

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 27 días del mes de noviembre de dos mil catorce, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Edgardo J. Camperi, Carlos M. Cuellar y Juan Lagomarsino, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "GASPAR LUCAS E. C/ VERA BENIGNO S/ REIVINDICACION (Ordinario)", expediente 15408-204-09 (registro de Cámara), y discutir la temática del fallo por dictar -de todo lo cual certifica la Actuaría-, los Señores Jueces emitieron su voto en el orden establecido en el sorteo practicado (fs.424 vta), respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr.Cuellar dijo:

1) Corresponde resolver la apelación interpuesta por el Sr. GASPAR (fs. 314) contra la sentencia que rechazó su demanda reivindicatoria (fs. 306/309), concedida libremente con efecto suspensivo (fs. 315), fundada por el apelante (fs. 333/336) y sustanciada con el Sr. VERA (fs. 341/342).

El Juez de grado apontocó su decisorio meritando, en esencia, que como ambas posesiones son parciales, al estar el inmueble dividido materialmente, hay que determinar quién tiene mejor título o más derecho a poseer la parte disputada; los Sres. Melián y GASPAR recibieron la posesión parcial de sectores distintos y separados pero no la co-posesión de todo el bien; el Sr. Melián cedió a su vez al Sr. GASPAR su parte física pero sin tradición, con lo cual éste tiene título pero no modo sobre la parte material litigiosa cuya propiedad no adquirió; en ese contexto es verosímil que el Sr. Melián también cediera su parte indivisa a los antecesores del Sr. VERA, incluso antes de hacerlo al Sr. GASPAR, haciendo tradición de la posesión exclusivamente a aquéllos; o sea el Sr. Melián cedió dos veces, por instrumento privado, su parte indivisa pero sólo hizo tradición a los antecesores del Sr. VERA quienes, a su vez, la hicieron a éste, cuya posesión accede entonces a la del Sr. Melián; por lo tanto el título del Sr. GASPAR es posterior a la posesión parcial del Sr. VERA sobre el sector cuestionado, y por ende insuficiente para reivindicar; y como, en fin, alcanza con una posesión más vieja que el título para resistir la reivindicación, aunque el demandado no presente título (art. 2789 Código Civil) es abstracto determinar si esa posesión reúne además los requisitos para usucapir.

El Sr. GASPAR se agravió diciendo, en síntesis, que los instrumentos presentados por el Sr. VERA son copia simple y como él negó su autenticidad sn que éste los

corroborara la sentencia, sustentada en su totalidad en dicha prueba, resulta arbitraria; de todas formas de dichas copias no surge que hubiera existido tradición a favor del Sr. VERA; incluyendo todos los antecedentes dominiales que se remontan a 1950 cuando adquirió el inmueble Cabaña Ñireco quien le cedió a él, la fecha de su título es muy anterior a la posesión muy posterior invocada por el Sr. VERA; tramitó incluso un juicio de desalojo contra el demandado, lo que implica que dicha invocada posesión no fue pacífica; además el demandado siempre fue un mero tenedor, porque siempre reconoció a él como dueño; y, en fin, el Sr. VERA intentó intervertir el título sin completar tampoco los 20 años legales.

El Sr. VERA pidió la deserción del recurso y en subsidio su rechazo diciendo, en resumen, que él poseía una parte del lote físicamente dividida desde antes que el Sr. GASPAR adquiriera de Cabaña Ñireco; su posesión no provenía de una parte indivisa sino de una fácticamente real antes que el actor adquiriera sus derechos; y éstos, en fin, no estaban completos ya que el actor nunca tuvo la tradición porque él poseía la parte en litigio como dueño.

2) Las críticas formuladas por el Sr. GASPAR son plenamente atendibles.

Ya como Juez de grado tuve variadas oportunidades de referirme a las cuestiones motivantes de este juicio (cf. v.gr. casos "NOYA ALDREY", "JOLLY", "FUNDACION MAYORDOMOS CRISTIANOS", "VERA DE VALENZUELA", "NIEVA", "POMBAL", "GONZALEZ MATEOS", "GARCIA SUSINI Y OTRA", etc., todos del Juzgado Civil y Comercial N° 3) en los siguientes términos pertinentes al sub lite por analogía situacional:

Veamos primero algunas dirimentes ideas sobre reivindicación.

Específicamente hube advertido antes de ahora (cf. v.gr. caso "NIEVA", SD del 3-2-12, Juzgado cit.) cómo 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 aquella (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 la cuestión sobre que los actores (titulares dominiales) nunca poseyeron dicho bien.

Precisamente hubiese 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.

Precisamente 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 (cf. caso "INALEF", SD del 4-10-01, Juzgado cit.) 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 caracter 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 los precedentes citados ("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 sobre 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 dicho modo 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 (tradicción), 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 17.711) consagró, 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 extemis 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).

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.).

Teniendo in mens retenta tales ideas vayamos a las circunstancias determinantes acreditadas en este caso.

Aún compartiendo el razonamiento inicial del Juez a quo en el sentido que strictu sensu estamos ante un supuesto de coposesión parcial y no total, en cualquier caso, estoy persuadido que el mejor título, en rigor el único, y consecuentemente mayor derecho asisten al Sr. GASPAR y decididamente no al Sr. VERA, quien carece tanto de título como de derecho alguno sobre la parte disputada del inmueble.

Veamos.

Si no puede ya a esta altura caber ninguna duda sobre que el Sr. GASPAR cuenta con título suficiente, como el propio sentenciante meritara (fs. 307 vta. considerando 4°), si ese título permite al actor prevalerse de la acción reivindicatoria contra el Sr. VERA aunque aquél no haya tenido personalmente la posesión a cuyo fin, ut supra vimos, puede invocar la que tuvieron sus antecesores dominiales y si hasta inclusive, como también vimos, al ser aquél título del Sr. GASPAR muy anterior a la posesión invocada por el Sr. VERA aquél no precisa probar que estuvo en posesión efectiva pues le basta con la presunta que implica dicho instrumento público válido, máxime que luego de la reforma la tradición se reputa perfeccionada con la inscripción registral del dominio (art. 2505 cit.), con arreglo a todas tales razones de intrínseca y dirimente trascendencia resulta del todo irrelevante aquí entrar a desentrañar (aunque el Juez lo infiere) si el Sr. Melián, co-adquirente por boleto del 50 % indiviso del inmueble y a posteriori cedente final del Sr. GASPAR, traditó o no al recurrente su parte física o de consuno cedió su parte indivisa a los antecesores del Sr. VERA, aparentemente los Sres. Ampuero Guzmán y Rodríguez, incluso antes de hacer lo propio con el Sr. GASPAR.

Acierta entonces de lleno el recurrente con su agravio direccionado a su derecho de beneficiarse con todos los antecedentes dominiales que se remontan a 1950, cuando adquirió el inmueble Cabaña Ñireco quien le cedió a él, resultando entonces que la fecha de su título es muy anterior a la posesión muy posterior invocada por el Sr. VERA.

Nótese in itinere cómo dicho mismo título consignó que Cabaña Ñireco le hizo tradición al Sr. GASPAR quien se encontraba en posesión de lo adquirido (fs. 19) con lo cual resulta obvio, en mi opinión, que no cabe inferir verosimilitudes en orden a restar legitimación al actor, concluyendo que su dominio invocado no es tal por falta de modo, cuando existen certezas al respecto derivadas, precisamente, de los antecedentes del título que señalan una antigüedad de éste de nada más y nada menos que casi 30 años respecto de la posesión invocada por el Sr. VERA con fundamento, de paso prevengo, en una mera copia simple (desconocida en su autenticidad y nunca corroborada por

prueba supletoria: fs. 68/69) de una equívoca cesión de otra cesión de fecha 1979; y todo ello, reitero, aún sin perjuicio del derecho del Sr. GASPAR de valerse de tanto de la posesión presunta derivada de su título válido (escritura) como del perfeccionamiento de la tradición emergente de la inscripción registral de su dominio.

El dominio del Sr. GASPAR sobre el lote litigioso existe como tal con absoluta y total independencia de su ejercicio ya que, como vimos, 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 cuando el actor demandó por desalojo al Sr. VERA (cf. prueba testimonial Dr. Sarmiento).

No interesa entonces para nada a las circunstancias del caso que el Sr. GASPAR no ejerciera la posesión de la parte del lote que 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 del actor, 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 del demandado. Y también vimos de qué manera el actor, en tanto comprador del inmueble, puede perfectamente ejercitar la acción reivindicatoria contra el demandado, como tercero usuario-tenedor precario, aunque no hayan tenido personalmente la posesión pues al efecto bien puede invocar la que tuvieron sus antecesores dominiales. Por eso incluso hasta resulta innecesario que el propio reivindicante fuera desposeído, bastando con que se haya privado de la posesión a sus predecesores en el dominio. En este sentido aún cuando se admitiera que el título del Sr. GASPAR pueda resultar posterior a la posesión (no mero uso y/o tenencia precaria como es aquí) del Sr. VERA, en cualquier caso, vimos asimismo cómo lo relevante resulta ser que los títulos de sus antecesores dominiales son anteriores a dicha ocupación sin que el dominio se haya extinguido por usucapión.

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

Como sea es pues obligada la referencia a la antigüedad del título del Sr. GASPAR con relación a la posesión autoinvocada por el Sr. VERA 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. Repasando a este efecto las circunstancias del caso tenemos pues que aún cuando formalmente pudiere considerarse que el actor esgrime un título posterior (1980) a la posesión alegada por los demandados (1979 ó 1977 si acceden a la de sus antecesores), en cualquier caso, resulta evidente que en términos sustanciales el mismo es anterior a tal circunstancia ya que, en efecto, aquél hubo integrado su título con el de sus antecesores en el dominio (1950). Luego: atendiendo a la secuencia de sucesivos actos escriturarios suscitada hasta el último que favoreciera al Sr. GASPAS forzoso es concluir en que su título reivindicante resulta ser mucho muy anterior a la posesión invocada por el Sr. VERA, aún cuando a ésta se aditara la que pudieran haber ejercido tanto los Sres. Ampuero Guz,án y Rodríguez como hasta incluso el propio Sr. Melian, ya que esta última no se inició antes de 1950 (cf. detalle relacionado emergente de la propia escritura). Cabe pues considerar que, en definitiva, el título esgrimido por el Sr. GASPAS en orden a apuntocar su pretensión reivindicatoria, en virtud de los instrumentos con que se integra la secuencia legitimante a su respecto, resulta ser muy anterior a la posesión alegada por el Sr. VERA sobre la parte del inmueble en cuestión; y aún cuando pudiese reputarse dicho título formalmente posterior a tal posesión, considerando tan sólo la fecha de su celebración como posterior al inicio de la sedicente posesión por el Sr. VERA, lo relevante para una justa composición del juicio es que ese título reconoce otros anteriores que constituyen su directo e inmediato antecedente dominial.

Y en punto al despojo cometido por el Sr. VERA 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 (C.Apel. Noreste de Chubut, 11-5-00, LL 2000-F-669),

Mi primer conclusión: cabe sin duda ninguna receptar la reivindicación de su inmueble reclamada por el Sr. GASPAS, ya que strictu sensu su título es muy anterior a la ocupación del Sr. VERA sin que interese que aquél no ejerciera la posesión de la parte del lote reivindicado ni tampoco -llegado el caso- que pueda adolecer de la tradición 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; con lo cual es evidente cómo el Sr. GASPAS hubo satisfecho con suficiencia todos los presupuestos fáctico-jurídicos a los cuales la ley, de consuno con

su interpretación doctrinario-jurisprudencial, subordina la procedencia de la reivindicación.

Acierta entonces también de lleno el recurrente con su otro agravio direccionado a advertir que los instrumentos presentados por el Sr. VERA son copia simple y él negó su autenticidad sin que éste los corroborara (fs. 26/29) tal como, por otra parte, surge sin hesitación ninguna posible de las constancias emergentes de la causa "SANCHEZ, OLGA Y OTROS C/ VERA, BENIGNO Y OCUPANTES S/ DESALOJO" (Expte. N° 07203- 289- 92 del Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Lo cual me lleva, a diferencia también de lo meritado por el Juez de grado, a meritarse la pseudoposesión invocada por el Sr. VERA como excepción para resistir la demanda del Sr. GASPAR.

A mero título ilustrativo me permito recordar orientaciones que también ya hube consignado al respecto como Juez de grado.

Ya en oportunidad de dictar sentencia en el leading case "CASTRO Y OTROS" (SD del 22-5-95) este mismo Juzgado hubo prevenido sobre el siguiente orden ideario seguido sistemáticamente desde entonces (cf. v.gr. casos "TRABUCCO", SD del 8-8-02, y "HUERTA", SD del 7-7-05, entre tantos otros):

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", T° 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", T° 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 "minimo 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 recordar 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.).

Sin embargo en este caso proceden algunas aclaraciones vinculadas con el principio de inmutabilidad de la causa y la interversión titular vedada motu proprio por la ley (art. 2353 Código Civil), según ya priviniera hace mucho tiempo este mismo Juzgado en un recordado precedente ("TRABUCCO") en los siguientes términos igualmente pertinentes:

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, p'pags. 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", Tº 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 "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 sobre la hipótesis de unión o accesión de posesiones (arg. art. 4005 Cód. cit.).

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).

Resulta muy sugestivo que si efectivamente su posesión animus domini datara desde 1977 ó 1979 el Sr. VERA no reconviniera sino que tan sólo se limitara a excepcionar por usucapión, siendo como es la reivindicación la "última frontera" para que el dueño recupere la posesión de la que resulta despojado; esta circunstancia, nada menor por cierto, resulta una prueba firme de que en realidad nunca el demandado se comportó como dueño de hecho de la parcela en disputa o bien al momento que el Sr. GASPAR instaurara en su contra la demanda no contaba en lo más mínimo con los 20 años legalmente requeridos para usucapir. Creo innecesario recordar cómo la praxis judicial indica sin ambages que la oposición de la prescripción adquisitiva como defensa o excepción es más propia de otro tipo de juicios (v.gr. desalojo: cf. caso "OGILVIE" del Juzgado Civil y Comercial N° 3), mientras su articulación como reconvención es prototípica justamente en materia de pretensiones reivindicatorias (cf. v.gr. casos "JOLLY" y "FUNDACION MAYORDOMOS CRISTIANOS" también del Juzgado cit.). Cabe pues prevenir que nadie puede oponer la usucapión como defensa cuando es demandado por reivindicación ya que así como el dominio se pierde cuando su titular deja poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por prescripción (art. 25 10 Cód. cit.), del mismo modo la aptitud para prescribir el dominio reconoce su límite justamente en el ejercicio por el propietario de la pretensión reivindicatoria; con otras palabras: antes que anunciar su intención de usucapir la parte del inmueble en litigio lo que debió haber hecho el Sr. VERA en esta instancia, que es la última frontera protectora del derecho de dominio, era directamente reconvenir a los actores al efecto, es decir ejercer el derecho que según él tiene desde hace tanto tiempo, pues si se admite la demanda, como en este caso, queda sellada la suerte del derecho real en juego.

De todos modos no sólo que la pretendida cesión de una cesión de derechos y acciones quedó -como digo- totalmente huérfana de cualquier prueba corroborante, tal acabamos de ver, sino que inclusive dicho hecho strictu sensu nunca fue así en tanto y cuanto jamás ultrapasó la mera o simple detentación y/u ocupación sin derecho suficiente para usucapir.

En efecto: ya en la causa relacionada antes aludida quedó patentizada la condición de inquilino que revistiera el Sr. VERA desde 1972 hasta que fuera finalmente desalojado del inmueble hacia fines de 1993 (fs. 11 y 68), meritación de tal condición jurídica mediante por esta misma Cámara en ese mismo año (fs. 52/53), sin que ni tan siquiera al expresar agravios el demandado invocara ser dueño animus domini nada más y nada menos que desde 1977 ó 1979 como hiciera en estos autos (fs. 35). Con lo cual queda evidenciada, de paso, la falta de pacificidad en la sedicente posesión.

Y hay que decir también que toda la restante prueba documental aportada por el Sr. VERA (fs. 30/33 y sobre todo 77/200), aún más allá o sin perjuicio de prevenir sobre su inidoneidad porque la parte litigiosa del inmueble es la identificada como Los Colihues N° 662 y no 652 (véase que el propio Sr. VERA denuncia su domicilio real en aquél y no en éste -fs. 34- pese a lo cual toda dicha prueba documental refiere a este último y no a aquel primero), resultaría en cualquier caso del todo insuficiente para intentar siquiera probar la posesión animus domini alegada por el demandado desde que, en efecto, se muestra concentrada por un único servicio (CEB) durante los años 1995/2005 y encima es posterior al referido juicio de desalojo.

Con lo anterior últimamente referido quiero significar que la posesión invocada, no ya en términos de adquisición sucesión dominial que es imposible al no haber el demandado reconvenido, igualmente resulta harto insuficiente aunque sea para defenderse de la demanda reivindicatoria, que como dije antes es la ultima ratio u oportunidad para que quien intenta prescribir el dominio de una vez por todas lo concrete, por falta de todos los restantes recaudos legales.

Resulta pues evidente la completa horfandad fáctico-jurídica por parte del Sr. VERA para resistir la pretensión reivindicatoria del Sr. GASPAR.

Aquella pretendida cesión de la cesión de derechos y acciones invocada en su litiscontestatio por el Sr. VERA (fs. 25/26) no tiene ninguna mínima aptitud jurídica constitutiva de derecho ninguno en su favor como para poder apontocar algún supuesto de unión y/o accesión posesoria. Este instituto requiere que exista entre las partes un acto jurídico destinado a transmitir los derechos posesorios y en el instrumento aludido se alude a la transferencia del derecho de uso del lote motivo del presente con lo cual tan sólo trasunta, paradójicamente, la condición del demandado como mero tenedor y/o usurio y/o usufructuario pero sin posibilidad ninguna de intervertir de motu proprio por su sólo voluntad dicho título en animus domini idóneo para poder prescribir.

Luego: no acreditó el Sr. VERA en lo más mínimo ningún cambio de la relación y/o

situación de usuario y/o tenedor precario a poseedor con aptitud dominial respecto de la parcela ¿Pudo acaso desvirtuar el principio de la inmutabilidad causal de forma de transformar esa mera tenencia inicial en posesión calificada posterior por el lapso legal mudando al efecto aquélla de modo inequívoco, activo y operante? ¿Demostró haber intervertido su título originario (tenencia precaria) en otro diferente (poseedores en los términos del art. 2351 Código Civil)?

Veamos.

La prueba testimonial colectada, como se sabe sin valor autónomo por ser meramente complementaria (ley 14.159) y/o eventualmente corroborante de la que el Sr. VERA debió rendir y no rindió, resultó francamente equívoca, además de su restringida atendibilidad, en términos de eventuales actos posesorios pues ninguno de ellos supo a qué título el Sr. VERA ocupa su vivienda y nada de lo restante, llegado el caso, resulta mínimamente suficiente para poder apuntocar incluso la defensa de usucapión frente a la clara ausencia de la prueba compuesta usual en estos casos.

Con lo cual de consuno se patentiza la evidente infracción en que incurriera el Sr. VERA con respecto a sus propios actos anteriores dirimentes pues, en efecto, mientras al responder demanda intentó presentarse como poseedor animus domini en cambio a lo largo del juicio quedó suficientemente acreditado que no es así. De nuevo: si fue inquilino, si la cesión de la cesión de derechos y acciones (en copia simple desconocida y jamás autenticada) encima sólo refirió a un derecho de uso y si, en fin, la restante prueba renida, documental de un sólo servicio referido a otro inmueble y testimonial equívoca, nada nuevo ni relevante hubo aportado entonces obviamente mal puede el demandado sostener en esta sede que desde 1977 ó 1979 poseyó animus domini rem sibi habendi la parte disputada del lote. Con otras palabras: un sólo hecho que apenas si podría inscribirse en el ámbito del corpus pero, de todas maneras, nada del animus como restante elemento dirimente aún para esgrimir convincentemente la usucapión ya no como acción sino como mera defensa. Strictu sensu ni corpus ni animus mínimamente acreditados.

De paso recuerdo que la máxima o principio que veda contravenir los propios actos anteriores dirimentes fue expresada originariamente como *adversus factum suum movere controversiam prohibetur* (cf. Ulpiano, "Digesto", 1, 7, libro V, "Opinionnum"; idem Kruegger-Mommsen, "Corpus Iuris Civilis", Berlín, Alemania, 1889, cit. por Díez Picazo, L., "La doctrina de los actos propios", Tº I, Nº 9) pero luego resultó ampliada con el brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur* (Azo, "Bocardica",

Basilea, Suiza, 1567, y "A Ureae Borcardicae Azonis", Venecia, Italia, 1583, también cit. por Díez Picaso, L. ob. cit., Tº II, Nº 15) y así ha durado hasta el presente. Al respecto cabe recordar que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Dicha teoría obliga a ser coherente y consecuente con las propias acciones, de forma que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta. La congruencia consigo misma constituye pues un ingrediente de la relación jurídica, cuya ausencia debe frustrar lo perseguido con omisión de tal módulo conductual. Trátase así de un principio general del derecho que guarda plena correspondencia con el postulado de la buena fe, en tanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder tanto en las relaciones jurídicas como en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez (art. 1198 y cdt. Cód. cit.). Y por lo mismo es evidente que la doctrina referida guarda vinculación situacional con el valor probatorio que cabe asignar al comportamiento de las partes antes y durante el proceso que las involucra, fuere con carácter indiciario y/o presuncional (arg. art. 163 inc. 5 Código Procesal). En efecto: la conducta asumida por las partes durante la tramitación del pleito es un elemento importante, aunque de carácter general, a tener en cuenta para emitir la decisión final. Inclina a pensar en la razón o sinrazón de alguno de los contrincantes. En principio no tiene valor probatorio decisivo por sí misma, sino que coadyuva a la valoración final y a la apreciación definitiva de los demás elementos que el proceso ofrezca (cf. Serantes Peña, O. y Palma, J., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tº I, pág. 410; Amadeo, J., "Doctrina de los actos propios", Manuales de jurisprudencia La Ley, pág. 23)

Y de paso también estimo útil semblantear (cf. in extenso caso "ZANNON" del Juzgado cit.) algunos conceptos atinentes al abuso de derecho fulminado legalmente (art. 1071 Cód. cit.).

Sin ánimo de reeditar aquí y ahora la extensa polémica destada en torno de los criterios propuestos para caracterizarlo, pero recordando muy especialmente que la justificación del nacimiento de dicha teoría -explicitados por Jossierand 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 Cammarota, 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. "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. Jossierand, 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", T° V, Obligaciones, 2a. parte, p. 77; Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", T° I, vol II, p. 249; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", T° 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", T°1, parte general, p. 752; Boffi Boggero, L., "Tratado de obligaciones", T° 6, p. 487; y Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., T° 5, p. 53).

Por ser así todo lo anterior no cabe ninguna duda sobre que si bien la pretensión defensiva del Sre. VERA, bien que ad eventum idónea en materia de acciones

personales (desalojos) o posesorias (interdictos) pero no reales (reivindicación), está permitida tanto por la ley sustancial como procesal sin embargo, ut supra vimos, sus mismos hechos fundantes muestran tan sólo una mera apariencia de derecho que de ser cohonestada en esta Instancia redundaría en una situación intrínsecamente disvaliosa para con el Sr. GASPAR pues lo expondría nada menos que a ver diferido su derecho a usar y gozar plenamente y sin restricciones de su propiedad, terminaría por contrariar los fines mismos de la normativa, desde que conduciría a un virtual enriquecimiento incausado del demandado, y comprometería en fin seriamente la buena fe. Tales circunstancias producirían a su vez un indudable daño al actor 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.). Y ciertamente tampoco podría en tal hipótesis dudarse sobre la imputabilidad (responsabilidad) de todo ello al demandado en tanto pretendido usucapiente defensorista.

Estoy pues persuadido que el proceder del Sre. VERA con motivo o en ocasión de pretender prevalerse con fines únicamente defensoristas de una inexistente pretensión posesoria, pretextando un animus domini del todo aparente, 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. El demandado no "usó" pues de su derecho de defensa sino que "abusó" del mismo. Hubo un uso abusivo de su condición de mero usuario y/o detentador precario mixturado con un claro intento por intervertir dicha condición por su sólo intención interna, o sea sin actos externos dirimentes, en posesión a título de dueño. Con lo cual quedó irremediabilmente comprometida esa loable interpretación finalista del derecho a la que hube referido en párrafos anteriores, que pretende casualmente prescindir de la pura y fría exégesis normativas para servir a un afán protectorio en pos de la justicia conmutativa, desde que el Sr. VERA usó 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.

Mi segunda conclusión: tan sólo quedó probado que a lo sumo que el Sr. VERA pudo haber hecho algún uso y encima esporádico (ver fs. 22 vta. del desalojo cit.) de la fracción litigiosa, circunstancia que por evidenciar una mera tenencia precaria resulta por completo incompatible con la posesión animus domini requerida por la ley para

tanto para poder prescribir por vía de acción como para poder defenderse por vía de excepción, siendo en cualquier caso dirimente para la suerte de su defensa el hecho de no haber reconvenido al Sr. GASPAR antes que éste finalmente lo demandara por reivindicación; ad eventum falla de manera evidente aquella prueba compuesta a la que hube aludido como *conditio sine qua non* para viabilizar útil y eficazmente cualquier pretensión posesoria, fuere -insisto- por vía de acción o excepción- sin que quepa reparar en el evidente intento del demandado por intervenir de manera puramente voluntarista aquel insuficiente título inicial por el sobreviniente de poseedor *animus domini* por actos externos que objetivamente -fuera de toda duda razonable- demuestren tal recaudo legal durante el lapso de al menos 20 años; el Sr. VERA no sólo no reconvino sino que tampoco demostró haber intervertido por actos externos indubitables su originaria condición de usuario y/o tenedor precario por la de poseedor con actitud y aptitud prescriptiva; tan sólo usó parte del predio del Sr. GASPAR de tal suerte que el *animus domini* alegado por aquél resulta ser sólo aparente y/o virtual, pues quedó reducido *in pectore* a su sólo voluntad interna; la relación del demandado resulta notoriamente insuficiente para poder servir a una defensa por usucapión (art. 2352 Cód. cit. y su nota), con lo cual falla la misma naturaleza de la posesión requerida ya que no exteriorizó de modo suficiente y fehaciente su intención de comportarse como propietario; la sedicente posesión nunca fue verdadera por haber sido siempre un simple uso parcial y/o tenencia precaria y además no alcanzó al mínimo lapso legal; el Sr. VERA ni demandó ni menos aún probó mínimamente haberse comportado *in mens retenta* y conducido externamente de modo tal de considerarse como si de hecho fuera dueño; se evidencia una evidente infracción contra sus propios actos anteriores dirimientes por parte del Sr. VERA desde que, en efecto, nunca hubo aprehendido materialmente la porción del inmueble *rem sibi habendi* en tanto y cuanto le faltó comportarse de facto como si fuera dueño *de iure*; resulta evidente cómo pretendió exorbitar su condición de revista de mero y/o simple usuario-tenedor precario, para intervertirla sólo de motu proprio en propietario *animus domini* con pretendida aptitud y actitud prescriptiva; a lo sumo tan sólo habrían contado episódicamente con el corpus como poder material ejercido sobre el inmueble, pero nunca demostraron su autoinvocado *animus* con efectos externos objetivos, circunstancia esta que por su dirimente trascendencia sella la suerte negativa de la defensa porque así como sin posesión no hay adquisición del derecho de propiedad tampoco hay posibilidad de defenderse cuando el dueño reivindica el dominio; y, en fin, no debe perderse de vista

que la posesión es a la vez tanto el punto de partida como el mismo objetivo final de los derechos reales tanto así como que la propiedad, justamente para poder nacer al mundo jurídico, debe manifestarse en su plena realidad precisamente mediante la posesión (Ihering, R. "Oeuvres choisies", T° II, p. 216).

Todo lo meritado en los considerandos que anteceden es suficiente para decidir la suerte positiva de la apelación 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 (Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera). Y por lo mismo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, porque basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13).

Y con relación al hecho erróneamente denunciado por el Sr. GASPAS como nuevo y encima de forma improcedente en esta 2a. Instancia, cuando en realidad sería in extremis sobreviniente (arg. arts. 163 inc. 6° y 365 Código Procesal), será el Juez a quo quien pueda meritarlo.

3) En síntesis propongo a la Cámara resolver lo siguiente: I) REVOCAR la sentencia en crisis (puntos I y II), receptando al efecto el recurso en cuestión, a fin de HACER LUGAR a la demanda instaurada y en consecuencia condenar al Sr. Benigno VERA (hoy sus herederos insinuados) a restituir al Sr. Lucas E. GASPAS la fracción y/o sector litigioso del inmueble sito en calle Los Colihues N° 662 (NC 19-2-F-162-31), dejándolo aquéllos desocupado y en estado que éste pueda entrar en su posesión, en el término de DIEZ (10) días bajo apercibimiento legal; II) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado finalmente vencido (art. 68 ap. 1° Código Procesal); III) REGULAR los honorarios de esta 2da. instancia del Dr. Triventi en un 30 % y los del Dr. Botbol en un 25 % (arts. 6, 15 y cdets. L.A.; base: los honorarios que se regulen en 1a. instancia); IV) REMITIR en cuanto al hecho alegado en esta Alzada a lo consignado en el considerando respectivo; V) (De forma).

Así lo voto.

A la misma cuestión el Dr. Camperi dijo:

Por iguales fundamentos a los expresados en su voto por el Dr. Cuellar, adhiero.

A igual cuestión el Dr.Lagomarsino 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 sentencia en crisis (puntos I y II), receptando al efecto el recurso en cuestión, a fin de HACER LUGAR a la demanda instaurada y en consecuencia condenar al Sr. Benigno VERA (hoy sus herederos insinuados) a restituir al Sr. Lucas E. GASPAR la fracción y/o sector litigioso del inmueble sito en calle Los Colihues N° 662 (NC 19-2-F-162-31), dejándolo aquéllos desocupado y en estado que éste pueda entrar en su posesión, en el término de DIEZ (10) días bajo apercibimiento legal. II) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado finalmente vencido (art. 68 ap. 1° Código Procesal). III) REGULAR los honorarios de esta 2da. instancia del Dr. Triventi en un 30 % y los del Dr. Botbol en un 25 % (arts. 6, 15 y cdets. L.A.; base: los honorarios que se regulen en 1a. instancia). IV) REMITIR en cuanto al hecho alegado en esta Alzada a lo consignado en el considerando respectivo. V) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, personalmente por Secretaría. VI) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

Edgardo J. Camperi Carlos M.Cuellar Juan Lagomarsino
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara subr

Angela Alba Posse
Secretaria de Cámara