

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 24 de noviembre de 2016. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "BELTRAN SIMO, MARIA ELENA Y OTRO C/ TOBAL, DANA LUNA Y OTRO S/ REIVINDICACION (Ordinario)" (R.C. 01232-16) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. CUELLAR dijo:

Corresponde resolver la apelación interpuesta por la Sra. BELTRAN SIMO (fs. 237) contra la sentencia que (desestimando la demanda reivindicatoria) hiciera lugar a la reconvencción por usucapión del inmueble motivo del juicio (fs. 228/232), concedida en relación con efecto suspensivo (fs. 238), fundada (fs. 274/286) y sustanciada con los Sres. TOBAL y ZENZ quienes guardaron silencio ante el traslado del memorial de aquélla.

Luego de haberme impuesto in extenso sobre las constancias reunidas, en función de los agravios esgrimidos y con arreglo al derecho aplicable, estoy firmemente persuadido sobre que las críticas de la recurrente son del todo atendibles.

Brindo seguidamente plurales y dirimientes razones.

1) La usucapión

Sabido es que la usucapión o prescripción adquisitiva es un modo excepcional de adquisición dominial mediante la posesión justificada y continuada durante el tiempo legalmente requerido. Concretamente en lo que atañe a la posesión requerida para usucapir (art. 4015 Código Civil) la misma (como especie de género) ha de satisfacer todos los principios que caracterizan a la posesión general (art. 2351 Cód. cit), vale decir que la cosa que la persona tiene bajo su poder debe ser con la intención de someterla al ejercicio de un derecho e propiedad debiendo concurrir, al efecto, los dos conocidos elementos o condiciones básicas: corpus y animus posesorios.

Precisamente esa excepcionalidad aludida ha hecho que, desde muy antigua data y en forma pacífica, toda la materia relativa a la prueba en este tipo de juicios deba ser juzgada con criterio marcadamente estricto y restringido (cf. v.gr. "in extenso" Peña Guzmán, L., "Derecho Civil-Derechos reales", Tº III, págs. 10/12). Y siendo la posesión de quien reclama el dominio esencial fundamento de la usucapión es obvio que, por lo

expuesto, su prueba debe ser plena, indubitable y concluyente, tanto en su noción general como respecto a la manifestación de los dos elementos apuntados.

Al respecto tiene dicho desde siempre la jurisprudencia:

"La demostración de que se ha estado en posesión de la cosa que se intenta adquirir por usucapión debe ser efectuada de manera insospechable, clara y convincente, pues se trata de invocar un medio excepcional de adquirir el dominio" (CSJN, ED 61-185 y LL 1975-B-646).

"Constituyendo la usucapión (arts. 4015 y 4016 Cód. cit.) un modo excepcional de adquisición dominial, autorizado por la ley (art. 2524 inc. 7 Cód. cit.), es necesario que se demuestre, en forma plena e indubitable, la posesión "animus domini" pretendida como también que ella se mantiene en forma pública, continua y pacífica, durante todo el término establecido legalmente" (CNCiv., Sala D, LL 1978-A-520).

El poseedor que invoca la posesión como base de la prescripción debe probarla, como así también que ella reúne todos los caracteres que la ley exige. La posesión es *conditio sine qua non* de la prescripción adquisitiva. La posesión debe ser continua e ininterrumpida (arts. 3999, 4015 y 4016 Cód. cit.) también como *conditio sine qua non* de la usucapión, en orden a que aquella pueda tener la duración que la ley exige para poder acceder al dominio por esta vía. (Salvat, R., "Derecho Civil Argentino-Derechos Reales", Tº II, pág. 231)

Por su parte la Cámara del fuero (incluso en su actual integración) ha hecho muy reiterada aplicación del orden de ideas reseñado (cf. v.gr. casos "DE LA CRUZ MORO", SD 94 del 3-7-02, "NUÑEZ VILCHEZ", SD 143 del 20-11-92, etc.).

Adquiere significativa y determinante trascendencia el recaudo temporal pues en caso contrario, es decir cuando el usucapiente no acredite la toma de la posesión invocada durante los 20 años previstos por la ley como "mínimo minimorum" al efecto, la pretensión resulta prematura.

El pago de impuestos constituye una exteriorización del "animus" posesorio y es un elemento convictivo válido cuando las obligaciones tributarias se cumplen regularmente y en los términos de sus períodos de vencimiento (CNCiv., Sala A, ED 87-654). Si bien se trata de una prueba complementaria, exteriorizante del "animus domini", el pago de impuestos debe efectuarse en forma periódica a lo largo del tiempo o de parte importante del mismo (C. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., JA 1975-27-694). El pago regular de los tributos impositivos tiene un valor meramente complementario cuando se trata de intentar usucapir (SCBA, Rep. LL XXXVII, 1977-

JZ, p. 1188).

Y aún cuando puede existir cierta discontinuidad, pues como dice Vélez una posesión puede ser discontinua sin haber sido interrumpida (cf. nota al art. 2481 Cód. cit.), conviene prevenir que la continuidad posesoria, con ser una cuestión de hecho dependiente de las circunstancias y de la naturaleza de la cosa poseída, quiere decir como principio general una posesión ejercida sin intermitencias ni lagunas (cf. Laquis, M., "Derechos Reales", Tº III, p. 52; Salvat-Argañarás, "Derecho Civil Argentino-Derechos Reales", Tº 2, p. 229). Es precisamente en tal sentido que cabe prevenir lo expuesto por la jurisprudencia en cuanto a que La presentación de boletas o facturas de pago de servicios, tasas e impuestos no resulta "per se" idónea para probar la interversión de la causa, pues lo mínimo que puede esperarse aún de quien usufructúa el inmueble es que abone tales conceptos (ST Jujuy, 7-12-00, LLNOA 2001-285).

Hay pues necesidad de una posesión verdadera. No es concebible la usucapión sin posesión. Y esta posesión susceptible de conducir a la adquisición de la propiedad ha de ser verdadera, lo que implica además del ejercicio de un poder de hecho correspondiente a la propiedad la intención de comportarse como real propietario (Ripert. G. y Boulanger, J. "Tratado de Derecho Civil", Tº VI, p. 345).

Igualmente cabe recodar que la cuasiposesión del usufructuario, si bien podría ser útil para la adquisición del usufructo por prescripción, no puede de manera alguna servirle para invocar la adquisición por prescripción de la nuda propiedad de la cosa porque con relación a esta última él no tuvo una posesión "animus domini"; de donde se sigue que la posesión del usufructuario aprovecharía al nudo propietario (Salvat, R., ob. cit., Tº II, p. 226 con citas de autores nacionales y extranjeros y jurisprudencia local). Y recuérdese además que los actos que sólo constituyen el ejercicio de meras o simples facultades legales o los que únicamente se realizan en virtud de la simple tolerancia del dueño del inmueble, no pueden servir de base ni de fundamento para la prescripción (Salvat, R., ob. y loc. cit.).

A diferencia pues de lo interpretado por el Juez de grado tengo para mí que los Sres. TOBAL y ZENZ no acreditaron con la suficiencia requerida tanto por la ley como por su antigua y reiterada interpretación doctrinario-jurisprudencial ningún cambio de la relación y/o situación de simples tenedores precarios por la de poseedores con indiscutible aptitud prescriptiva dominial.

¿Podieron acaso desvirtuar el principio de la inmutabilidad causal de forma de transformar el mero despojo inicial en posesión calificada posterior por el lapso legal

mudando al efecto aquélla de modo inequívoco, activo y operante? ¿Demostraron haber intervertido su título originario (mera tenencia) en otro diferente (poseedores) en los términos del art. 2351 Código Civil)?

Veamos.

No se acreditó ni tan siquiera la existencia de una incipiente posesión sino, al contrario, una simple tenencia precaria del lote lindero al del resto de la familia Tobal-Mujica; lo cual sella definitivamente cualquier posibilidad prescriptiva dominial, precisamente por ausencia de su presupuesto básico como es la posesión (no la mera ocupación y menos aún la tenencia precaria).

Incluso en subsidio de la dirimente circunstancia referida los demandados no abonaron, por ejemplo, un sólo impuesto del lote. Ni uno sólo. Al contrario: tanto las tasas por servicio urbano como por obras públicas y hasta la obra del gasoducto de Llao Llao, según informara el Municipio (fs. 145/156), fueron abonadas por la Sra. BELTRAN SIMO.

Y si de meritar la prueba testimonial colectada se trata, como hiciera el Juez a quo en lo que impresiona sustancial de su sentencia, sin perjuicio de recordar que la misma carece de valor autónomo por ser meramente complementaria (ley 14.159) y/o eventualmente corroborante de otras que los demandados debieron rendir pero no lo hicieron, la misma resultó francamente insuficiente a mi juicio en términos de eventuales actos posesorios para poder usucapir frente a la clara ausencia de la prueba compuesta que es de estilo en estos casos.

En efecto: lo declarado por los Sres. Dadona, García Robinson, Tormo y Conte, todos ellos de atendibilidad restringida en razón de su amistad expresa o implícita con la familia Tobal-Mujica, en sentido por demás equívoco respecto de actos posesorios concretados por los Sres. TOBAL y ZENZ en el lote que interesa se contrapone a lo declarado por el Arq. Parello y el Agr. Locria, de atendibilidad plena con arreglo a su sólo circunstancial relación profesional con la actora, quienes coincidieron en advertir cómo el Sr. Tobal (padre) les dijo que se comunicó con la Sra. BELTRAN SIMO para cortar y pasto y alambrar el lote motivo del juicio (no el otro lindero de titularidad del primero); esta circunstancia dirimente patentiza de manera indubitable cómo aquél reconoció en ésta la propiedad del inmueble litigioso lo cual a su vez, ante la ausencia de prueba ninguna sobre una eventual interversión titular, elimina toda posibilidad de pensar, como hiciera el Juez de grado, en la hipótesis de unión o accesión posesoria a fin de que los Sres. TOBAL-ZENZ, alcanzados también verosíblemente por los efectos

transitivos de aquél reconocimiento de la titularidad dominial ya referido, puedan completar el lapso mínimo *minimorum* requerido por la ley para poder usucapir.

Así pues sin esa *conditio sine qua non* el eventual lapso posesorio transcurrido, aún interpretando que haya podido ser *animus domini* y no a título de simple o mera tenencia precaria por parte de los Sres. TOBAL-ZENZ, sería a lo sumo muy menor al requerido mínimo *minimorum* por la ley para usucapir en tanto y cuanto, estando a la propia confesión judicial hecha por ellos al responder la demanda y reconvenir en el sentido que hace 10 años aproximadamente iniciamos la construcción de una pequeña vivienda en miras a la emancipación de la casa paterna (para lo cual) mis padres me cedieron (a la Sra. TOBAL) un lugarcito (fs. 42), dataría recién de 2003.

Por lo mismo que haber asentado (o ampliado: no queda claro) parte de la vivienda o un invernadero en el lote disputado carece de relevancia en tanto y cuanto, en las condiciones de revista fáctico-jurídicas indicadas, serían a lo sumo actos *mere facultatis* más no *strictu sensu* posesorios a título de *animus domini* con aptitud prescriptiva.

Ad eventum a lo que vengo meritando se adita el efecto indiscutiblemente interruptivo resultante de la promoción misma de la demanda reivindicatoria que motivara este mismo juicio, antes que del frustrado intento por amojonar el predio e incluso hasta de la diligencia preliminar que precediera aquél.

Nada de lo cual por cierto se relativiza por la percepción del Juez originario sobre que, como resultado de la inspección ocular realizada, ambos lotes de hecho formarían uno sólo ya que lo dirimente para una justa solución del entuerto es, en cualquier caso, que mientras el inmueble lindero es de los padres de la Sra. TOBAL, quienes nada tienen que hacer en este juicio, en cambio es su hija y su marido quienes pretenden prescribir el que aquí y ahora nos interesa.

Todo lo anterior patentiza la real condición fáctico-jurídica de los Sres. TOBAL-ZENZ -reitero- como simples tenedores precarios del lote disputado sin posibilidad ninguna de intervertir, de un lado, por su sólo voluntad dicho título en otro idóneo susceptible de encuadrar en un supuesto de posesión *animus domini* para poder resistir útil y eficazmente la pretensión reivindicatoria de la recurrente y, de otro, tampoco por actos externos del todo ausentes y ad eventum insuficientes sobre aquél; lo cual es así toda vez que ya el padre de la Sra. TOBAL había reconocido en la Sra. BELTRAN SIMO su propiedad, situación fáctico-jurídica de revista que no se probó hubiera mutado *ex nunc* ni cuando se amplió la casa ni tampoco cuando se hizo el invernadero. Consecuentemente no acreditaron los Sres. TOBAL-ZENZ, como era de su cargo,

ningún cambio de la referida relación y/o situación de simples detentadores por la de poseedores con aptitud potencialmente dominial respecto del inmueble. Es que ante tales condiciones no se desvirtuó el principio de la inmutabilidad causal porque lo único que hubo -como luego veremos- fue un despojo que no estuvo precedido de una posesión, con lo cual nunca podía transformarse dicha ocupación inicial en una posesión calificada posterior mudando al efecto aquélla de modo inequívoco, activo y operante. Y por carácter transitivo no había posibilidad de intervertir su título originario (tenedores) en otro diferente (poseedores animus domini).

Proceden así algunas aclaraciones vinculadas con el principio de inmutabilidad de la causa y la interversión titular vedada de motu proprio por la ley (art. 2353 Código Civil). Según el principio de inmutabilidad causal posesoria el tenedor no puede por su propia voluntad ni por el mero transcurso del tiempo alterar la relación y convertirse en poseedor. Quien comenzó como tenedor, o sea reconociendo en otro la propiedad o poseyendo por otro, continúa como tal mientras no se pruebe lo contrario, de manera que su propia voluntad o el transcurso del tiempo resultan ineficaces para alterar la situación. No es suficiente pues el pensamiento íntimo (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 10, págs. 207 y sgts.).

Pero dicho principio no es absoluto pues no impide sin embargo que la causa pueda transformarse en determinadas circunstancias; lo prohibido es que ello pueda hacerse por sí mismo o por el transcurso del tiempo. La tenencia puede sin embargo transformarse en posesión, o viceversa, incluso de manera unilateral por actos exteriores, concluyentes, ostensibles, manifiestos, inequívocos, inconfundibles y activos, mucho más allá del cambio interno volitivo; es decir que dichos actos deben resultar de manera tal que salgan del ámbito subjetivo del tenedor e incidan tanto sobre la cosa como sobre la relación con el poseedor (Lacruz Berdejo, F. y Otros, "Elementos de derechos reales", T° III, Vol. I, p. 95).

La interversión titular extra volitiva y supra temporal requiere pues de actos de oposición y no de meras expresiones verbales que sean lo suficientemente precisos, para significar la voluntad del tenedor de excluir al poseedor, y lo suficientemente graves para poner en conocimiento de la situación al poseedor a fin de que éste pueda hacer valer sus derechos; el acto de oposición es pues al mismo tiempo un acto de afirmación de la posesión propia y de negación de la ajena. Por lo mismo los actos de oposición deben ser públicos, en el sentido que deben poder llegar al conocimiento de quien sufre la interversión; siendo esta una consecuencia de aquella necesidad de manifestación

exterior de los actos (CSJN, 7-9-93, ED 159-233; CNCiv., Sala A, 1-7-93, JA 1994-III-235, Sala C, 28-10-99, LL 2000-C-227, Sala E, 14-12-95, LL 1995-E-407, Sala F, 30-11-94, ED 161-636, Sala H, 16-6-99, LL 2000-E-116, y Sala K, 29-5-97, LL 1997-E-347; C.Civ.Com.Trab. y Cont-Adm. Villa Dolores, Córdoba, 24-8-99, LLC 2000-867; Cám. 5a. Civ. y Com. Córdoba, 3-4-95, LLC 1995-565; etc.).

Teniendo entonces en cuenta que el principio general es el de inmutabilidad de la "causa possidendi" quien invoca la interversión titular tiene a su cargo la prueba de los actos materiales que, a su vez, deben reunir las condiciones aludidas. Todo tenedor cuya obligación restitutoria sea exigible e invoque la interversión de su título originario por el de poseedor "animus domini" debe haber exteriorizado inequívocamente tal mudanza. Y si no hizo no se precisan mayores argumentos para seguirlo reputando simple tenedor precario o mero servidor de la posesión de otro.

Y también en tal sentido desde luego que no pueden ni deben confundirse los actos posesorios con los denominados mere facultatis y máxime por la sólo voluntad del interesado cuando lo único que hay es una mera y/o simple tenencia de la cosa con el consiguiente reconocimiento de su propiedad en otras personas (arg. arts. 2352 y 2461 Cód. cit.), circunstancia insuficiente -como bien se sabe- para poder acceder a la usucapión del inmueble. Con otras palabras: nuestro Derecho no permite el intento por mutar la causa de la (aparente) posesión, de forma de soslayar lo que realmente no pasa de ser una simple detentación precaria.

Obvio es insistir que una cosa son la posesión a título de dueño y los actos posesorios consecuentes, es decir una posesión en el concepto técnico de la palabra o posesión con animus domini, emergente de los arts. 3999 y 4015 Cód. Civil, y otra muy diferente la tenencia y los actos de mera facultad.

Recuerda sobre el punto muy caracterizada y tradicional doctrina civilista:

La ley expresamente habla de la posesión "con ánimo de tener la cosa para sí"... se sigue de aquí que la única posesión útil para la prescripción adquisitiva debía ser la ejercida a título de dueño... La simple tenencia, por lo mismo que en ella se reconoce en otro la propiedad de la cosa, jamás podía conducir a la adquisición de ésta... Los actos de posesión, por otra parte, para ser útiles a la prescripción adquisitiva, deben caracterizarse como el ejercicio directo del derecho de propiedad sobre el inmueble al que se aplican. Los actos que sólo constituyen el ejercicio de simples facultades legales o los que sólo se realizan en virtud de la simple tolerancia del dueño del inmueble, no pueden servir de base y fundamento a la prescripción... Los actos de simple tolerancia

no pueden servir de base y fundamento a la prescripción, por ejemplo ... si permito a mi vecino pasar por mi campo para abreviar el camino al suyo (Salvat, R., "Derecho civil argentino - Derechos reales", T° II, págs. 225/228).

En el sentido expuesto asimismo los actos de simple tolerancia son inherentes al derecho del propietario y éste está libre de realizarlos o no, sin que su normal ejercicio en el transcurso del tiempo pueda crearle un otro derecho que afecte el de un tercero; como tampoco la abstención en el ejercicio de sus derechos de dueño puede serlo en desmedro suyo y en beneficio de un tercero.

Así pues el poseedor o tenedor no pueden cambiar "de motu proprio" ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión o tenencia (art. 2353 Cód. cit.): su voluntad está subordinada a la abstracta impuesta por su título. La interversión debe exteriorizarse por actos indubitables que revelen claramente su propósito animus domini por encima o sin perjuicio de la voluntad interna del usucapiente.

Dos palabras finales sobre la hipótesis de unión o accesión de posesiones (arg. art. 4005 Cód. cit.) que al fin y al cabo fue otro de los argumentos dirimientes del Juez a quo para decidir en la forma indicada, aunque nunca invocado por los Sres. TOBAL-ZENZ para sustentar su reconvención,

Pueden en efecto unirse dos posesiones, aunque hayan sido de mala fe y sin justo título, pero para que una persona pueda unir su posesión a la de otra de quien no es heredera es indispensable que exista entre ambas un acto jurídico destinado a transmitirle sus derechos posesorios; y si este falta el poseedor actual tan sólo puede invocar su propia posesión para poder adquirir el dominio por usucapión (Salas, A. y Trigo Represas, F., "Código Civil", T° 3, pág. 338 y sus citas).

Luego: patentizada la imposibilidad fáctico-jurídica de que los Sres. TOBAL-ZENZ puedan -reitero- unir su invocada posesión a la del Sr. Tobal (padre de aquélla) resulta dirimente cómo en cualquier caso, estando -insisto también- a la propia versión de aquéllos falla de manera notoria, en todo caso, nada menos que el lapso de 20 años requerido por la ley para poder usucapir.

Y con arreglo a lo que vengo meritando no me cabe ninguna duda sobre que los mismos hechos fundantes tanto de la contestación a la demanda como sobre todo de la reconvención muestran sólo una mera apariencia de derecho que, de ser cohonestada en esta Instancia, redundaría en una situación intrínsecamente disvaliosa para la Sra. BELTRAN SIMO pues la expondría nada menos que a ver frustrado su derecho a usar y gozar de su propiedad, terminaría por contrariar los fines mismos de la normativa, desde

que conduciría a un virtual enriquecimiento incausado de los demandados, comprometería seriamente la buena fe, produciría un indudable daño a aquélla trasuntado, esencialmente, en una injustificada afectación de su derecho dominial que, en las condiciones de revista meritadas, no reconocería causa eficiente o fuente ninguna (arg. art. 499 Cód. cit.).

Estoy pues persuadido que el proceder de los Sres. TOBAL-ZENZ con motivo o en ocasión de pretender se declare la usucapión pretendida, prevaleciéndose al efecto de una inexistente posesión animus domini, aún cuando pueda ser legítimo como ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo terminó mutando en un evidente antifuncionalismo producto de un ejercicio irregular de sus prerrogativas. Los demandados no "usaron" pues de su derecho sino que "abusaron" del mismo. Hubo un uso abusivo de su condición de meros tenedores mixturado con un claro intento por intervertir dicha condición por su sólo intención interna, o sea sin actos externos dirimentes ni temporalmente idóneos, en una posesión a título de dueño. Y con ello quedó irremediablemente comprometida esa loable interpretación finalista del derecho, que pretende casualmente prescindir de la pura y fría exégesis normativa para servir a un afán protectivo en búsqueda de la justicia conmutativa, desde que usaron de sus derechos y/o facultades legales de una manera irrazonable y/o excesiva, en forma irregular, más allá de la necesidad determinada por su destino individual y desviándose de los fines para los cuales aquellos le fueran conferidos.

Sin ánimo de reeditar aquí y ahora la extensa polémica desatada en torno de los criterios propuestos para caracterizarlo, pero recordando muy especialmente que la justificación del nacimiento de dicha teoría -explicitados por Josserand como primer autor que la sistematizara- pasa por una doble reacción tanto contra el liberalismo individualista, a fin de procurar imponer una concepción más social del derecho como contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecanicista del derecho, en orden a constituirse en un instrumento flexibilizador del derecho precisamente para su adaptabilidad a la realidad socio-económica, creo oportuno hacer especial referencia a los dos criterios que parecieran prevalecer en la ley y en su interpretación doctrinario-jurisprudencial. Así el criterio funcionalista o del fin económico-social del derecho según el cual el derecho subjetivo debe ejercitarse sin contradecir su destino económico y social, so pena de caer en el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica, y adaptarse a los fines actuales de forma que la jurisprudencia capte las necesidades existentes en el momento de la aplicación de la ley (cf. Molina, "Abuso de derecho, lesión e

imprevisión", p. 90; Orgaz, "Abuso de derecho", en LL 143-1219; Carranza, ""Abuso de derecho - arts. 1071, 2513 y 2514 del Código Civil según la ley 17.711", en JA 3-1969-678; Laquis, "El abuso de derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 359; López Olaciregui, J., "Efectos de la ley con relación al tiempo - Abuso de derecho y lesión subjetiva", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 81; CNCiv., Sala A, , 6-12-60, LL 101-635; idem 25-2-75, ED 65-209; idem Sala D, 17-2-67, ED 20-61; idem Sala F, 20-3-73, ED 51-576; C.Apel. Junín, 26-9-68, ED 26-276). Y también el criterio del ejercicio del derecho en contra de su espíritu conforme al cual el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad (CNCiv., Sala F, 20-3-73, ED 51-576). O inclusive el criterio del ejercicio incompatible con la regla moral que considera los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres como pauta directiva de configuración del abuso de derecho (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, p. 60, nota N° 34 con infinidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales). Pero, en cualquier caso, parecieran prevalecer los llamados criterios mixtos para los cuales basta con que la ley declare que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos para que quede librado al arbitrio de los jueces decidir en cada caso donde termina el derecho y dónde empieza el abuso (Fleitas, "El abuso de derecho", N° 9, p. 5, con citas de Capitant, Prates, Ossorio y Díaz de Guijarro).

En realidad la jurisprudencia nacional registra muy pocos casos en los que se haya valido de uno sólo de los criterios o pautas expuestos ya que, por el contrario, siempre hace mención a varios de ellos valorando una serie de circunstancias que, recíprocamente completadas unas con otras, llevan al ánimo del juzgador la necesidad de aplicar la teoría de que se trata. Y es lo que ocurre con la ley 17.711 que receptó el criterio finalista o funcionalista aunque reforzado con la directiva de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Acaso en última instancia, como bien dice señera doctrina, el abuso de derecho sea strictu sensu un simple problema de jurisprudencia que los magistrados han de solucionar con arreglo a las circunstancias de cada caso (cf. Cammarota, "Responsabilidad extracontractual", T° I, p. 123).

No debe pues perderse de vista que el acto abusivo es intrínsecamente legal pero se le imputa una sanción porque ha vulnerado la funcionalidad del derecho al ejercérselo irregularmente, es decir, el meollo radica en distinguir "uso" de "abuso". El derecho cesa donde empieza el abuso.

Desde luego que, por ser justamente una reacción contra el puro legalismo, el abuso de derecho debe ser interpretado con carácter estricto y restringido, de forma que sólo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo recién debe acudir a este remedio excepcional. Se requiere pues que la conducta abusiva sea claramente probada, ya que se trata de evitar el llamado abuso del abuso del derecho.

Cabe también recordar como elementos constitutivos del abuso, entre otros posibles, la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, la contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, la existencia de un daño y la imputabilidad.

Adviértase especialmente, en fin, que el juego del instituto del abuso de derecho también en esta materia prescriptiva-reivindicatoria se explica con elocuencia por cuanto, aún cuando la teoría nació -ut supra vimos- como una reacción frente al liberalismo individualista (cf. Josserand, L., "De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite l'abus des droits", 2a. ed., Paris, 1939), en la actualidad -repito- se ha consolidado su carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que, por ende, extiende su influencia como un standard propio del orden jurídico todo (cf. v.gr. Ripert, G. y Boulanger, J., "Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol", Tº V, Obligaciones, 2a. parte, p. 77; Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Tº I, vol II, p. 249; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", Tº 2, p. 179; Molina, J., "Abuso de derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil", cap. 1, punto 1; Spota, A., "Instituciones de derecho civil - Contratos", Tº1, parte general, p. 752; Boffi Boggero, L., "Tratado de obligaciones", Tº 6, p. 487; y Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., Tº 5, p. 53).

Mi primer conclusión: fallando de manera evidente aquella prueba compuesta a la que hube aludido como *conditio sine qua non* para viabilizar útil y eficazmente cualquier pretensión posesoria, sin que quepa reparar en el evidente intento de los demandados por intervertir de manera puramente voluntarista aquel insuficiente título inicial de meros tenedores por el sobreveniente de poseedores *animus domini* vía actos externos que objetivamente -fuera de toda duda razonable- demuestren tal recaudo legal durante el lapso de al menos 20 años, es evidente que la relación de los demandados resulta notoriamente insuficiente para poder servir a una usucapión (art. 2352 Cód. cit. y su nota); falla pues la misma naturaleza de la posesión requerida ya que no exteriorizaron

de modo suficiente y fehaciente su intención de comportarse como propietarios; la sedicente posesión nunca fue tal por haberse reducido a una ocupación y además no alcanzó al mínimo lapso legal; los Sres. TOBAL-ZENZ nunca hubieron aprehendido materialmente el inmueble rem sibi habendi en tanto y cuanto les faltó comportarse de hecho como si fueran dueños de iure; si ya es muy dudoso el corpus como poder material ejercido sobre el inmueble, es obvio que nunca demostraron su autoinvocado animus con efectos externos objetivos, circunstancia esta que por su dirimente trascendencia sella la suerte negativa de la reconvención porque así como sin posesión no hay adquisición del derecho de propiedad tampoco hay posibilidad de defenderse cuando los dueños reivindicán el dominio si no se acreditó la usucapión.

2) La reivindicación.

Como contrapartida de lo que vengo considerando con relación a la cuestión anterior, adelanto que a mi juicio la demanda debe prosperar.

2.1.) Legitimación activa.

Aún cuando el rechazo de la excepción interpuesta por los Sres. TOBAL-ZENZ hubo adquirido ya firmeza en cualquier caso, teniendo en cuenta que a lo largo tanto de la contestación de la demanda como de la reconvención aquéllos mixturaron conceptos a mi juicio equivocados, creo de utilidad sembrar una cuestión que se viene reiterando -y descontextualizando- en esta tipología de juicios.

La Sra. BELTRAN SIMO probó con creces su derecho de dominio del que, a su vez, deriva su derecho reivindicatorio de la posesión precisamente para perfeccionar el primero (fs. ...).

La perpetuidad que caracteriza el dominio hace a dicho derecho independiente de su ejercicio y cómo, por lo mismo, entre las facultades inherentes a la propiedad se cuenta justamente, con especial referencia los actos materiales de uso y goce de la cosa, el derecho de poseerla como consecuencia del cual, a su vez, el propietario tiene el derecho reivindicatorio destinado a recuperarla en caso de haber sido privado de aquélla (arts. 2510 y 2513 Cód. cit.).

La jurisprudencia concordante ha dicho que no corresponde cuestionar la legitimación del actor para promover la acción reivindicatoria cuando el mismo acredita la titularidad del dominio del inmueble reivindicado dado que dicha acción, en virtud de lo dispuesto por el art. 2758 del Código Civil nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a poseer con independencia de la posesión misma (CNCiv., Sala A, 3-11-99, LL 2000-C-477) .

Ya Vélez, siguiendo enseñanzas de Demolombe, se refirió a tales conceptos (cf. notas a los arts. 497 y 2502 y también al Título 4 del Código Civil) diciendo, en esencia, que DERECHO REAL es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata de manera que no se encuentran en ella sino dos elementos: la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto. Se llama al contrario DERECHO PERSONAL aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o derecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentren tres elementos a saber: la persona que es sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto. Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente... La persona a la cual pertenece un derecho real puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación..." (nota al Título 4 del Código Civil: De los derechos reales). "La causa eficiente del derecho real es la enajenación... El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto no hay intermediario alguno, y existe independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra. Por el contrario el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse a una persona especialmente obligada a él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal" (nota al art. 2502 Cód. cit.).

El precedente orden telético se completa con las disposiciones legales pertinentes (arts. 2503, 2505, 2506, 2507, 2508, especialmente 2510, 2513, 2514, 2515 y 2523 Cód. cit.). Quizás merezca particular atención, por la reiterativa línea de argumentación elucubrada por los Sres. TOBAL-ZENZ, la cuestión sobre que la Sra. BELTRAN SIMO (titular dominial) nunca poseyó el predio motivo del juicio.

Precisamente hubo resaltado antes una norma en especial (art. 2510) porque se refiere a la perpetuidad dominial como una de las condiciones típicas del derecho real en estudio, en virtud de la cual el dominio es independiente de su ejercicio no pudiendo extinguírsele sino indirectamente por medio de la prescripción adquisitiva lograda por un tercero poseedor, de lo cual se sigue a su vez que la acción reivindicatoria sea imprescriptible (art. 4023 Cód. cit.); y tan es todo esto así que ni siquiera el abandono de un inmueble puede transformarlo en bien vacante del dominio privado del Estado (art. 2526 Cód. cit.). La perpetuidad es la consecuencia directa y necesaria del carácter absoluto del dominio y por tanto resulta inherente a la naturaleza misma de la propiedad.

Complementariamente no puede ni debe soslayarse que entre las facultades inherentes al derecho de propiedad con especial referencia a los actos materiales de uso y goce de la cosa se cuenta, justamente, el derecho de poseerla como consecuencia del cual, a su vez, el propietario tiene el derecho de reivindicación destinado a recuperarla en el caso de haber sido privado de aquélla (art. 2513 Cód. cit.). En particular los actos de exclusión de terceros son considerados generalmente como simple consecuencia del señalado carácter exclusivo de la propiedad (Planiol y Ripert, "Traité Elementaire de Droit Civil", Tº III, Nº 212, 216 y 218; idem Baudry-Lancatinerie y Chauveau, "Précis", Nº 209 y 210), de manera que le corresponden al propietario y deben ser respetados aún en la hipótesis que el uso que los terceros quisieran hacer de su cosa no le causara perjuicio alguno.

Justamente a este respecto doctrina y jurisprudencia coinciden al señalar, comentando la norma específica referida a la acción real motivo del juicio (art. 2758 Cód. cit.), que el comprador de un inmueble puede ejercer la acción reivindicatoria contra un tercero poseedor aunque no haya tenido personalmente la posesión, invocando la que tuvieron sus antecesores en el dominio, ya que la venta importa la cesión implícita de todos los derechos y acciones del vendedor sobre la cosa entre los cuales se incluye la acción reivindicatoria. O sea que no es necesario que el propio reivindicante haya sido desposeído, bastando con que se haya privado de la posesión a sus predecesores en el dominio. Por su parte el reivindicante que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado no necesita probar que estuvo en posesión efectiva, bastándole con la posesión presunta que implica su título válido" (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., ob. cit., tª 2, pág. 739 y sus citas).

Cuadra recordar que también ya como Juez de 1ª instancia (cf. caso "INALEF", SD del 4-10-01) tuve oportunidad de ocuparme de cuestiones tales como la prueba de la propiedad en materia reivindicatoria, más concretamente de la reivindicación con títulos de propiedad y dentro de este ámbito lo atinente a que el título sea anterior o posterior a la posesión del demandado en los siguientes términos perfectamente aplicables al sub lite por analogía situacional:

Rigen esta materia los arts. 2789 y 2790 Cód. Civil y su interpretación doctrinario-jurisprudencial.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran coincidentes, en general, sobre el punto en cuanto a que el art. 2790 debe ser aplicado aún en la hipótesis en que el título del reivindicante sea posterior a la posesión del demandado, siempre que en los títulos

de los antecesores pueda llegar a encontrarse alguno anterior a esta última y a menos que antes haya podido cumplirse la prescripción (cf. Salvat, R., ob. cit., pág. 715 y sus citas); a que “el título a que se refiere esta norma (en referencia al art. 2789) y las siguientes no está constituido sólo por la escritura de adquisición del reivindicante, sino que se forma con ella y las de sus antecesores en el dominio” (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., “Código Civil”, T° 2, p. 753 y sus varias citas de fallos); y también a que el reivindicante que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado no necesita probar que él o sus antecesores en el dominio tuvieron la posesión efectiva necesaria para adquirir la propiedad, bastándole con la posesión presunta que implica el título válido” (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., ob. y loc. cit., p. 754 con sus referencias de fallos).

Veamos seguidamente unas muy breves pero significativas ideas en torno a la simple tenencia, al uso y a la habitación.

Recuérdese que el carácter esencial de la tenencia, por lo mismo que presupone reconocer en otro la propiedad de la cosa que se tiene materialmente, viene dado por la obligación restitutoria del detentador precario. Si bien la precariedad no constituye strictu sensu un vicio de la posesión en cambio sí configura el elemento que caracteriza y distingue la simple tenencia de la posesión en el sentido técnico de la palabra, cuando existe precariedad, por lo mismo que se reconoce en otro la propiedad de la cosa y en consecuencia la existencia de una obligación restitutoria, no hay posesión sino mera tenencia (arts. 2352 y 2461 Cód. cit.). La verdadera posesión en estos casos no la tiene el tenedor precario sino el propietario de la cosa. Cabe recordar que Vélez siguió la doctrina de Ihering al referirse a la tenencia relativa como aquella en que detentador no desconoce la existencia en otro de la posesión. Desde el momento que se trate de una detentación reconociendo en otro el derecho de propiedad de la cosa habrá simple tenencia y no posesión. Por lo mismo la tenencia no produce ninguno de los efectos de la posesión, haciendo al caso justamente prevenir que no da lugar a la adquisición de las cosas por prescripción.

El uso es un derecho real porque establece una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. Pero es un derecho sobre la cosa de otro o sea una desmembración de la propiedad: las facultades inherentes a ésta quedan divididas entre el propietario y el usuario. El usuario tiene la facultad de servirse de la cosa, es decir utilizarla en todas las aplicaciones que según su naturaleza y destino correspondan. Si el uso se refiere a una casa se llama derecho de habitación (art. 2948). Los derechos de uso y habitación son

por su propia naturaleza temporarios.

En otros precedentes ("VARISE" y "NIEVA") también traté sobre la interminable discusión sobre si el adquirente de una cosa puede o no reivindicarla antes de habersele traditado en orden a lo cual hay un derecho a la entrega de la cosa sin olvidar que ahora también juega un rol decisivo el hecho de que la tradición debe reputarse perfeccionada con la inscripción dominial (art. 2505).

Sobre la controversia entre la anterioridad o posteridad del título del reivindicante y la posesión del reivindicado agrego ahora otra variante de la discusión ya referida: ¿tiene el reivindicante la obligación de probar que se le ha hecho la tradición de la cosa reivindicada y que, por consiguiente, tenía la posesión de la misma como lo requiere la ley (art. 2758 + principios generales sobre adquisición de la propiedad)? Doctrina y jurisprudencia prevalentes sostienen desde siempre que tal prueba no es necesaria (art. 2790 cit.) pudiendo pues el reivindicante reclamar la entrega de la cosa sin la prueba de la posesión propia como una excepción al sistema del Código Civil, que requiere la tradición en alguna de las formas legales como condición para adquirir la propiedad, la cual se justifica por motivos de equidad porque encontrándose el reivindicante frente a un reivindicado sin título la ley mira la situación de aquél con preferencia a la de éste; el reivindicante tiene a su favor la presunción de que el autor era poseedor y propietario, sin la cual aquél hubiese tenido que justificar el derecho de propiedad de éste y de los autores precedentes, en orden regresivo temporal por lo menos hasta cubrir 20 años de usucapión. Aunque -nobleza intelectual obliga- hay quienes siguen sosteniendo que en tal caso igual el reivindicante debe acreditar que tenía per se la posesión de la cosa, porque sin esa condición ni habrá habido adquisición de la propiedad ni estarían acreditadas las condiciones para la reivindicación; y aún cuando aceptan todos los inconvenientes del sistema de la tradición (cf. in extenso Salvar, R., ob. cit., págs. 712 y sgts., idem T° II, p. 202).

Sea como fuere, en cualquier caso, es evidente que entre los supuestos reivindicatorios el del comprador a quien no se hizo tradición de la cosa cuando precisamente la posee un tercero es un caso especial (cf. Cifuentes, S. y Otros, "Código Civil", T° V, p. 4).

La jurisprudencia concordante ha dicho:

No corresponde cuestionar la legitimación del actor para promover la acción reivindicatoria cuando el mismo acredita la titularidad del dominio del inmueble reivindicado dado que dicha acción, en virtud de lo dispuesto por el art. 2758 del Código Civil nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a

poseer con independencia de la posesión misma (CNCiv., Sala A, 3-11-99, LL 2000-C-477) ."En principio no puede reivindicar quien carece del dominio, pero puede intentar la acción reivindicatoria el comprador a quien no se le hizo la tradición" (CNCiv., Sala E, 24-5-79, ED 84-167). "El comprador de un inmueble a quien se le ha otorgado la pertinente escritura de transmisión del dominio puede, antes de la tradición de la cosa, ejercitar la acción reivindicatoria contra quien se encuentra poseyéndola" (CNCIV, en pleno, 11-11-58, LL 92-463, JA 1958-IV-427; idem, Sala C, 16-8-77, ED 80-251, y 25-8-92, LL 1994-B-201). "Cuando la ley habla de título posterior a la posesión del demandado no se refiere sólo al título mismo del reivindicante sino también al de sus antecesores en el dominio; en otras palabras: el art. 2789 no se refiere al título inmediato y recién otorgado al reivindicante sino al que tuvieron sus causantes" (CNCiv., Sala D, 18-5-84, LL 1985-A-352).

Concurrentemente acaso resulte propicia la oportunidad para profundizar algunas ideas. la adquisición y transmisión de los derechos reales con particular referencia al dominio de inmuebles.

Hay fervientes partidarios de la tradición como publicidad para quienes el fundamento y función de la tradición no es otro que el de dar publicidad a las transmisiones y constituciones de derechos reales (Freitas, "Consolidacao das leis civis" 1870, traducción de Martínez Paz, E. en "Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino", p. 109); para el propio Vélez Sarsfield, rescatando justamente el modelo del jurista brasileño, tradición es igual a publicidad y por lo tanto modo suficiente y publicidad son una misma cosa (nota del art. 577 Cód. cit.). Otros autores participan del criterio de la publicidad posesoria conforme al cual más que el acto instantáneo de instalación en la relación posesoria (tradición) la publicidad viene dada por la situación permanente de tal relación (posesión), razón por la cual debe hablarse de publicidad posesoria y no de publicidad traditiva. Tenemos también el criterio de la tradición como investidura de poder que reza que siendo todo derecho real un señorío de la persona sobre la cosa el derecho (poder jurídico) no nace mientras su sustrato (poder de hecho) no existe efectivamente, de manera que tratándose de una adquisición derivada del derecho real por actos inter vivos será necesario un acto por el cual el investido actual se desprenda del poder para que lo asuma el adquirente; la idea de la tradición como investidura de poder justifica la existencia de actos materiales sin los cuales aquélla no existe (art. 2379) no bastando las meras declaraciones (art. 2378) por solemnes que sean, ya que de un poder fáctico como es la posesión no se puede ser investido de otro

modo que no sea por actos materiales. Finalmente la publicidad registral merece algunas aclaraciones: para unos la publicidad del título (causa) producía de consuno el modo (tradición), la adquisición de su posesión y la del derecho real transmitido o constituido sobre la cosa, aunque al adquirente no se le hubiera hecho entrega efectiva de la misma (sistema de Freitas); el criterio de Vélez fue crítico del sistema francés de transmisión de la propiedad por sólo el contrato sin ser necesaria la tradición (nota al art. 577 prácticamente copia de las ideas de Freitas); y la reforma (ley 17711) consagro, según la interpretación doctrinario-jurisprudencial prácticamente unánime que la inscripción registral tiene efectos declarativos con respecto a los derechos reales que se ejercen por la posesión, de forma que con sólo el título y el modo nace el derecho real con oponibilidad erga omnes salvo contra un tercero interesado de buena fe, y constitutivos para los que no (Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 5A, págs. 438 y sgts.).

E in extremis cuadra recordar en esta materia puntual tanto un antiquísimo criterio interpretativo de la Corte Suprema (que data nada menos que de 1899) como la jurisprudencia de nuestro propio STJ y hasta inclusive muy importante doctrina plenaria nacional en los siguientes términos pertinentes:

"Es exacto que el actor no adquirió el dominio de los terrenos en pleito porque, tratándose de obligaciones de dar, antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real (art. 577 y cdt. Cód. Civil); aunque en mérito de las precedentes consideraciones el demandante no ha podido promover el juicio en el concepto de nacer la acción reivindicatoria de su dominio propio, en cambio ha podido hacerlo ejercitando en su interés las acciones de su causante porque la escritura importa una cesión de acciones (art. 1444) y la ley permite hacer valer contra el poseedor títulos de propiedad anteriores a su posesión aún cuando no se refieran a la fecha del reivindicante mismo" (CSJN, doctrina de Fallos 83:223 reiterada en 108:344, 114:233, 123:70, 142:273 entre muchos otros)

"¿Tienen los compradores, quienes no han acreditado que se les haya realizado la tradición de la cosa, legitimación activa para ejercer la acción reivindicatoria? Existen situaciones especiales en las cuales resulta posible el ejercicio de la acción reivindicatoria a pesar de no ser el actor titular del derecho real por no haberse efectuado la tradición. Tal el caso de autos: al comprador no se le hizo aún la tradición. En el sistema del Código, con excepción del derecho de hipoteca y de algunas servidumbres, la adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos requiere el concurso del título y la tradición, esta última equivalente a modo

suficiente (arts. 577, 2609 y 3265 entre otros). De tal forma el comprador que cuenta con título suficiente pero a quien no se le hizo aún la tradición no es titular del derecho real, por ello es necesario determinar qué tipo de acción puede ejercer para obtener la posesión de la cosa y si esta puede ser la acción reivindicatoria. No se trata del supuesto común, es decir el propietario que despojado por un tercero de su posesión inicia la acción con el sólo objeto de obtener su restitución, sino que aquí quien entabla la acción reivindicatoria lo hace con una finalidad superior: lograr la obtención por este medio de una posesión de la cual nunca gozó, de alcanzar la tradición que jamás le fue realizada; se trata no ya de proteger el derecho real del cual se es titular frente a la acción de terceros, sino de perfeccionar el derecho real en sí mismo. En el caso de autos el reivindicante no es titular del derecho real que pretende por falta de tradición pero ello no significa que carezca en absoluto de derecho, pues no sólo lo tiene a que la cosa le sea entregada por el enajenante sino que además tiene derecho a la posesión (art. 2468)... El demandante no necesita demostrar que recibió la posesión del inmueble al cual se aplica su título, pero sí resulta insoslayable la invocación de título; la carga de la prueba que pesa sobre el reivindicante consiste en la demostración de su derecho a la posesión lo que se concreta mediante el título (Salvat, "Derechos reales", T° III, p. 703). En conclusión: el reivindicante no se halla obligado a probar que ha tenido la posesión del inmueble sino que para incoar la acción le es suficiente acreditar su derecho a poseer, ello porque la ley acude en su auxilio en virtud de presunciones que permiten suponer que en algún momento fue poseedor con antelación al demandado si su título es de fecha anterior o si no le autorizan a invocar la habida por sus antecesores como aquí sucediera" (cf. STJRN, "GUERRIERI Y OTROS", 14-8-08, SE 50/08).

"El comprador de un inmueble a quien se le otorgó la pertinente escritura traslativa de dominio puede ejercer la acción reivindicatoria contra el poseedor del bien aún antes de habersele hecho la tradición" (CNCiv., en pleno, "ARCADINI", 11-11-58, correctamente aludido por los actores).

Por lo demás la tesis de la cesibilidad de la acción fue adoptada por los romanistas de todos los tiempos y por los comentaristas de las legislaciones que siguieron la tradición romana, quienes enseñan que la acción reivindicatoria es cesible sin que sea óbice para ello el sistema tradicionista (Martínez, L, "¿Es cesible la acción reivindicatoria?, p. 687 y sdgts.).

Luego: si como vimos, conforme surge de la ley y de su interpretación doctrinario-jurisprudencial unívoca, para reivindicar basta con ser titular dominial aunque no se

tenga la tradición ni la posesión, porque el reivindicante puede prevalecerse del dominio anterior que tuvieron sus antecesores justamente para perfeccionar su propio derecho real y además el derecho de dominio no requiere de su ejercicio para ser conservado, entonces carecen de todo sentido tanto la misma negativa hecha por los Sres. TOBAL-ZENZ sobre que la Sra. BELTRAN SIMO poseyera el inmueble como el pretextado abandono del predio y también, fundamentalmente, la falta de posesión efectiva imputada por aquéllos a ésta (ver in extenso fs. 37/43); con lo cual toda la argumentación direccionada sobre la manida cuestión de la tradición y la posesión, pretextadas por los demandados como suerte de *conditio sine qua non* para que la actora pueda reivindicar en forma útil y eficaz, también carece de todo sentido frente al título dominial anterior a la posesión invocada.

Por eso mismo, aunque no haya sido materia recursiva, el Juez a quo hizo bien en desestimar la falta de legitimación activa: porque la Sra. BELTRAN SIMO probó, en tiempo propio y de la forma debida, que su antecesor inmediato en el dominio del lote (Urbanizadora Parque Entre Lagos SRL), a su vez, lo hubo de los mediatos (Sres. Winograd y Otros y Sr. Bustos Grandoli).

Ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas la escritura respectiva (fs. 6/11) da suficiente cuenta del título de la Sra. BELTRAN SIMO muy anterior a la posesión autoinvocada por los Sres. TOBAL-ZENZ originado, incluso, en el que tuvieron sus antecesores (art. 2790 Cód. cit.); y esa anterioridad del título con relación a la pretextada posesión, que data de antes de 1951 frente al 2003 y no (según los propios dichos de los demandados a fs. 42) y no a 1991 ó 1992 (como improcedentemente meritara el Juez accediendo y/o uniendo la invocada posesión de aquéllos a la paterna cuando *strictu sensu* según vimos fueron a lo sumo dos meras tenencias), sella en forma definitiva la suerte de esta primera cuestión.

Así pues el dominio de la Sra. BELTRAN SIMO sobre el lote litigioso existe como tal con absoluta y total independencia de su ejercicio ya que, como vimos, aquél es un derecho perpetuo y por lo tanto su titular no está obligado sino facultado a desplegar tanto actos materiales de uso o goce sobre la cosa como actos de exclusión de terceros. Precisamente tal como sucedió en este caso al menos en una oportunidad constatada: cuando la actora intentó amojonarlos por vía del Arq. Parello y el Agr. Locria.

No interesa entonces para nada a las circunstancias del caso que la recurrente no ejerciera la posesión de dicho lote que ahora pretende reivindicar pues, a diferencia de lo que acontece con los derechos reales llamados de disfrute, el derecho real de dominio

carece de limitación temporal y se mantiene en su totalidad pese al desuso o a la falta de ejercicio de las facultades que del mismo derivan. Ya vimos cómo el derecho a poseer el lote por parte de la actora, con motivo y en ocasión de ser titular del dominio, es independiente de la posesión misma a la cual, justamente, no ha podido acceder al presente debido a la recalcitrancia sin derecho acreditado de los demandados. Y también de qué manera la actora, en tanto compradora del inmueble, puede perfectamente ejercitar la acción reivindicatoria contra los demandados, como terceros, aunque no hayan tenido personalmente la posesión pues al efecto bien pueden invocar la que tuvieron sus antecesores dominiales. Por eso incluso técnicamente hasta resulta innecesario que la propia reivindicante fuera desposeída, bastando con que se hubiera privado de la posesión a sus predecesores en el dominio. En este sentido aún cuando resultara que el título de la actora pudiera haber sido de fecha posterior a la ocupación de los demandados, que no es el caso, vimos cómo lo relevante resulta ser que los títulos de sus antecesores dominiales sean muy anteriores sin que el dominio, como vimos, se haya extinguido por usucapión.

Es cierto, como se infiere in mens retenta de la litiscontestatio de los demandados y de su alegato, que el dominio se adquiere por título + modo y se consolida por la posesión, pero no lo es menos que a los fines reivindicatorios sólo interesa lo primero con independencia de lo segundo y lo tercero para recomponer aquel derecho real.

Ya vimos también cómo justamente la acción reivindicatoria nace del dominio y por tanto se vincula con el título y con el derecho a poseer con independencia de la posesión misma, resultando que la actora acreditó su derecho a poseer y justamente con la reivindicación quiere entrar en la posesión.

Y ut supra también vimos tampoco importa la eventual falta de tradición en favor de la recurrente porque lo dirimente, reitero, es su derecho a poseer el lote adquirido en tiempo propio y de la forma debida.

De nuevo: la antigüedad del título de la reivindicante vis á vis la posesión autoinvocada por los co-demandados (que strictu sensu es una mera ocupación y/o tenencia), en orden a determinar si corresponde tomar en cuenta únicamente la fecha del acto mismo de la adquisición realizada por aquellos o si por el contrario debe considerarse la fecha del título de sus antecesores en el dominio, se resuelve privilegiando esta última circunstancia por sobre aquélla; lo que de todas formas no es el caso pues, ut supra vimos, aquí ya el título de la Sra. BELTRAN SIMO data de 1951 y la ocupación exclusiva de los Sres. TOBAL-ZENZ principió recién en 2003 (incluso participando de

la interpretación del Juez de grado -uniendo las "posesiones" que vimos no son tales- estamos en 1991-1992).

En definitiva entonces como el título esgrimido por la Sra. BELTRAN SIMO en orden a apuntocar su pretensión reivindicatoria resulta ser muy anterior a la posesión alegada por los Sres. TOBAL-ZENZ sobre el inmueble en cuestión, ni tan siquiera precisa servirse de los de sus antecesores dominiales

Todo lo hasta aquí meritado demuestra la total inconducencia de lo que los recurrentes invocaran también al contestar demanda: que los lotes estuvieran desocupados y en estado natural, y que el IMTVHS les reconociera (dogmáticamente) el ejercicio de una posesión tradicional que jamás tuvieron sobre los lotes.

Mi segunda conclusión: además de hacerlo por las acertadas razones brindadas por el Juez originario cabe además receptar la legitimación activa de la Sra. BELTRAN SIMO, sin que interese que no tuviera la tradición ni ejerciera la posesión de los lotes reivindicados pues, en cualquier caso, su derecho real de dominio carece de limitación temporal y se mantiene en su totalidad pese al desuso o a la falta de ejercicio de las facultades que del mismo derivan.

2.2) El despojo (y por ende la legitimación pasiva de los demandados.

Si bien es cierto, por una parte, que dicha circunstancia podría darse por suficientemente consumada con arreglo al efecto privativo del uso de la propiedad a causa de la misma ocupación del lote por los demandados no lo es menos, de otro, que se hubo producido al respecto suficiente prueba positiva corroborante de dicho presupuesto fáctico-jurídico.

De nuevo la prueba testimonial rendida por el Arq. Parello y por el Agr. Locria evidencia un hecho claramente direccionado a impedir que la actora entrara en posesión del predio: las increpancias y/o intimidaciones proferidas tanto por los Sres. TOBAL-ZENZ como por el padre de la primera contra ambos profesionales, precisamente con motivo y en ocasión de disponerse a concretar el amojonamiento del inmueble.

Entonces: ese hecho evidente acreditado, que trasunta sin ambages la imposibilidad de la actora de usar y gozar de la propiedad como directa e inmediata consecuencia de su ocupación por los demandados, no precisa de mayores abundamientos argumentales para concluir que estamos ante otro caso de despojo consumado.

Aquél acto, su forma y manera, del que se sirvieron los demandados para despojar a la recurrente de la posibilidad de usar y gozar plenamente su dominio es por demás elocuente.

In itinere no cabe descartar de consuno la previa clandestinidad en el accionar de los demandados ya que, en efecto, a las intrínsecas y significativas disvaliosas condiciones de revista topográficas del predio (muy importante pendiente y profusa vegetación según declararan todos los testigos) se adita, como circunstancia sobreviniente nada menor en términos comparativos, que tanto la construcción encaballada de la vivienda (fs. 112 y 169) como la del manido invernadero (fs. 171) se ubican en el corazón del bosque.

Mi tercer conclusión: aún cuando no cabe perder de vista que la pérdida de la posesión no es condición absoluta para la reivindicación (nota de Vélez al art. 2758 "in fine" Código Civil) pues ella resulta viable cuando se hallan en disputa dos posesiones que emanan de causas opuestas, de todas formas ha quedado indubitadamente acreditado que los Sres. TOBAL-ZENZ han impedido primero de manera verosímilmente clandestina y a posteriori ya en forma activa que la Sra. BELTRAN SIMO pueda concretar su derecho a poseer los lotes de los que fueran despojados.

3) Colofón.

En este caso, en fin, mientras la Sra. BELTRAN SIMO presentó título suficiente para poseer el inmueble porque lo compró al dueño anterior por escritura pública los Sres. TOBAL-ZENZ, en cambio, no acreditaron ningún título emanado directa o indirectamente de aquél, idóneo para resistir la reivindicación, ni tampoco una posesión suficiente para prescribir (arts. 4015 y 4016 Cód. cit.).

Lo considerado en los puntos precedentes es más que suficiente para discernir la suerte negativa del recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo 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, bastando 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 (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal resolver lo siguiente: I) REVOCAR la parte pertinente de la sentencia en crisis (fs. 231 vta./232 puntos 2 a 5), RECEPTANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión, y en consecuencia

HACER LUGAR a la demanda reivindicatoria, RECHAZANDO la reconvencción prescriptiva, a fin de condenar a los Sres. TOBAL-ZENZ a restituir a la Sra. BELTRAN SIMO la posesión del inmueble motivo del juicio, dejándolo aquéllos desocupado y en estado que ésta pueda tomarla en el plazo de TREINTA (30) días, bajo apercibimiento legal; II) IMPONER las costas de ambas instancias a los demandados-reconvinientes finalmente vencidos (art. 68 ap. 1° CPCC); III) REGULAR los honorarios por la reivindicación en la siguiente forma: A) 1a. instancia: Dr. Triventi \$ 23.483 y Dras. Zannoni y Wallace \$ 12.301.- en conjunto (arts. 6, 8 -15 % y 11 %-, 10 -40 %- y cdts. L.A.; base = \$ 111.823.- ; B) Alzada: Dr. Triventi \$ 7.045.- y Dras. Zannoni y Wallace \$ 3.075.- en conjunto (arts. 6, 15 -30 % y 25 %- y cdts. L.A.; base = nueva regulación de origen); IV) REGULAR los honorarios por la usucapión en la siguiente forma: A) 1a. instancia: Dr. Triventi \$ 23.483 y Dras. Zannoni y Wallace \$ 12.301.- en conjunto (arts. 6, 8 -15 % y 11 %-, 10 -40 %- y cdts. L.A.; base = \$ 111.823.- ; B) Alzada: Dr. Triventi \$ 7.045.- y Dras. Zannoni y Wallace \$ 3.075.- en conjunto (arts. 6, 15 -30 % y 25 %- y cdts. L.A.; base = nueva regulación de origen); V) (De forma).

Así lo voto.-

A la misma cuestión el Dr. RIAT dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Cuellar.

En particular, comparto el meticoloso análisis de la prueba y coincido con que los demandados no han demostrado una posesión suficiente para prescribir la propiedad, incluso sin extremar irrazonablemente el rigor en la apreciación de los medios probatorio.

Es que, a pesar del rigor con debe analizarse la prueba para evitar pretensiones injustificadas o hasta fraudulentas (STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14), ese rigor no debe exagerarse al punto de premiar el desinterés del dueño incompatible con la función social de la propiedad, desinterés que justamente viene a remediar la prescripción adquisitiva de quien aprovecha efectivamente los bienes, especialmente en una sociedad con graves problemas habitacionales y de acceso a la tierra. La prescripción adquisitiva, se reitera, es un remedio contra el abuso de la propiedad ociosa y olvidada durante mucho tiempo. Por lo tanto, así como es preciso algún rigor en la apreciación de la prueba, también es preciso no exagerarlo con la exigencia de pruebas en demasía, incluso ante la rebeldía o el mismo allanamiento del titular, salvo por supuesto los casos donde fundadamente se tema la ligereza o el abuso de quien pretende

adquirir en perjuicio injustificado del dueño que efectivamente controvierte la pretensión, o incluso de terceros. Al contrario, debe en principio prevalecer el poseedor actual que ha honrado la cosa aprovechándola prolongadamente, antes que quien invoca la abstracta prerrogativa de un título que no ha hecho efectivo durante un largo lapso (ver, por ejemplo, Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", tomo I, 5ª edición actualizada por Delfina Borda, parágrafo 391, última parte, La Ley, 2008).

No obstante, a pesar de todo ello reitero que en este caso no hay pruebas de que los demandados hayan ejercido sobre el inmueble una posesión suficiente para prescribir la propiedad, a la vez que también comparto lo sustancial del primer voto acerca de la reivindicación, las costas y los honorarios.

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 la parte pertinente de la sentencia en crisis (fs. 231 vta./232 puntos 2 a 5), RECEPTANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión, y en consecuencia HACER LUGAR a la demanda reivindicatoria, RECHAZANDO la reconvencción prescriptiva, a fin de condenar a los Sres. TOBAL-ZENZ a restituir a la Sra. BELTRAN SIMO la posesión del inmueble motivo del juicio, dejándolo aquéllos desocupado y en estado que ésta pueda tomarla en el plazo de TREINTA (30) días, bajo apercibimiento legal; II) IMPONER las costas de ambas instancias a los demandados-reconvinientes finalmente vencidos (art. 68 ap. 1º CPCC); III) REGULAR los honorarios por la reivindicación en la siguiente forma: A) 1a. instancia: Dr. Triventi \$ 23.483 y Dras. Zannoni y Wallace \$ 12.301.- en conjunto (arts. 6, 8 -15 % y 11 %-, 10 -40 %- y cdts. L.A.; base = \$ 111.823.- ; B) Alzada: Dr. Triventi \$ 7.045.- y Dras. Zannoni y Wallace \$ 3.075.- en conjunto (arts. 6, 15 -30 % y 25 %- y cdts. L.A.; base = nueva regulación de origen); IV) REGULAR los honorarios por la usucapión en la siguiente forma: A) 1a. instancia: Dr. Triventi \$ 23.483 y Dras. Zannoni y Wallace \$ 12.301.- en conjunto (arts. 6, 8 -15 % y 11 %-, 10 -40 %- y cdts. L.A.; base = \$ 111.823.- ; B) Alzada: Dr. Triventi \$ 7.045.- y Dras. Zannoni y Wallace \$ 3.075.- en conjunto (arts. 6, 15 -30 % y 25 %- y cdts. L.A.; base = nueva regulación de origen); V) (De forma). V) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VI) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

c.t.

EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANGELA ALBA POSSE

Secretaria de Cámara