

Viedma, de agosto de 2014.-

VISTOS: los presentes autos caratulados "DESIDERI DARIO C/PAREDES AIDA FRANCISCA Y OTROS S/REIVINDICACION (Ordinario)", Expte N° 1208/2009, traídos a despacho a los fines de resolver; y de los que

RESULTA:

1.- Que a fs. 24/30 se presenta el Sr. Darío Desideri, por medio de apoderados e inicia demanda de reivindicación contra los Sres. Aída Francisca Paredes, Verónica Neumivakin, Erick Benjamín Neumivakin y Eduardo Boris Neumivakin, cónyuge superviviente e hijos de Benjamín Neumivakin, a fin de obtener una sentencia que ordene la demolición de la construcción que, en terreno de su propiedad, habrían efectuado los demandados o bien su antecesor.-

Narra los antecedentes que entiende sustentan su reclamo y en tal sentido expone que en fecha 17-09-84 mediante boleto de compraventa suscripto con el Sr. Eduardo Brenet adquirió los derechos y acciones sobre la Parcela 13, Manzana 372 de San Antonio Oeste, fecha en la que tomó posesión de dicho bien y, en función de ello, la Municipalidad de San Antonio Oeste le otorgó el 20-05-08 el título de propiedad.-

Afirma que, ante su solicitud, en el año 1984 el municipio aprobó un plano para la modificación y ampliación de la construcción existente -construida con el retiro de un metro de la propiedad lindera- que avanzaría hasta la construcción de Neumivakin y unos metros hacia el frente del terreno. En el año 1985 construyó un muro medianero entre el final de la vivienda y el fondo del terreno estando el resto del eje medianero constituido por un alambrado, por cuanto, esa franja, sería ocupada con la ampliación de la vivienda a construir. Destaca también que entre el frente de la vivienda y la línea municipal el propietario anterior había levantado un muro sobre el que tenía planeado construir un galpón y sobre el que él planificó la ampliación de la casa.-

Manifiesta posteriormente que en fecha 03-02-05 su hija advirtió que la propiedad en cuestión había sido invadida por una construcción vecina, correspondiente al lote 14, que avanzaba aproximadamente 1.20 mts. sobre el lateral, cubriendo una superficie aproximada de 17 mts. cuadrados y así, en idéntica fecha presentó una nota a la Municipalidad solicitando el envío de una inspección técnica y el levantamiento de la infracción respectiva. La inspección tuvo lugar el 08-02-05 y en razón de ello, en fecha 17-04-08 se labraron actuaciones ante el Juzgado de Faltas caratuladas "Neumivakin Benjamín s/const. sin permiso municipal" Expte N° 4790. Señala entonces que, atento el resultado negativo de las reiteradas intimaciones efectuadas, impetra esta acción por

cuanto la construcción de Neumivakin invade el terreno de su propiedad, se apoya sobre la pared con encadenado de la construcción de su propiedad e imposibilita la nueva construcción de acuerdo a los planos aprobados, circunstancia que, afirma, le causa un grave perjuicio. Acompaña documental, funda en derecho, hace reserva de daños y perjuicios, ofrece prueba y concreta su petitorio.-

A fs. 336 se denuncia el fallecimiento del actor, Sr. Darío Desideri, y a fs. 354 se hacen parte en el juicio su esposa e hijos, Sra. Elena Esperanza Lippi, Adriana Desideri y Leonardo Desideri, conforme lo acreditan con las partidas que agregan.-

2.- Que impuesto el trámite de ley a fs. 58/65 y 69; 72 y 76 los demandados contestan el traslado conferido y oponen, contra el progreso de la acción, la excepción de prescripción adquisitiva sobre la franja de terreno que se les reclama, solicitando el rechazo de la acción, con costas, por las cuestiones de hecho y de derecho que exponen.-

En primer término niegan, por imperativo procesal, los hechos expuestos en el escrito introductorio y manifiestan su desinterés por las constancias y trámites llevados adelante en la Municipalidad por entender que la presente cuestión es relativa al derecho civil y no administrativo. Fundan luego la defensa de fondo que interpusieron y en tal sentido afirman que la franja de terreno que se reclama ha sido poseída en forma pública, pacífica e ininterrumpida desde el 27-01-76 por quienes fueran sucesivos titulares del inmueble denominado como Parcela 14 de la Manzana 372. Sostienen que el Sr. Eduardo Brenet, titular de los derechos y acciones sobre la Parcela 13, cedió al Sr. Pedro Pablo Marquina, vecino titular de la Parcela 14, los derechos y acciones sobre la franja de terreno contigua de un (1) metro de ancho por cuarenta y cuatro metros con sesenta cm. (44.60) de fondo para que sea anexada a su parcela ampliando sus dimensiones, la que se instrumentó en un boleto de venta y cesión de derechos con firmas certificadas por el sr. Juez de Paz Suplente. Años más tarde, agregan, el Sr. Benjamín Neumivakin adquirió el predio en cuestión: por una parte la Parcela 14 mediante escritura pública y por otra la tradición del instrumento mencionado. Agregan que al momento de la toma de posesión las heredades ya estaban delimitadas de acuerdo a la cesión de la franja de un metro efectuada. Entienden entonces que desde 1976, época en la que se escindiera el terreno hasta el momento de la interposición de la demanda han transcurrido treinta y cuatro años de posesión pública y pacífica sin que las reclamaciones extrajudiciales y administrativas afectaran su calidad y diez años de posesión con justo título y buena fe para oponer al Sr. Desideri la prescripción

adquisitiva corta.-

Como complemento de su negativa general narran luego su versión de los hechos en la que destacan que, con anterioridad a que el actor adquiriera los derechos y acciones de la Parcela 13, los correspondientes a la franja contigua al terreno de la Parcela 14 ya habían sido enajenados mediante el contrato de cesión aludido y había comenzado a formar parte de esa parcela. Ello por cuanto Brenet, quien le cedió a Desideri, ya había descontado ese metro que había cedido a Marquina, antecesor de Neumivakin. El fundo adquirido por éste contaba con la medianera construida respetando ese metro incorporado y desde ese momento accedió a la posesión en forma pública y pacífica sin antecedentes de conflictos con linderos.-

Oponen luego la falta de legitimación activa fundada en la falta de titularidad del derecho real sobre la franja de terreno en cuestión destacando que la discusión se centra en el derecho a poseer. Agregan que el desprendimiento de la posesión, en el caso, ha sido voluntario y por ende el actor nunca tuvo la posesión del terreno en crisis, circunstancia que lo inhabilita para intentar la acción reivindicatoria.-

Por último aluden a la falta de inscripción de la cesión del metro de terreno y exponen las razones por la que entienden que ello no empece a su derecho. Acompañan documental, ofrecen prueba, fundan en derecho y concretan su petitorio.-

3.- Que a fs. 77 la actora se expide respecto de la documental acompañada en la contestación de demanda y niega la autenticidad de parte de ella y la falta de vinculación al juicio de otras. A fs. 79/81 contesta el traslado de las excepciones interpuestas y peticiona su rechazo por los argumentos que expone.-

4.- Que a fs. 95 obra agregada el acta labrada en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista por el art. 361 CPCC cuya prueba se provee a fs. 97. Posteriormente y previa certificación del Actuario sobre su vencimiento y producción, se clausura el período probatorio a fs. 356, a fs. 360/364 se agrega el alegato de la parte actora; a fs. 365/367 el de los demandados, y finalmente, a fs. 411, se llama a autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y motiva la presente.-

CONSIDERANDO:

I.- Que de acuerdo al modo en que la presente litis quedara trabada, en orden a los escritos introductorios del proceso, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si procede la reivindicación solicitada por la actora o si, por el contrario, las defensas opuestas por las demandadas permiten resistir la pretensión de restitución incoada.-

II.- Que así en primer término cabe recordar que el art. 2758 del Código Civil establece

que la acción de reivindicación nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquél que se encuentra en posesión de ella. Su finalidad es la de conseguir el reconocimiento judicial del derecho del reivindicante y obtener así la restitución de la cosa, es decir, que no se trata de una mera pretensión declarativa sino de condena. (conf. CNCiv., Sala K, 01-11-06; “López Carolina y ot. c/Lanje Jorge O. y otro s/ reivindicación” MJ- JU- M - 10142).-

Cuatro son los requisitos para que la acción de reivindicación proceda. El primero es la titularidad del bien objeto de la acción. Ello deviene de las previsiones del art. 2758 del ordenamiento civil, en cuanto dispone que “la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares”. El segundo requisito es haber tenido la posesión, pues la norma mencionada habla de su pérdida. La posesión la pudo haber tenido el antecesor dominial pues el continuador se basa en su antecesor dominial. Se aplica la famosa regla de derecho civil, “nemo plus iuris, ad alium transferre quam ipse haberet.” El tercer recaudo es haber perdido la posesión y el cuarto elemento es que proceda contra quien lo ha desposeído. En síntesis, se requiere justificar, por un lado, el título que da derecho sobre la cosa, y por otro, la pérdida de la posesión y su ejercicio actual por parte del reivindicado.-

III.- Que sentado ello corresponde analizar, en primer término, si resulta procedente la excepción de falta de legitimación activa incoada por los demandados, ello a los fines de dilucidar si quienes integran la litis son aquellos que reúnen las condiciones propias de la titularidad del derecho que reclaman. Así he sostenido en reiteradas oportunidades citando al Dr. Augusto Morello que “La falta de legitimación para obrar activa puede definirse como la que sostiene la ausencia de legitimación procesal, es decir que el actor no es la persona especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre que versa el proceso. Asimismo se ha sostenido que la falta de legitimación para obrar, según así la denomina el Código Procesal, sólo se refiere a la falta de calidad de titular del derecho invocado por parte del actor, o la falta de calidad de obligada por parte del demandado. La falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede, determina la procedencia de la falta de legitimidad para obrar. (Morello y colab. Cód. Proc. Civil Com.. T° IV-3 p. 255).-

Ahora bien, tal y como fuera señalado por el Superior Tribunal de Justicia in re

"Leguizamón Gabriela Luján c/Pazos Soledad y otras s/ordinario s/casación" (Expte 26049/12 STJ) corresponde distinguir acción real de derecho real. Se expuso entonces que "Acción real y derecho real no son conceptos equivalentes, por lo que la transmisión de las acciones reales es independiente de la de éstos últimos, ya que para operar la de éstos se requiere la tradición, mientras que la de aquellas se concreta en virtud de la mera relación contractual; la transmisión de una acción, más que implícita, háyase insita por naturaleza tanto en la cesión como en la compraventa, cuya finalidad no es otra que transmitir la propiedad de la cosa". (Sent. N° 18, 30-04-2013; Tomo I, Folios 108/114; Sec N° 1 STJ).-

En lo que respecta al caso en particular cierto es que el ejercicio de la acción en cuestión devino -en los términos descriptos en el acápite anterior- por la transmisión efectuada bajo la figura de la cesión de derechos y acciones en favor del Sr. Desideri, que luego se tradujera en escritura pública. Por su parte también el heredero del propietario que ha perdido la posesión de la cosa -entendida ésta según un concepto amplio que abarcaría la tenencia, es decir el corpus posesorio-, se encuentra legitimado para reivindicarla porque tal acción le está concedida en forma expresa por el art. 3450 del CC. En igual sentido, puede afirmarse que su ejercicio se funda en la condición de ser sucesor de su causante, y, como tal, continuador de su personalidad jurídica (arts. 3417, 3418, 3421 todos del CC). Por su parte, el art. 3265 del CC, indica que en tal supuesto, la tradición resulta innecesaria (art. 3410 CC) ("Ventura, Ernesto c/Estaniti, María s/Reivindicación" - CC0202 - LP - B 82105 RSD-3-96 S - 1-2-1996). A mayor abundamiento esa legitimación que la ley otorga al "dominus" existe aunque el reivindicante no hubiera recibido nunca la tradición del bien, pues para ejercer la acción puede invocar la posesión de sus antecesores en el dominio (conf. CC0101 MP, . 110.470, sent. del 31-X-2000).-

Se advierte así que, en tanto el Código Civil al exigir al reivindicante la presentación del título que acredite su derecho a poseer, se refiere a la causa en que se funda el derecho de dominio y no el título en sentido documental o formal (conf. SCBA, Ac. 34.877, sent. del 8-X-1985 en AyS 1985-III-94), el entonces actor se encontraba legitimado para oponer la acción tendiente a la restitución de la superficie que reclama, acción que transmitió luego a sus causahabientes. Esta es la razón que determina la improcedencia de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta.-

Por su parte, en lo que refiere a la legitimación pasiva y en el marco del análisis que corresponde efectuar antes del ingresar al thema decidendum, cabe destacar que los

demandados resultan ser poseedores del bien en la actualidad y continuadores, con idéntico alcance, de los derechos que detentara Benjamín Neumivakin, por cuanto han sido declarados herederos en los autos caratulados “Neumivakin Benjamín s/sucesión” Expte N° 0412/93/2 que tramitara por ante el Juzgado Civil N° 1 y que tengo a la vista. Ello en tanto “la acción de reivindicación deducida después de la muerte del poseedor, debe ser intentada contra todos los herederos cuando ellos han reconocido mutuamente la calidad de poseedores en la cosa cuya reivindicación se pretende, y ese acto fue conocido por el actor antes de iniciar la demanda (SC Mendoza, Sala I, 7-11-00 “Mathieu y Cía c/Recabarren de Forquera, Carmen, LL Gran Cuyo, 2001-277).-

No cabe entonces sino concluir que la litis ha sido trabada entre quienes se encuentran legitimados para ello, circunstancia que por otra parte acredita uno de los requisitos de la acción cual es el de los sujetos hacia quienes se dirige.-

IV.- Que ahora bien, dilucidada la calidad de los sujetos intervinientes en el proceso, debe establecerse el objeto de reivindicación pretendida por cuanto “la determinación de la cosa es un elemento esencial, ya que las dimensiones inciertas de un inmueble le quitan identidad” (Código Civil, Bueres Higton, T. 5, pág. 812). Así, la demanda de reivindicación requiere la determinación exacta de la cosa que se pretende reivindicar (art. 2758 del Código Civil), no sólo físicamente, sino también jurídicamente, porque debe establecerse la identidad entre ésta y la cosa poseída por el reivindicado.-

Se advierte entonces que el objeto en discusión se corresponde con una franja de terreno perteneciente al lote 13, superficie lindera al lote 14, ambos ubicados en la Manzana 372 de la localidad de San Antonio Oeste cuyas medidas son de un metro (1 m) de ancho por cuarenta y cuatro con sesenta y seis metros (44,66 m) de largo.-

A los fines de la determinación jurídica se debe recordar que la palabra “título” responde al concepto de causa (nota al art. 4010 CC). Es decir el acto jurídico que sirve de antecedente a la tradición a los efectos de adquirir el dominio. En el caso, los títulos que sobre dicha franja se esgrimen por parte de la actora se dicen derivados de una cesión de derechos y acciones efectuada por el Sr. Brenet en favor del Sr. Darío Desideri en fecha 17-09-84 (fs. 22/23) y de la posterior entrega del título de propiedad por parte de la Municipalidad de San Antonio Oeste en fecha 20-05-08 (fs. 5). Por su parte la demandada arguye que posee en función de la cesión que el mismo Sr. Brenet efectuara en favor de su antecesor dominial, Sr. Pedro Marquina, en fecha 20-02-85 - esto es con anterioridad a la cesión efectuada a favor de Desideri- la que, a su vez, le fuera transmitida al Sr. Neumivakin, esposo y padre de quienes aquí se presentan.-

V.- Que sentado ello y a los fines de continuar con el análisis de la causa debo recordar que en materia probatoria los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos. Ello es así, pues basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otra, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales.-

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de la acción y por aplicación de los principios generales sobre la carga de la prueba, el actor debe acreditar la titularidad del derecho real, entonces, quien inicia la acción reivindicatoria tiene, como primera medida, que justificar el derecho sobre la cosa objeto de la acción invocando un título de dominio o de alguno de los derechos reales que se ejercen por la posesión. En este caso la prueba se regirá por una serie de presunciones que, en su contenido, serán diferentes de la prueba del derecho real respectivo, por lo cual, en concordancia con los principios descriptos acerca de la titularidad de la acción, el demandante no necesita demostrar que ha recibido la posesión del inmueble al cual se aplica su título. Sí, en cambio, resulta insoslayable la invocación del título, por cuanto se exige del reivindicante una mera probabilidad que torne preferible su derecho a la posesión -que emana del título, conforme el art. 2468- frente al del poseedor actual. (conf. args. Claudio M. Kipper; Juicio de Acciones Reales, pág. 229 y ss, Ed. Hammurabi ed. 2010).-

Para superar los inconvenientes probatorios que ello trae acarreado Vélez adoptó, siguiendo a Pothier, ciertas reglas que simplifican la resolución de los distintos casos mediante presunciones o modos de interpretación o valoración y así, se aligera y distribuye razonablemente la carga probatoria del proceso petitorio según la situación de las partes que integran la contienda (arts. 2789 a 2792).- (conf. args. Código Civil Comentado Anotado y Concordado Zanoni - Kemelmajer Ed. Astrea Tomo 11- ed 2007 pág. 942).-

VI.- Que entonces sabemos que título es la causa válida o suficiente según el derecho y la ley para transmitir el dominio (art. 4010 CC). En este sentido, como dice la Corte de la Nación, título es la justa causa del dominio, y el dominio, según fundamental regla del derecho, no puede alcanzarse sino por esa sola causa (LL 1976-A-244, 23/10/75). El título exigible al reivindicante no debe entenderse en un sentido documental o formal como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de transmisión o adquisición de la propiedad, es decir, del acto jurídico que sirve de causa a la tradición o

adquisición de la cosa, comprendiéndose tanto los traslativos de dominio -compraventa, donación- cuanto a los declarativos -partición, sentencia judicial, etc.-, pues tanto unos como otros acreditan su existencia. (CCiv. y Com. Común, Tucumán, sala I, 2011/11/10; Espilocin, Pastor Martín y Sánchez de Espilocin, María Mercedes c. Sánchez, Julio José s/ reivindicación. AR/JUR/86297/2011).-

En autos se advierte con sustento en la documental acompañada que el título de propiedad que el actor esgrime deriva del otorgado por la Municipalidad de San Antonio Oeste en su favor en fecha 2008 (fs. 5) que, los ahora actores, oponen en función de lo dispuesto por los arts. 3410 y 3417 CC.-

Llegados a este punto y siempre siguiendo a Kipper cabe mencionar la importancia que reviste la fecha del título puesto que, si bien es la base de la acción reivindicatoria, no siempre será suficiente por sí mismo para fundar la demanda, ya que éste debe estar munido de otra condición cual es la de ser de fecha anterior a la posesión del demandado conforme surge de la lectura del art. 2789 CC. (op. cit. pág. 236). Ahora bien como el artículo mencionado dice que "no es suficiente" el comprador podrá mejorar su situación recurriendo a los títulos de sus antecesores en el dominio hasta llegar a uno que sea con fecha anterior a la del demandado ya que cuando la ley habla de título posterior a la posesión del demandado, no se refiere solamente al título mismo del reivindicante sino al que tuvieron sus causantes, solución que es la consecuencia lógica y necesaria de la regla aceptada por la jurisprudencia en el sentido que el comprador, aunque no ha recibido la posesión del inmueble tiene acción reivindicatoria contra el actual poseedor.-

En base a lo precedentemente expuesto cabe acotar que a la Municipalidad de San Antonio Oeste, transmisor del título de Desideri, le correspondió dicho bien, conforme surge de la escritura mencionada obrante a fs. 5, por transferencia que le efectuó la Provincia de Río Negro en virtud de lo dispuesto por el art. 126 de la Ley de Tierras. Así, se ha juzgado que para referir a los antecedentes del dominio resulta pertinente aludir a las propias constancias de la escritura por la cual se transmitiera al actor Ciertamente es que frente a ello no cabe sino concluir en la comprobación del primero de los requisitos invocados, esto es, se ha acreditado que el actor es titular del derecho real que invoca.-

Así, es también un requisito que el reivindicante haya tenido la posesión, pues si el art. 2758 CC habla de pérdida de la posesión es porque alguna vez se tuvo, y si no es así falta uno de los requisitos fundamentales de la reivindicación. La posesión pudo haberla

tenido el antecesor dominial, circunstancia que no se torna adversa por cuanto el continuador se basa en su antecesor dominial.-

Ahora bien, el actor que presenta título de propiedad de quienes lo precedieron, remontándose hasta alguno que es anterior a la posesión del demandado, vencerá en la acción de reivindicación aunque nunca haya sido poseedor, ya que las escrituras que acreditan el dominio de sus antecesores hacen presumir que éstos tuvieron la posesión y lo autorizan a accionar en su propio interés aún cuando no medie cesión expresa, pues va implícita en cada acto de enajenación (conf. CNCiv. Sala K 29-5-97 LL 1997-E-347, entre otros).-

Ante ello no cabe sino concluir que la parte actora ha acreditado en debida forma el título -causa- que da origen al derecho de dominio que invoca y que es anterior a la de la posesión del demandado, que ha tenido la posesión de la franja de terreno en cuestión en base a la transmisión que de ella recibiera por parte de Brenet en primer término (boleto de compraventa con fecha 17-09-84 con firma certificada de fs. 22/23) y de la Municipalidad de San Antonio Oeste luego (fs. 5) y que la ha perdido en manos de aquellos de quienes la reivindica, circunstancia que por otra parte fuera expuesta al analizar la legitimación pasiva. En razón de ello entiendo que la acción aquí incoada resulta procedente en los términos expuestos.-

VII.- Que sentado ello corresponde ahora analizar si la procedencia de la reivindicación precedentemente considerada logra ser enervada por la defensa de usucapión que fuera opuesta por los demandados la que advierto ha sido planteada como veinteañal y supletoriamente, entiendo, como decenal.-

A manera de introito cabe recordar que siendo que la posesión comprende la idea del poder efectivo sobre la cosa -corpus-, acompañado de un propósito íntimo por parte del sujeto, de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad -animus domini-, conforme a los términos del artículo 2351 del CC, incumbe a quien pretende adquirir el dominio mediante la prescripción adquisitiva en los términos del art. 2524 inc. 7) del mencionado código, acreditar la concurrencia de ambos elementos, los que revisten carácter constitutivo de su acción. El art. 24 de la ley 14159 y el decreto ley 5756/58, solamente exigen que el fallo no se base únicamente en la prueba testimonial siendo menester que ésta se corrobore por evidencias de otro tipo que permitan obtener la composición probatoria requerida.-

Ahora bien, en el caso en examen, no se demandó la adquisición del dominio por usucapión en el marco del art. 789 del CPCC., ni tampoco en los términos del artículo

24 de la Ley 14.159, sino que se opuso como defensa ante una demanda de reivindicación. El demandado que se defiende invocando la prescripción trata de evitar ser privado de la posesión, pero no persigue en cambio la obtención de un título en sentido instrumental.-

Sabido es que luego de la reforma de la ley 14.159 por el Decreto Ley 5756/58, no hay duda en cuanto a que ya no se exige el cumplimiento de los recaudos establecidos en el citado art. 24 cuando la usucapión es opuesta como defensa. En los propios fundamentos del Decreto dice que no corresponde la aplicación del art. 24 cuando la prescripción se invoca como defensa y no como acción, “ya que la bilateralidad del caso sería garantía suficiente para que el juicio se desarrollase dentro de las disposiciones del procedimiento del juicio ordinario, en las que todo litigante encuentra garantías adecuadas para la defensa de sus derechos.” Ello es totalmente lógico por cuanto: a) la bilateralidad en el proceso está asegurada. b) el escaso tiempo con que cuenta el demandado por reivindicación para oponer la defensa, torna materialmente imposible la obtención del plano de mensura c) el certificado de dominio del titular registral resulta innecesario.-

Se ha dicho que: “Si bien es cierto que en la usucapión se admite toda clase de pruebas, pero la sentencia no podrá basarse exclusivamente en la testifical, ello no rige cuando la adquisición del dominio por prescripción no se plantea en el juicio como acción, sino como defensa” (Cám. 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 14/11/78, SPLL, 1979-134); “La dispensa que concreta el art. 24 de la Ley 14.159 texto Dec. Ley 5756/58- consistente en los incs. a, b, c y d de la norma no rigen cuando la adquisición del dominio por prescripción veintañal no se plantea en juicio como acción sino como defensa, tiene su fundamento en que la parte que es demandada carece de tiempo necesario y apto para preparar los presupuestos y requisitos que condicionan la promoción de una demanda de este tipo.” (SCBA., 29/5/79, SJBA, 117-52); “Cuando la usucapión se hace valer como excepción destinada a resistir una acción reivindicatoria carece de toda justificación el conjunto de especiales requisitos procesales que rigen el juicio de usucapión.” (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, “Colazzo, Antolín S. c/Raymonda, Nicolás”, del 04/07/2000, LLC 2001, 671). Tampoco la acreditación del pago de impuestos tendrá el valor que se acuerda en el decreto cuando la usucapión se plantea por vía de acción. De modo que bien puede ocurrir que el demandado por reivindicación nunca haya pagado impuestos o lo haya hecho parcialmente, y de cualquier forma se admita su defensa. (conf. Arean,

Beatriz, Juicio de Usucapión, Ed. Hamurabi, ps. 403/406). En tal sentido, se ha dicho que: “Ni la falta de pago de impuestos anteriores ni el resto del art. 24 de la Ley 14.159 modificada por el Decreto Ley 5756/58 pueden incidir en la prescripción opuesta por los demandados por reivindicación” (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 26/3/72, LL, 151-88). (citado en Ordoñez Juan Carlos c/Knell Carlos Teófilo Teodoro s/ordinario s/reivindicación s/casación Expte N° 25910/12 STJ 2013-06-18.-

Corresponde entonces analizar la prueba existente en autos. Así, con sustento en la documentación obrante en la causa se advierte que fue el mismo Sr. Brenet quien en fecha 27-01-76 habría vendido, cedido y transferido al Sr. Marquina y éste aceptado una fracción de terreno correspondiente al lote 13 de la manzana 372 que se condice con la aquí discutida, circunstancia que surge de la documentación obrante a fs. 56 y 57, la que -sin perjuicio de haberse discutido por la actora su oponibilidad frente a las partes del juicio- cierto es que permite concluir que al momento de efectuar la cesión en favor del actor, el Sr. Brenet se había desprendido con anterioridad de sus derechos sobre la franja en cuestión y con sustento en la regla que señala que nadie puede transmitir mejor derecho que el que posee cierto es que, independientemente de los términos de la cesión posteriormente efectuada en favor de Desideri, Brenet no pudo haberle transmitido en aquel momento la posesión del terreno del que ya se había desprendido, por cuanto a este punto sólo estábamos hablando de cesiones de derechos. Ahora bien, la conclusión arribada tampoco indica que dicha franja haya sido transferida a Neumivakin por el solo hecho de haberle sido entregado materialmente un instrumento con firma certificada en el Juzgado de Paz de aquella localidad que da cuenta de la cesión antedicha tal y como pretende la demandada, por cuanto ello, cierto es, es ajeno a las partes de este juicio.-

Las testimoniales completan el cuadro probatorio. Así las declaraciones de Ricardo Jorge Rybko, Ana María Pizzuti y José Ernesto Garro obrantes a fs. 247/248, 249 y 250 respectivamente nada aportan a la cuestión puesto que todas ellas hablan de una propiedad de Desideri en Las Grutas pero en nada refieren a la franja en litigio. Todos se manifiestan respecto de un alambrado que nada tiene que ver con los muros y/o el espacio entre los muros y la línea divisoria entre los fundos. Solo afirman que el terreno estaba limpio pero sin pronunciarse respecto de sus dimensiones y/u otra particularidad que pudiera aportar como dato de la posesión ejercida.-

Los testigos ofrecidos por la parte demandada son vecinos de la zona y afirman que allí tenía su consultorio el Dr. Neumivakin. La Sra. Alicia Violeta Nicolás expuso que en el año 1984 ó 1985, en el verano, ella fue a la casa de Neumivakin y conoce que había

hecho un consultorio, le llamó la atención que la casa del vecino tenía dos ventanas que daban al patio y había una pared chiquita que salía de la casa del vecino y le ocupaba el terreno a Neumivakin. Ella estudió algo de construcción y por eso sabía que las ventanas (que dibujó en el croquis de fs. 320) no podían estar allí y se lo dijo a su padre para que se lo hiciera saber al Dr. Neumivakin. Su padre así lo hizo y luego le comentó que el hombre que le vendió a Benjamín le dio el papel del metro de más que había comprado y que el Dr. les dijo a los vecinos- que taparan la ventana.- y que así lo habían hecho pero ella no lo comprobó.-

Dávila afirmó que conoce la casa desde el año ochenta y dos aproximadamente. Sabe que al lado de la casa se construyó el consultorio del Dr. Neumivakin, aproximadamente a ocho o nueve mts. de la vereda, que fue allí a atenderse y que ahora en ese lugar hay un garage. García manifestó que conoce la casa desde febrero del año 1992, que en esa época había al lado de la casa un garage y que la construcción ocupaba la totalidad del terreno. Mazza sostuvo que la construcción ocupa todo el ancho del terreno, que el Dr. Neumivakin atendía allí tenía el consultorio contra la medianera. Moyano indicó que conoce la casa desde hace unos veinte años y que el Dr. Neumivakin tenía el consultorio allí, a la derecha del terreno. Que al lado no había nadie, que había caballos, que eso tenía un paredoncito, que los terrenos estaban separados con bloques. Genen manifestó que atendió a su abuela durante siete años y el la llevaba al consultorio, que conoció la casa en el año 1986 aproximadamente. El consultorio estaba ubicado a la derecha, cree que pegado a la pared, actualmente está igual, hace bastante que no ve la casa. Al lado hay una casa abandonada y un stud de la familia Linares. Hay un paredón viejo de bloques que divide los lotes y unos canteros adelante. Fernández indicó que conoce la casa hace más de veinticinco años, que allí el médico atendía a su familia en el consultorio que estaba hacia la derecha, que a veces iba allí a hacer los deberes. El consultorio aprovechaba el paredón que dividía las propiedades y que estaba construido de block.- (registrados bajo nos. 120410_1006; 1013 y 1020_001.avi y 120419_1106; 1113 y 1123_001.avi).-

Cobra aquí importancia la pericia de fs. 289/291 a fin de acreditar la antigüedad en la posesión que debe aquí demostrarse. En primer término el perito describe las características propias de los muros distinguiendo los encaballados, contiguos y próximos. Divide luego el fundo en dos tramos siendo el que interesa al litigio el denominado AB que está edificado enteramente sobre la parcela 13 a una distancia de 96 cm de la línea separativa de los fundos (ver croquis de fs. 283). En dicha zona, dice

el experto, existen dos muros contruidos en forma paralela, uno al lado del otro, uno mide 10 mts y el otro 20.12 mts. El de 10 mts. forma parte de la casa de la parcela 13 y el de 20.12 fue elevado y utilizado para apoyar la pared que amplió el garage de la demandada. Estas circunstancias se grafican además con las fotografías obrantes a fs. 340, 341 y 342 cuya correspondencia con las edificaciones existentes fuera constatada por la Sra. Jueza de Paz de la localidad (fs. 343).-

Al momento de referirse a la antigüedad de las construcciones dice el perito que la pared de 10 mts. tiene aproximadamente unos 40 años y la ampliación referida alrededor de siete años. Relata también que la antigüedad del muro del frente (línea municipal del lote 13) y el muro próximo (construido totalmente sobre el lote 13 a 0.96 mts de la línea divisoria de ambos fundos) que la separa de la parcela 14, es la misma.-

El Expte N° 9002-CT-1984 (fs. 207/226) del registro de la Municipalidad de San Antonio Oeste acredita la solicitud del Sr. Desideri para la aprobación de planos y permiso de construcción sobre el lote 13 de la manzana 372 de San Antonio Oeste, en base al boleto de compraventa de derechos y acciones celebrado con Brenet. El Expte N° 1205-D-2007 (fs. 159) y el Expte N° 4790-N-2008 hacen referencia a denuncias de construcción y falta de permisos municipales que sólo indican incumplimiento de normativa municipal de carácter administrativo que no empece el tratamiento aquí expuesto sino que dan cuenta de las denuncias efectuadas por el actor en pos de la destrucción de la construcción que dice invasiva.-

Ahora bien, colectada la prueba de autos y analizada que fuera en los términos precedentemente expuestos advierto que torna procedente la defensa incoada y ello por cuanto al momento de acreditar la posesión veinteañal se advierte que las declaraciones testimoniales aportadas por los testigos de la excepcionante, quienes conocen el lugar desde aproximadamente los años 1982 a 1985, son contestes en afirmar la ubicación del consultorio de Neumivakin a la derecha de su casa, lindera a la pared que la divide con la parcela 13, que obviamente no fue descrita en los términos en los que la definiera el perito pero indudablemente eran las únicas existentes si, actualmente, dice el experto tienen 40 años de antigüedad. No desconozco que el garage ahora construido data de siete años atrás, al momento de la pericia, pero según se dijo, este reemplazó aquel consultorio. Por su parte la falta de permiso para construir no empece, a mi entender, la conclusión a la que se arriba por cuanto se trata de una falta administrativa que en su caso, deberá reclamar el municipio en cuestión.-

Indudablemente no puede hablarse en el caso de justo título pero, tengo para mí que, en

oportunidad de adquirir Benjamín Neumivakin la parcela 14 le fue transmitida también la posesión de la franja de terreno cuestionada y que desde ese momento hasta la intimación que la actora hace en el año 2005, había transcurrido el plazo veinteañal que torna apta la procedencia de la defensa incoada.-

En razón de los precedentemente expuesto corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción incoada y en consecuencia rechazar la demanda interpuesta a fs. 24/30 con costas a la actora por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. args. art. 68 CPCC).-

En lo que refiere a los honorarios de los letrados intervinientes y del perito ingeniero se difiere su regulación hasta tanto se cuente con elementos para ello.-

Por todo ello

RESUELVO:

I.- Desestimar la demanda de reivindicación interpuesta a fs. 24/30.-

II.- Hacer lugar a la defensa de prescripción adquisitiva veinteañal interpuesta por los Sres. Aída Francisca Paredes, Verónica Neumivakin, Erick Benjamín Neumivakin y Eduardo Boris Neumivakin.-

III.- Imponer las costas a la actora (conf. args. art. 68 CPCC).-

IV.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto existan pautas para ello.-

V.- Regístrese, notifíquese y archívese.-

Rosana Calvetti

Juez