un ejercicio abusivo del derecho (artículo 1071 del CCiv).

No se pretende la demolición de todo el quincho sino sólo de la fracción invadida. No se ha invocado ni probado que sea imposible la demolición parcial y consiguiente rediseño de la edificación en cuestión. Al contrario, de acuerdo con el presupuesto acompañado y no negado concretamente (artículo 356, inciso 1º, del CPCCRN), esas obras resultarían de costo moderado (\$ 10.500 en noviembre de 2010: fs. 14). Se trata de una porción relativamente pequeña de demolición.

Con menor razón puede reputarse abusiva la demolición si se repara que la obra es antirreglamentaria y administrativamente insalvable según el peritaje arquitectónico (fs. 167/170). Véase que de acuerdo con el mismo peritaje, la construcción no sólo invadió los límites de la propiedad de la demandante sino que lo hizo de un sector que requería zona de retiro. Por lo tanto, la demandante no sólo ha visto disminuida la superficie de su propiedad sino que, además, para disfrutar del despeje reglamentario con igual amplitud debería añadir a su propio retiro el omitido por la demandada.

Además, la edificación por demoler parcialmente no es siquiera una vivienda sino un

quincho.

Por consiguiente no se aprecia en modo alguno un ejercicio abusivo del derecho reconocido a la demandante. Al contrario, la subsistencia de la invasión aparece como un abuso de la demandada, aunque en ese caso no es un abuso de derecho ya que derecho no tiene.

d) Tampoco hay impedimento alguno para aplicar la norma relativa a la edificación en terreno ajeno por la cual el dueño del inmueble puede pedir la demolición o conservar lo edificado pagando el mayor valor adquirido (artículo 2589 del CCiv).

Es verdad que la edificación indivisible en parte de fundo ajeno torna inoperante la segunda opción, ya que el dueño de la tierra no podría apropiarse de una parte física de las mejoras (en ese caso habría una inoperancia material de la norma). Pero aquí lo pretendido por la demandante es la primera opción que conserva toda operatividad, es decir la demolición parcial. No hay ningún impedimento por lo tanto para aplicar aquella norma a lo efectivamente pretendido, sin necesidad de alterar el objeto de la pretensión.

3°) Que, en definitiva, corresponde hacer lugar a la apelación interpuesta.

Todo lo demás argumentado en esta instancia resulta superfluo, como el destino que vaya o no a darle la demandante a la fracción en disputa, o la existencia de otras confusiones de límites, o el tiempo transcurrido hasta la interposición de la demanda si la prescripción adquisitiva fue desestimada.

Sólo deben tratarse las cuestiones y críticas conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda, sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes (Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera).

Según el Superior Tribunal de Justicia, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, porque basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13).

Así como el Tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión de primera instancia (artículo 277 del CPCCRN) tampoco debe ingresar en capítulos superfluos o abstractos.

4°) Que las costas de la esta segunda instancia deben imponerse a la demandada por no

existir razones para soslayar la regla general del resultado (artículos 68 y 69 del CPCCRN).

5º) Que los honorarios de esta segunda instancia de los Dres. Carlos Aiassa y Valeria Silva (abogados de la demandante) y de la Dra. Mariela Taboada (abogada de la demandada) deben regularse respectivamente en el 30 % y el 25 % de lo que a cada uno se les regule oportunamente por los trabajos de primera instancia, de acuerdo con la naturaleza del asunto y la importancia, calidad y resultado de las tareas (artículo 6, ley G 2212), que justifican las proporciones indicadas (artículo 15, ley citada).

6º) Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: I) REVOCAR el punto 1 de la parte resolutive de la sentencia dictada el 07/04/2014. II) CONDENAR a Juana Cristina Pessola de Ocampo a restituir en 90 días corridos a Beatriz Mónica Campisi la fracción en disputa libre de cualquier mejora, bajo apercibimiento de deshaucio y, en su caso, de demolición a su costa. III) IMPONER a la demandada las costas de esta segunda instancia. IV) REGULAR los honorarios de segunda instancia de los Dres. Carlos Aiassa y Valeria Silva (abogados de la demandante) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de la primera. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Mariela Taboada (abogada de la demandante) en el 25 % de lo que oportunamente se regule por los trabajos de la primera. VI) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría. VII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

A la misma cuestión el Dr. Cuellar dijo:

Por iguales fundamentos a los expresados por el Dr. Riat adhiero a su propuesta.

Precisamente hace muy poco, como tuve oportunidad de sostener ya reiteradas veces siendo Juez del Juzgado Civil y Comercial N° 3, recordé que la aparente puja entre los principios de congruencia y "iura novit curia" debe en mi oponión resolverse -en principio- a favor del primero en orden a privilegiar un valor jurídico genérico como es la seguridad jurídica y otro específico como es el derecho de defensa en juicio.

Corresponde entender por congruencia la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto (Guasp, H., "Derecho procesal civil", T° I, p. 17). Así pues la observancia del principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, al objeto y a la causa que individualizan la pretensión y la oposición requiriéndose especialmente en lo que concierne al objeto que el Juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o

negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas con respeto por sus límites cuali y cuantitativos; de lo cual se infiere que transgrede el principio de congruencia el fallo que excede las peticiones contenidas en la pretensión u oposición (*ne eat Iudex ultra petita partium*), concediendo o negando más de lo reclamado por las partes; aunque ello sin embargo no descarta la posibilidad de que, frente a omisiones secundarias de las partes acerca de puntos implícitamente involucrados en el proceso, el Juez las supla como forma de facilitar el efectivo cumplimiento de la sentencia (Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, págs. 430 y sgts. con citas de fallos; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° I, p. 116 y T° II-C, págs. 39 con infinidad de citas de fallos concordantes; etc.). Como todo lo relativo a los hechos está enmarcado por el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4°, 163 inc. 6° Código Procesal) supone una relación directa, inmediata y necesaria, entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el Juez, aquella debe hallarse en todos los aspectos de la sentencia de forma que medie adecuación del pronunciamiento a los elementos de la pretensión deducida en juicio (CSJN, 20-3-79, JA 1979-IV-217; CNCiv., Sala B, ED 87-609; etc.). La incongruencia se produce porque las partes vinculan con sus escritos en forma total al Juez, estando éste sometido respecto de los hechos al principio dispositivo "*secundum alegata et probata*", sin perjuicio de la facultad que haya ejercido para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, circunstancia esta última que integra los hechos probados aunque no se hubiesen alegado (Serra Domínguez, M., "Estudios de derecho procesal", p. 397). El juicio lógico que constituye la sentencia debe pues formularse de acuerdo con las constancias del expediente y conforme a las acciones deducidas y a lo que resulte respecto a los hechos alegados por las partes (C. 1a. Civ. y Com., Bahía Blanca, Sala II, ED del 30-1-81; CNEsp. Civ. Com., Sala VI, BCNECyC 695, n° 10.356; CNCiv., Sala E, LL fallo 79.437; etc.), por ello reconocer en una decisión judicial una pretensión no reclamada en el escrito inicial vulnera el principio de congruencia de evidente raíz constitucional, pues tiende a asegurar la inviolabilidad de la defensa, razón por la cual el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide por las partes y nada más que sobre lo que se le pide (CNEsp. Civ. Com., Sala IV, ED del 23-3-81; CNCCom., Sala A, ED 18-11-81; CNCiv., Sala B, JA 11-3-81; etc.). Ni aún usando de las facultades otorgadas por el principio "*iura novit curia*" se podría decidir una cuestión absolutamente excluida por el propio interesado (CNCiv., Sala C, ED 27-2-81; etc.). No debe olvidarse que una de las aplicaciones del principio dispositivo viene dada por la delimitación particular exclusiva

del "thema decidendum", de forma que el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por las partes; con otras palabras: a las partes incumbe fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica (sententia debet esse conformis libello), incurriendo en incongruencia el Juez que al fallar se aparta de las cuestiones incluídas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado (Prieto Castro, E., "Derecho procesal civil", T° I, p. 345; Schönke, H., "Derecho procesal civil", p. 32; Goldschmidt, W., "Derecho procesal civil", p. 82; Kischt, F., "Elementos del proceso", p. 119; Díaz, J., "Instituciones procesales", T° I, p. 341; Devis Echandía, H., "Nociones generales de derecho procesal civil", p. 53; etc.). Que el Juez no pueda poner en la sentencia un hecho no afirmado por una de las partes significa que para él el hecho no afirmado no existe lo que significa que tampoco existe pues incertidumbre alguna en este punto, y por tanto no puede surgir al respecto el problema embarazoso que presenta el hecho afirmado y no probado pues mientras éste puede ser o no ser aquél en cambio directamente no es; la afirmación de las partes vincula al Juez en cuanto a la posición del hecho porque, de un lado, no puede éste poner una situación de hecho no afirmada al menos por una de las partes y, de otro, no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho afirmada por todas las partes (Carnelutti, "La prueba civil", págs. 9/13).

A su vez una vez habidos los hechos el Juez debe subsumirlos jurídicamente por vía de un silogismo tendiente a ubicar la situación planteada por esos hechos en la norma jurídica adecuada, lo cual se concreta por aplicación del principio iura novit curia pero examinando las condiciones de la acción concreta que la demanda plantea (Alsina, H., "Derecho procesal", T° V, p. 84; Chiovenda, G., "Principii di diritto processuale civile", p. 149). Es que por amplias que sean las facultades de los Jueces en virtud del principio en cuestión no lo son tanto como para alterar los términos de la litis, acordando al actor lo que no pidió en su demanda o reconociendo defensas que el demandado no hizo valer en su contestación; pues de proceder así caerían en lo arbitrario y excederían los límites de su actividad jurisdiccional (SCBA, Ac. y Sent., 1973, vol. II, p. 779), con lo cual no pueden alterar los hechos expuestos ni la cosa pedida (SCBA, Ac. y Sent., 1964, vol. I, p. 66; Cám. 1a. Apel. San Isidro, Sala I, LL 98-690). Así el Juez no debe suplir ni corregir el derecho cuando con ello se modifican los supuestos iniciales de la demanda porque la relación procesal se anuda sobre la naturaleza y objeto de la acción que el actor determina (SCBA, Ac y Sent., 1975, p. 164). O sea que si bien los Jueces deben enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, no pueden en cambio sustituir la acción interpuesta o sus fundamentos por otros distintos (SCBA, Ac y Sent., 1974, vol.

III. p. 884Cám. 1a. Civ. y Com. San Martín, Sala I, LL 1975-B-774; Cám. 2a., Sala II, La Plata, DJ 979-2-33; etc.)

Con tales ideas fuerza in mens retenta no albergo duda ninguna mínimamente seria y/o razonable sobre que, en efecto, el Juez a quo hubo soslayado, aún más allá o sin perjuicio de su evidente intento por dar una solución práctica a la cuestión, aquél principio rector con arreglo al cual así como los Jueces son esclavos de la ley del mismo modo también lo son de los límites pretensionales concretados por las partes en orden a circunscribir el thema decidendum motivante de todo juicio.

En efecto: si el único objeto asignado por la Sra. CAMPISI a la pretensión incluida en su demanda fue la reivindicación de la porción invadida por la Sra. DE OCAMPO y la demolición de la construcción que avanza sobre su terreno (fs. 15 punto I y 16 párrafo 4º), pero sin incluir como alternativa sucedánea ningún tipo de indemnización, no hay manera ninguna de sustituir ese objeto por una condena de distinto tipo siendo que de consuno se juzgó procedente la reivindicación. Con otras palabras: aún cuando principio iura novit curia mediante fuera dirimente para la suerte del juicio encuadrar el objeto pretensional en términos de apreciación reivindicatoria dinámica en vez del tradicional criterio estático e inmutable per se inherente a la materia de los derechos reales, en cualquier caso, resulta evidente cómo resultó irremediamente comprometida la garantía constitucional -antes que strictu sensu procesal- de la defensa en juicio de la persona y sus derechos toda vez que la Sra. CAMPISI propuso un objeto de cargo distinto al de condena.

Luego: lo dirimente para lo que aquí y ahora importa establecer es más la alteración fáctica del objeto de la demanda motivante del juicio hecha por el Juez antes que la de la imputación jurídica en la modalidad propuesta por la actora, porque precisamente esta última circunstancia es la que redundo en aquella otra (cf. considerandos fs. 282 vta./283) con la consiguiente relativización del principio de congruencia referido (fs. 283 cit.).

Por lo demás aún cuando strictu sensu acierta el Juez de grado en considerar que el supuesto fáctico-jurídico de este caso no se subsume puntualmente en la hipótesis legal del art. 2589 CC, por referirse esta norma a la invasión total y no parcial de un fundo ajeno con una construcción propia como es este caso, de todas maneras la solución ut infra se verá igual autoriza en el sub lite a viabilizar la variante destructiva pedida por la Sra. CAMPISI y avalada por mi colega.

Pero veamos primero algunas ideas relevantes en el ámbito de la normativa reguladora

del supuesto específico de la edificación como uno de los casos de accesión dentro, a su vez, de la materia modos de adquisición dominial (arts. 2588 sgts. y cdts. Código Civil). Recuérdese que la edificación en fundo ajeno constituye un supuesto de accesión artificial en tanto el acrecentamiento no se produce por obra de la naturaleza sino por acción humana, lo cual crea un conflicto de intereses entre el dueño del terreno y el de los materiales empleados. En nuestro derecho rige el principio de accesión superficie solo cedit conforme al cual la propiedad del suelo atrae la de los objetos que al mismo se incorporan y por ende, salvo del supuesto excepcional del derecho real de superficie forestal (ley 25.509), en todos los casos el dueño de la tierra adquiere el dominio de lo edificado sin perjuicio de las indemnizaciones pertinentes; y esto es así tanto por aplicación del principio del enriquecimiento incausado como por mediar un factor social tendiente a la conservación de los valores antes que tornar estéril el trabajo (cf. in extenso Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 5-A, págs. 578 y sgts.; Lafaille, H., "Derecho civil-Tratado de derechos reales", T° III, pág. 552). Hay pues un sólo dominio, el del dueño del terreno, extendido a los accesorios y no un condominio entre éste y el edificador (Cám. Apel. Civ. y Com., Mercedes, Buenos Aires, Sala II, 1-6-82, Rep. LL XLII-957). Específicamente en la hipótesis de edificación en fundo ajeno con materiales propios cuando el constructor resulta ser de buena fe no es necesario que sea poseedor legítimo ni que esté convencido de ser propietario del terreno sino que, tan sólo, cree tener derecho de edificar; para que haya buena fe se requiere entonces que exista persuasión de estar legítimamente investido del derecho de edificar en el terreno donde se lo ha hecho, sea en razón de tener una posesión de buena fe o en virtud de las relaciones jurídicas que hayan mediado entre las partes (CNCiv., Sala C, 10-7-69, LL 138-912). Además la buena fe ha de fundarse en una ignorancia o error de hecho que persuada de la legitimidad de la ocupación (Cám. Apel. Civ. y Com. San Nicolás, Buenos Aires, 9-11-95, elDial.com WCO8C). Estas disposiciones se aplican no sólo al poseedor sino a cualquiera que haya edificado en terreno ajeno o que haya hecho trabajos innecesarios sin consentimiento o autorización del principal. El dueño del terreno tiene derecho a hacer suya la obra y el edificador no puede optar por la destrucción salvo acuerdo de partes (CNCiv., Sala G, 2-10-80, ED 91-547; CJ Salta, Sala III, 29-10-73, Rep. LL XX-XIV-600; Cám. 1a. Civ. y Com. Morón, Buenos Aires, 15-5-73, LL 153-416; Cám. 2a. Civ. y Com. La Plata, Buenos Aires, 14-6-99, LL 99-578, 26-3-81, DJBA 121-122; Cám. Apel. Civ. y Com. Mercedes, Buenos Aires, Sala II, 1-6-82, DJBA 123-311; etc.). Podría pensarse que es facultativo del dueño

adquirir o no la obra pero ello es automático, pues se produce por el sólo hecho de la adhesión física al suelo al estar ante un supuesto de accesión; en cambio el dueño sí puede impedir que la obra sea destruída por el edificador y que éste lleve los materiales, pagando lo pertinente. A su vez el edificador puede exigir el pago y si el dueño incumple podrá demandarlo y llegar hasta la ejecución forzada del inmueble, en cuyo caso los intereses de cada uno quedarán satisfechos al repartirse el precio en proporción a sus respectivos créditos (Salvat, R., "Derecho civil argentino-Derechos reales", T° II, p. 181). La indemnización debida por el propietario del terreno debe comprender el valor de los materiales y la mano de obra, así como los daños y perjuicios que pudieran haberse producido y aún el mayor valor si éste supera el importe de los otros rubros (cf. jurisprud. cit.); solución que se impone porque el edificador de buena fe no puede estar en peor situación que el de mala fe (Highton, H., "Derechos reales", T° 2-II, Dominio y usucapión, págs. 73 y sgts.; CNCiv., Sala B, 6-8-71, LL 149-606).

Indaguemos ahora en particular el supuesto puntual de la edificación en fundo propio pero invadiendo el fundo vecino que, al fin y al cabo, es justamente el suscitado en estos autos.

Pese a ser un caso frecuente en la práctica, ni qué decir en Bariloche con su endémico desorden variopinto, la ley no lo prevé. Como se trata de una invasión parcial y no de una ocupación total que ut supra vimos es la regulada (arts. 2588 y 2589 cits.), la aplicación estricta del principio de accesión llevaría a que el dueño del terreno invadido adquiriera la propiedad de la parte pertinente de la edificación. Se crearía entonces una situación parecida a la del muro encaballado, o sea el edificado parte sobre el terreno de uno de los propietarios y parte sobre el terreno del otro, de forma que por el referido principio superficie solo cedit cabría concluir que la parte del espesor levantada sobre el terreno del otro corresponde a este último; pero como las dos partes del muro son inseparables y no forman juntas sino una sóla, dicho muro es considerado como una cosa común entre ambos linderos. Ahora bien: en el supuesto de invasión parcial del terreno ajeno y no pudiendo crearse un condominio porque la ley lo impide, a diferencia de lo que ocurre con el muro encaballado, es evidente que la solución debe buscarse por aplicación de los principios que rigen la accesión y sobre todo la edificación en terreno totalmente ajeno. Si la obra está terminada el invadido tendrá a su disposición la reivindicación pero, sin embargo, se torna necesario evaluar la buena o mala fe no sólo del edificador sino también del propietario del fundo pues ante todo hay que evitar la destrucción de valores: así si este último pudiendo oponerse no lo hizo y dejó avanzar la

obra debe interpretarse que consintió tácitamente la invasión, de manera que la pérdida de la franja de terreno será compensada por el pago del precio. Se ha dicho que cuando la invasión parcial del terreno ajeno mediante una construcción asentada en terreno propio obedece a imprecisiones en los títulos o errores en la mensura del terreno, se considera que lo ha sido de buena fe (Cám. 2a. Apel. Civ. y Com., Santiago del Estero, Lexisnexis 19/6370). De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia prácticamente unánime el terreno ocupado pasa a ser propiedad del constructor, quien desde luego debe indemnizar al perjudicado salvo que opte por demoler la obra (CNCiv., Sala C, 10-7-59, LL 97-181, idem Sala B, 21-5-71, JA 12-166). En este supuesto de edificación que invade parcialmente el fundo ajeno se considera que lo más justo es obligar al edificante al pago del terreno o fracción de tierra ocupada. Inclusive se hace una distinción: si la invasión parcial del terreno ajeno a través de una construcción asentada en terreno propio es de buena fe, la cuestión debe solucionarse mediante la adquisición de la porción de tierra invadida pero adicionando al precio de dicha fracción los diversos daños que pudiera haber sufrido el propietario; pues importaría un abuso de derecho si el dueño del terreno invadido pudiera reclamar la demolición de lo construido sin mala intención. Pero cuidado: si la invasión del terreno contiguo fuera importante, con la consiguiente sustancial afectación del derecho de propiedad, quedaría en pie la acción para procurar la destrucción de lo construido (cf. jurisp. cit.). En general se interpreta que el invadido tiene derecho no sólo a percibir el precio del terreno sino también a ser indemnizado por todos los perjuicios sufridos (CNCiv., Sala A, 16-6-98, LL 1999-F-778, idem Sala B, 17-7-69, LL 136-438, idem Sala F, 24-6-65, LL 120-992 y 16-5-03, LL 111-252; Cám. 1a. Apel. Civ. y Com. Santiago del Estero, 10-10-61, LL 106-908, y 9-5-96, Lexisnexis 19/6371); la construcción en tales condiciones implica sin duda ninguna una desvalorización del predio invadido que sin embargo se compensa con la obligación del edificador de resarcir el perjuicio ocasionado, equivalente al precio del terreno ocupado más los daños y perjuicios (CNCiv, Sala E, 24-6-65, LL 120-922). En definitiva: aunque el caso de invasión parcial no esté previsto por la ley la interpretación doctrinaria y jurisprudencial halló una fórmula adecuada en base a la analogía situacional (arts. 2588 y cdt. Cód. cit.), al principio de la buena fe, al factor social, a las reglas de equidad y, en fin, a la prohibición de abusar de los derechos (art. 1071 Cód. cit.) en orden a evitar la destrucción de valores máxime en un país con una economía tan diezmada como Argentina y por estos aciagos días que corren; es cierto que de un lado se opera una suerte de expropiación privada, pero de otro sus efectos

quedan paliados por el pago de la indemnización a favor de quien pierde la franja de terreno.

Traspolemos las ideas precedentes a los hechos meritados.

La Sra. CAMPISI hubo acreditado en tiempo propio y de la forma debida ser titular dominial del lote invadido, tal como fuera meritada por la sentencia en crisis y resultara consentido por la Sra. DE OCAMPO.

De un lado la invasión material objetiva por parte de la Sra. DE OCAMPO sobre parte de dicho lote, dada por la irregular implantación de un quincho en parte encaballado sobre el deslinde entre ambos fundos, ni tan siquiera resultó ser un hecho controvertido y de todas formas, en cualquier caso, hubo quedado pluralmente probada por vía de no ya de una sino de dos pericias (cf. en especial fs. 139, 140, 165, y sobre todo 167/170); con lo cual resulta ya incontrovertible cómo la demandada hubo privado de hecho a la actora de su posesión sobre la franja invadida.

De otro lado no acreditó la Sra. DE OCAMPO que la Sra. CAMPISI dejara ex profeso avanzar la obra con lo cual no cabe interpretar que haya consentido tácitamente la invasión, ni por ende que la pérdida de la franja de terreno pueda compensarse por el pago del precio como propusiera el Juez de grado; todo ello así máxime si se repara en los elocuentes términos que signaran el intercambio epistolar fehaciente suscitado antes del juicio (fs. 10/12).

Y de otro lado incluso recordando que en derecho civil se presume la buena fe y la mala fe, es decir su contracara, ha menester de puntual acreditación considero sin embargo que aquí, precisamente a diferencia de lo que sucediera en el caso aludido, hubo quedado suficientemente configurada, de un lado, la mala fe de la Sra. DE OCAMPO y, de otro, la Sra. CAMPISI, a diferencia de la propuesta modalizadora hecha por el Sr. Ribeiro (titular dominial) justamente para evitar la demolición en el precedente citado, ni propuso ni acepta una indemnización como sucedánea de la demolición parcial de la obra e incluso, en fin, las superficies invadidas difieren en mucho en ambos casos.

En efecto: sobre la mala fe comparto y hago más la pléyade de consideraciones pertinentes que al efecto vuelve a relacionar la Sra. CAMPISI en su memorial, acaso con especial referencia al carácter antirreglamentario de la construcción (insisto: quincho parcialmente encaballado sobre el deslinde de ambos fundos) como circunstancia ya meritada en sede municipal (cf. múltiples constancias del Expte. N° 006-04) y doblemente confirmada en este proceso por vía de sendas pericias de arquitectura y agrimensura (fs. cites.), lo cual no deja ya margen ninguno para cualquier

tipo de duda mínimo minimorum sería y/o razonable sobre el punto; y encima la Sra. DE OCAMPO persistió en su actitud en el decurso de este trámite judicial hasta pretendiendo incluso de consuno usucapir la parte del lote de la actora invadida por ella misma, lo cual sí es intrínsecamente abusivo y por tanto fulminado legalmente (art. 1071 Cód. cit.).

Sobre la inviabilidad en este caso de la indemnización sustitutiva de la demolición remito brevitate causae a lo que ut supra hube meritado.

Como sea: lo dirimente es pues que la Sra. DE OCAMPO no estaba legítimamente investida del derecho a edificar en el terreno donde lo ha hecho, razón esta determinante que aventa -por caso- la hipótesis de mínima de un error excusable que hubiera permitido, por ejemplo, reputarla como edificante de buena fe

Tal como puede verse muchas son, en definitiva, las diferencias con el caso "RUNSCHKE" en la parte que justamente interesa recordar aquí, o sea la aplicación o no a las circunstancias acreditadas de la norma referida (art. 2589 Cód. cit.).

Y en este sentido resulta obvio prevenir que las mismas circunstancias especiales meritadas, en cuanto a la modalidad como fuera concretada la invasión, tornan prima facie de cumplimiento imposible que la Sra. DE OCAMPO satisfagan su obligación restitutoria dejando desocupada la parte del inmueble invadida y en estado que la Sra. CAMPISI pueda entrar en su posesión como literalmente manda la ley (art. 2794 Cód. cit.) de forma que, a partir de la referida mala fe de aquélla la referida demolición resulta ser la única opción válida para satisfacer el imperativo restitutivo de la posesión afectada.

Mi conclusión: según el supuesto pretoriano de la edificación en fundo propio invadiendo el del vecino, aplicable a las circunstancias probadas de caso, cabe pues aceptar la demolición pedida por la Sra. CAMPISI, de la parte de la construcción que invade su predio ya que strictu sensu ella hubo sido despojada de su posesión por la Sra. DE OCAMPO; sin que dicha obligación pueda sustituirse por un derecho de la actora a ser indemnizada, que de todos modos igual lo tiene pero nunca pidió ejercitarlo, pues no estamos ante un supuesto de ejercicio abusivo y/o antifuncional de un derecho por parte de la actora sino que al contrario, a partir de la mala fe con que se condujera en toda esta cuestión, es la demandada quien hubo abusado de hecho de un derecho que técnica y jurídicamente nunca tuvo.

Así lo voto.

A igual cuestión el Dr. Camperi dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).
Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, RESUELVE: I) REVOCAR el punto 1 de la parte resolutive de la sentencia dictada el 07/04/2014. II) CONDENAR a Juana Cristina Pessola de Ocampo a restituir en 90 días corridos a Beatriz Mónica Campisi la fracción en disputa libre de cualquier mejora, bajo apercibimiento de deshaucio y, en su caso, de demolición a su costa. III) IMPONER a la demandada las costas de esta segunda instancia. IV) REGULAR los honorarios de segunda instancia de los Dres. Carlos Aiassa y Valeria Silva (abogados de la demandante) en el 30 % de lo que oportunamente se le regule por los trabajos de la primera. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Mariela Taboada (abogada de la demandante) en el 25 % de lo que oportunamente se regule por los trabajos de la primera. VI) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR por Secretaría. VII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

Edgardo J. Camperi Emilio Riat Carlos M. Cuellar
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Angela Alba Posse
Secretaria de Cámara