

Nº Orden: 178
Libro de Sentencia Nº: 52

/NIN, a los 27 días del mes de Septiembre del año dos mil once, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa Nº 50184 caratulada: "OVIEDO MARIA DE LOS ANGELES C/ DE GIULIO JOSE Y OTRO S/ PRESCRIPCION ADQUISITIVA VICENAL/USUCAPION (124)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Rosas y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola dijo:

I.- En la sentencia única dictada para los autos "Oviedo María de los Angeles c/ De Giulio José y otros s/ Prescripción adquisitiva" (expte. 3109/2007) y "De Giulio Elba Nelly y otros c/ Oviedo María de los Angeles s/ Desalojo" (expte. 3.628/2007), obrante a fs. 340/344 del primero, se rechazaron ambas demandas con costas.

Para así resolver el Sr. Juez Dr. Cognigni entendió que la Sra. Oviedo no pudo acreditar que "ha poseído la porción del inmueble que pretende usucapir con ánimo de dueño, en forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el término de 20 años exigido por la ley" y que los actores en la sentencia de desalojo equivocaron la vía elegida frente a quien podía invocar la calidad de poseedora.

Apelaron ambas partes (fs. 352 y 354), expresando sus agravios la Sra. Oviedo a fs. 364/366 y la contraparte a fs. 367/372.

La primera critica el rechazo la acción adquisitiva apoyándose en la poca importancia que se dio en el fallo a las declaraciones testimoniales y a su ocupación pacífica e ininterrumpida.

Los pretendientes del desalojo cuestionan su rechazo aduciendo incongruencia con la correcta desestimación de la prescripción veinteañal del dominio. Apuntan que si Oviedo no es poseedora del inmueble es tenedora ilegítima, lo que viabiliza la demanda interpuesta.

Ejercieron respectivamente el derecho de réplica a fs. 376 y 379/381, resistiendo las impugnaciones formuladas.

Firme el llamado de autos de fs. 382 y encontrándose vencido el plazo fijado para que se acompañara original de plano de mensura para prescribir aprobado, con resultado negativo, se reanudó el plazo para sentenciar, quedando las actuaciones en condiciones de ser resueltas (art. 263 del CPCC)

II.- Paso a tratar las cuestiones que suscitan los planteos recursivos.

1. El primer escollo.

Aún cuando en la sentencia sobre esto nada se dice, aparece como primer dificultad que lo que se pretende prescribir es una unidad funcional (UF 1 Polígono 00-01) resultante de la mensura de subdivisión para someter al régimen de la ley 17711 el inmueble sito en Bernardo de Irigoyen n°19 de esta ciudad aprobado catastralmente el 3/5/1996, sin que hasta la fecha resulte se haya inscripto el Reglamento de Copropiedad y Administración (esta carencia se consigna incluso en la copia del plano de mensura para prescribir).

Ello plantea de inicio la cuestión sobre su factibilidad en atención a la naturaleza y estado de la cosa (parte individualizada como unidad en un edificio sin división jurídica pero si material), como también al derecho real que se postula adquirido.

Ocupándose de un supuesto similar la CNCiv Sala F el 23/12/1987 in re "Paiuzza Domingo JB y otros c. Montenegro Cabezas

Francisco A.R. y otros" JA 1989-I-580 , con voto de la Dra. Conde, entendió que es posible la posesión y adquisición por prescripción de "unidades" de un edificio aún no dividido en propiedad horizontal, si las unidades o partes están materialmente determinadas de acuerdo a un plano de subdivisión.

El mismo generó el comentario favorable de la Dra. Lidia M. Garrido Cordobera "Problemática de la prescripción adquisitiva y la publicidad posesoria (Un fallo ajustado a derecho)" en Revista La Ley 1989-B-71, como también su cuestionamiento por el Dr. Claudio Kiper en "Código Civil" Astrea de Zannoni- Kemelmajer de Carlucci To. 10 p. 334 y la categórica crítica de Domingo Rotondaro-Fernando Prósperi en trabajo "La prescripción adquisitiva frente a la inexistencia de correlación entre la cosa y el derecho real pretendido" en Revista del Notariado n° 818 p. 1106, en el cual consideran "desacertada la solución brindada por la Cámara Civil en tanto declara adquirido en cabeza de los actores el "dominio" de unidades todavía no nacidas a la vida jurídica y por ello insusceptibles de conformar el objeto y elemento de ese derecho real".

Esa diversidad de opiniones con sólidos fundamentos según la interpretación de lo dispuesto particularmente por los arts. 2405, 2408 y 2410 del Código Civil, torna necesario expedirse sobre su factibilidad jurídica en abstracto.

Doy las razones por las cuales mi respuesta en este punto es afirmativa.

Como bien se ha dicho no interesa a los efectos de la adquisición de la posesión que la cosa sea divisible o indivisible, sino que esté o no dividida. En esa línea deben distinguirse las cosas "divisas" (divisibles y divididas) de las indivisas (indivisibles o divisibles no divididas) y como las cosas "divisas" por el hecho de la división dan nacimiento a nuevas cosas no se plantea problema alguno (v. CNCiv Sala F 20/11/1984 ED 115-345; Molinario "De las Relaciones reales" notas 278 y 420)

"Cuando las partes sean tales que las podamos considerar como cosas distintas, la posibilidad de poseer estas partes independientes no puede ser objeto de duda" (Elena Highton Derechos Reales I Posesión p. 98)

Ahora bien, el Código de Vélez de la única división que se hizo cargo fue la material, ya que las partes ideales, únicas intelectuales que contemplaba, eran proindiviso y generaban una posesión común (compossessio) - ver arts. 2407 y 2409; Zenón Martínez " La posesión" n° 171 y 172; Garrido-Andorno "Código Civil Anotado-Derechos reales To. I " p. 295/6; Molinario en "Estudios de Derecho Civil en homenaje a Hector Lafaille" 1968 p. 7 y ss: *"el coposeedor al ser condómino, tiene su derecho limitado con relación a la cosa a su cuota parte ideal, pero esta parte indivisa, para poder ser efectivamente ejercitada, dado que actúa en cada molécula y en cada átomo de la cosa, supone la posesión de toda la cosa"* y en "De las relaciones reales" nota 278: *"Cada uno de los coposeedores cuasiposeen en forma exclusiva su cuotaparte indivisa, pero para poder cuasiposeer su cuota parte indivisa, que está toda en el todo así como en cada una de las partes que integran la cosa, tienen que tener la posesión de toda la cosa. Y por ello, como ya lo hemos recordado, los coposeedores de cosa inmuebles pueden ejercer individualmente las acciones posesorias y petitorias"*; Machado "Exposición y comentario..." To. VI p. 308: *"si el poseedor que tiene una parte intelectualmente determinada en una cosa indivisible posee la cosa por el todo, los que tienen las otras partes la poseerán también; pero sólo con relación a los terceros, pues respecto a los condóminos cada uno poseerá por su parte... sólo esa parte poseerá con relación a los otros condóminos; pero como no es posible determinar materialmente la parte de cada uno, los terceros no podrán alegar que sólo ha prescripto o adquirido los derechos que a él corresponden, porque para ellos posee la totalidad"* -

Pero con la ley 13512 aparece otra variedad de parte intelectual, con el hecho de la propiedad exclusiva (art. 2) en el régimen de

horizontalidad (Fernando López de Zavalía "Derechos Reales" To. 1 p. 198). En relación a este tipo de parte intelectual "es posible una posesión del terreno "pro parte" (sin perjuicio de la posesión del departamento, aunque no del 'cubo de aire')" (idem p. 516).

Por eso "Es de destacar que, de alguna manera, el régimen de propiedad horizontal -ley 13512- alteró los alcances del art. 2405. En efecto la aplicación de éste último conduciría a afirmar que la ocupación parcial de un inmueble edificado, comprende su totalidad. Sin embargo, en el citado régimen de propiedad horizontal los pisos o departamentos son poseídos separadamente por distintas personas. Con todo, el principio del art. 2405 se mantiene respecto de los lugares que la ley y el reglamento de copropiedad acuerdan el carácter de común, pues en este aspecto cada poseedor de una unidad funcional posee al mismo tiempo junto con los demás poseedores de las restantes unidades" (Marina Mariani de Vidal "Código Civil" de Bueres-Highton To. 5 p. 163/4)

Este mix de exclusividad y cotitularidad respecto de los distintos elementos que conforman el objeto de un derecho real autónomo que es amalgama de lo entero y parcialmente propio, exige que "la interpretación doctrinaria de los arts. 2407 y 2410 del Código Civil debe corregirse para lograr la armonización de estas normas con los derechos reales sobre partes materiales y la usucapión de porciones reales de un inmueble" (Nicolás A. Soligo Schuler " Los derechos reales sobre partes materiales de la cosa" Revista Notarial n° 965 año 2010 p. 474)

Así como "resulta frecuente que los actos posesorios de quien pretende usucapir se ejerzan sólo respecto de una parte de un inmueble indivisible (en los términos del art. 2326 2° párrafo, Código Civil). En estos supuestos, transcurrido el plazo necesario, el dominio se adquiere por usucapión sobre esa porción real cuya superficie es inferior al mínimo legal" (autor y trabajo cit. en párrafo anterior quien recuerda el proyectado art. 1854 del Proyecto de 1998 que establece "La relación real ejercida sobre una parte material de la cosa se extiende a su totalidad, salvo que

sobre otra parte de ella se ejerza una relación real excluyente de igual o superior especie"), es más que lógico atribuirles eficacia prescriptiva cuando se despliegan en esa medida limitada respecto de un edificio factible de ser dividido por el régimen de la ley 13.512.

Como señala el Dr. Alterini, recordado por la Dra. Conde en su voto, "un campo que sea indivisible por no alcanzar a las medidas de la unidad económica (Borda) podría ser poseído en alguna de sus partes materiales y no en otras. Incluso podría ocurrir que un edificio no afectado al régimen de propiedad horizontal, por tanto 'indiviso', tenga características físicas que permitan el ejercicio de posesiones independientes sobre distintas partes de él (por ejemplo, pisos o departamentos) y en ese caso desconocer la posesión de parte de ese inmueble importaría desconocer la realidad" (LLambías -Alterini, "Código Civil" To. IV-A p. 150).

Es más, si tal como ha dicho la jurisprudencia *"la determinación material que se refiere el artículo - el 2410- es tratándose de inmuebles, la que se realiza mediante operaciones geodésicas (ver Lafaille "Derechos reales" vol. 1 n° 180 1943)"* (SCBA 15/5/1951 "Prov. de Bs. As. v. Gómez Pedro Jorge" JA 1951-IV-28), la aprobación del plano de mensura de división del Decreto 2489/1963 aún cuando "no genera automáticamente posición jurídica alguna, hasta tanto no se otorgue el respectivo reglamento de propiedad y administración", "brindará al notario los elementos determinantes del derecho de propiedad y de las cláusulas estatutarias del reglamento de propiedad que debe redactar. Entre ellas le indicará: unidades funcionales y complementarias, delimitación de superficies cubiertas, semicubierta y descubierta de cada unidad o sector de propiedad común, porcentuales de dominio, servidumbres contempladas en el plano y, en algunos casos, destino de los sectores" (Juan A. Constantino " Propiedad horizontal, edificio, plano de subdivisión y reglamento de propiedad (provincia de Buenos Aires)" APBA 2010-10-1093 Lexis 0003/800953).

Aquí también cada porción adquiere todos los caracteres de objeto diferenciado que le permite ser considerada "*ya con abstracción del objeto mayor del que ha separado*" o mejor dicho pasó a integrar de una forma especial, con autonomía funcional. "*Será una cosa y no parte de una cosa; ello porque la divisibilidad (agrego aún cuando sea de acuerdo a un régimen especial) permite precisamente conceptuar su individualidad plena desde el punto de vista jurídico*" (Garrido-Andorno ob. cit. 302).

No encuentro óbice para tal comprensión en los limitados efectos que cabe otorgar a la asignación de uso y goce de partes materialmente determinadas en el condominio (en el VII Congreso Nacional de Derecho Registral Córdoba 1988 tanto el despacho mayoritario -"*El ejercicio del condominio mediante la asignación de uso y goce sobre partes materialmente determinadas previstas en el art. 2680 CCiv. no significa la constitución de distintos derechos reales sobre partes materiales*"- como el minoritario -"*La posibilidad de asignación de usos y goces sobre partes materiales de la cosa sólo estará enmarcada en el ámbito de los derechos personales, como cláusula obligacional. La eficacia y validez de dichas estipulaciones estará circumscripita a la voluntad de las partes, no pudiendo ser oponibles a los terceros por carácter de trascendencia real*"- arribaron a conclusiones compatibles y compartibles), ya que aquí la relación real exteriorizadora ilegítima previa del prescribiente individual, tanto en lo que hace a la relación de disponibilidad como a su posición anímica, no era la de coposesión proindivisa apta para la adquisición del condominio, sino la de una posesión - con su característica de exclusividad- de una unidad para adquirir su dominio bajo el régimen de la ley de propiedad horizontal (véase el comentario "Coposesión y prescripción adquisitiva" de Marta E. Fazio de Bello La Ley 1984-D-479 en donde analiza las posesiones exclusivas y excluyentes que no encuadran en los arts. 2401 y 2409 y la destrucción de la presunción de los arts. 2384 y 2408 por prueba en contra).

Se ha objetado el pronunciamiento de la CNCiv Sala F en cuanto subordina la adquisición al mandato de que se realicen los trámites necesarios para la subdivisión - jurídica- del inmueble, preguntándose que pasaría si no se logra el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración; que derecho real se tendría entonces cuando ni siquiera hay estado de propiedad horizontal (Rotondaro-Prósperi trabajo citado). Considero que más allá de lo impactante del razonamiento no alcanza para su descalificación

Recordemos que en relación a la atribución de los comuneros para imponer a los demás la constitución del sistema de propiedad horizontal (como forma de partición), "la jurisprudencia ha decidido en forma afirmativa, siempre que la división resulte material y jurídicamente posible y no cause perjuicio. Por su parte, la doctrina coincide en señalar que siendo posible dividir y adjudicar los bienes en especie por el sistema de la ley 13512, es decir: si el inmueble cumple los requisitos que señala dicho régimen, resulta antieconómico dividir el condominio realizando el inmueble, por aplicación de la regla que incorporó el art. 3475 bis. Como lo señala Racciatti, la adjudicación en especie de una fracción privativa de un edificio de departamentos importa la recepción por parte del adjudicatario de un inmueble perfectamente diferenciado jurídica y económicamente, ya que la coparticipación sobre los bienes que quedan indivisos y el régimen de administración de la comunidad, constituyen aspectos propios de este nuevo derecho y presupuestos necesarios para su constitución, que no obstan a la división y adjudicación de la cosa principal constituida por el piso o departamento" (Lilian Gurfinkel de Wendy "La propiedad horizontal" 2005 Lexis n° 7001/000715). "En ambos casos -condominio o comunidad hereditaria- estimamos apropiado que la falta de acuerdo pueda ser suplida judicialmente. Especialmente si la disidencia se registra en aspectos secundarios de la decisión y no en cuanto al modo (propiedad horizontal) en que se efectuará la división. Para ello la aplicación analógica (Cod. Civ. art. 16) del art. 10 de la LPH parece

ser la herramienta adecuada. Refiere Racciatti que 'en los casos de nacimiento del régimen por partición...faltando la unanimidad necesaria para la sanción del reglamento que impedirá la constitución formal del sistema de la ley 13.512 no queda otro recurso que la decisión judicial' (Acerca de las formalidades constitutivas del dominio horizontal JA Doctrina 1970-66)" (Fabián Marcelo Loiza en "Propiedad horizontal" Kiper Director Ed. Rubinzal-Culzoni p. 163). Siendo ello así, cuanto más sería procedente la redacción del primer reglamento en sede judicial, receptando el *modus operandi* anterior de un derecho que se forjó con relaciones reales ensambladas de modo pacífico, público y continuo por veinte años !. El consentimiento presunto o actitud complaciente desplegada por los comuneros ha sido receptado en el estado preconсорcial, de consorcios de propietarios irregulares que operan de facto en propiedades horizontales anómalas (ver Alicia Puerta de Chacón "Consortio de propietarios 'irregular'. Patología de las urbanizaciones privadas" SJA 24/11/2010 Lexis 003/015217), ¿porqué habría de ser soslayado cuando el titular del resto -de unidades- del edificio "permitió" no solo la posesión exclusiva y excluyente de una unidad funcional sino que se acomodó a ese *status quo* en el funcionamiento, mantenimiento y administración del conjunto durante veinte años? No creo que la naturaleza contractual del reglamento, en cuanto resguardo de lo que pudieren acordar para reglar sus derechos, pueda ser erigida como valladar si pretende retrotraerse a lo que tácitamente consintió durante el tiempo necesario para que su dominio individual deviniera en el derecho de propiedad horizontal por la prescripción adquisitiva de una parte -unidad- del todo.

2. La barrera infranqueable.

No obstante el criterio adoptado, la pretensión adquisitiva al no haber superado obstáculos de otra índole es inviable.

El primero de ellos versa sobre un requisito determinante de que nunca se debió dar curso a la demanda, pues la actora no cumplió con la

obligación de acompañar el plano de mensura aprobado del bien que dijo haber usucapido.

Como bien expresó la Dra. Areán (CNCiv Sala G 21/8/2009 "Gaitán María A v. López Arturo" Lexis N° 70055290), diferenciándose de aislados pronunciamientos en la materia, conserva plena vigencia la exigencia de "plano de mensura", suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva del art. 24 de la ley 14.159 tratándose de un inmueble de propiedad horizontal, no pudiendo ser suplida por el plano de subdivisión del inmueble para la ley 13.512, máxime cuando ni siquiera se emitió pronunciamiento alguno acerca de la intención de otorgarle tal eficacia ni existe reglamento de copropiedad. De la propia Disposición 320/1982 del Director provincial de catastro territorial, simplemente agregada por la actora a fs. 17/20 sin efectuar ninguna consideración, resulta la exigibilidad de dicho plano con una finalidad distinta.

Inadvertida por todos esta omisión (sólo existe una copia simple a fs. 16 sin constancia de presentación/aprobación catastral) en la instancia de origen, este tribunal a fs. 384 dispuso como medida saneatoria, siguiendo el criterio expuesto también por la Dra. Areán en su obra "Juicio de Usucapión" p. 266/7, intimarla para que la subsane. Luego de aproximadamente cuatro años de iniciado el juicio la actora se limita a fs. 392/393 a acompañar una constancia del Agrimensor firmante según el cual le habría encomendado esa tarea.

Aún suponiendo que hubiese existido algún reparo de índole administrativa para su aprobación por la no inscripción previa del reglamento de copropiedad del reglamento, la interesada lejos de agotar las vías correspondientes para la culminación de ese trámite ni siquiera se preocupó en explicitar esa circunstancia o razones de la imposibilidad.

Sin perjuicio de ello avancemos hacia lo sustancial.

La Sra. María de los Angeles Oviedo (nieta del titular dominial José De Giulio fallecido el 3 de Julio de 1998 e hija de una de las coherederas Elba Nelly De Giulio y Deo, también contraparte en ambos procesos) alegó se poseedora del local- vivienda ubicado en esa unidad. Manifestó que en 1984 instaló un pequeño comercio de verdulería. En la absolución de posiciones de fs. 82 dijo que sus abuelos se lo habían vendido. Intentó agregar documentación respaldatoria de ello, pero dado su extemporaneidad a fs. 55/56 se ordenó su desglose, quedando impedida cualquier valoración.

Sin embargo en la cédula de notificación del traslado de la demanda del juicio de desalojo, efectuado al poco tiempo de iniciado el proceso adquisitivo (ver fs. 14vta. expte. 3109 y 34 expte. 3628), con la eficacia probatoria de un instrumento público, dijo "ser inquilina". Como otro dato importante resulta que en el mandamiento de constatación efectuado en aquel proceso (fs. 133/134), habiéndose encontrado cerrado el local, el oficial deja constancia de que procedió "a consultar a vecinos del lugar quienes me informaron que en dicho local funciona un comercio el cual es explotado por la Sra. Oviedo María de los Angeles, en carácter de préstamo, siendo ocupado el inmueble, por la madre de la mencionada".

De la prueba testimonial rendida, aunque profusa, no puede extraerse una conclusión categórica acerca de una posesión inequívoca de la actora a título de dueño de esa parte (arts. 2351 4015, 4016 CCivil ;384 y 456 del CPCC). Ciertamente algunos de los declarantes (particularmente D'Andrea y Parisi - fs. 221/224-) dan respaldo a esa relación *animus rem sibi habendi*, empero de los actos posesorios que exponen habría realizado la Sra. Oviedo -construcción- no sólo llamativamente carecen de cualquier otro sustento probatorio (es de

presumir que debería existir algún tipo de documentación por compra de materiales o pago de mano de obra, o al menos podrían haber prestado testimonio los responsables de los distintos oficios) sino que por la época que indican, no resultaría cumplido el plazo vicenal prescriptivo. Así la Sra. D'Andrea expone que la verdulería a la que se hizo referencia funcionó en el garage de la casa vieja (es decir en la otra "unidad"). Y Parisi que la construcción fue a fines de la década del 80 (en el lugar antes existía un jardincito según dichos de D'Andrea), lo que es corroborado por las propias manifestaciones de Oviedo en el mandamiento de constatación de fs. 220 cuando dijo que "data del año 1989", siendo que a mediados de 2007 se la intimó a la desocupación (fs. 22 expte. 3628) sin respuesta de su parte e inmediatamente se promovió su desalojo. No mejora tampoco su posición desde la óptica temporal el mencionado plano de mensura para prescribir que data del año 2007.

Otro familiar de las partes Matías Maqueda (sobrino de la Sra. Oviedo y bisnieto del titular dominial), por el contrario informa de lo que puede ser entendido como acto de mera tolerancia con la consiguiente ineficacia posesoria que claramente le asigna el el art. 2232 del código napoleónico: el permiso del dueño del inmueble para su uso como un acto de cortesía, de familiaridad, entroncándose con el antiguo concepto romano de "precarium", concesión revocable a voluntad del otorgante (Pablo M. Corna "Prescripción adquisitiva" p. 57). Así expone que su bisabuelo "se lo prestó para ejercer desde el momento de la construcción para ejercer una actividad" (fs. 121 vta.), señalando que en esa ampliación constructiva también aquel participó, además de un vecino (quien podría ser el tal "Pedro," a que aludió Parisi, que le dió "una mano muy grande" fs. 118vta). También de su relato surge que en el inmueble de De Giullio han vivido en distintas épocas varios integrantes de la familia. E incluso

arroja duda sobre la separación de la unidad en tanto apunta que existía una comunicación entre la casa y el local a través de una puerta que desconoce si sigue estando.

En la misma línea expuso quien fuera novia de otro hijo de Elba De Giulio, Ragno a fs. 144 del proceso de desalojo: "que el abuelo y la abuela le habían prestado un local adelante de la casa de Giulio que tenían para que trabajara"

Por su parte Juan José Isidro, inquilino de una pieza al fondo tipo departamentito de la casa que habita la madre de la actora Sra. Elba, aunque informa que Oviedo ocupa el local donde tiene negocio, en modo alguno avanza sobre el título o razón de tal hecho.

No se esclarece la naturaleza de la relación real con la documental agregada consistente en boletas de servicios públicos, o porque el medidor de Eden SA esté a su nombre, desconociéndose al margen desde cuando (ver oficio de fs. 268), ya que ello es perfectamente compatible con el uso como simple tenedor.

Siendo ello así y teniendo presente que "Dado el carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio de un inmueble por el medio previsto en el art. 2524, inc. 7, del CCiv., la realización de los actos comprendidos en el art. 2384 de dicho cuerpo legal y el constante ejercicio de la posesión deben haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente. Para que pueda ser reconocida la posesión invocada a los fines de adquirir el dominio de un inmueble por usucapión, es necesario que el pretense poseedor no sólo tenga la cosa bajo su poder, sino que sus actos posesorios se manifiesten de forma tal que indiquen su intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (conf. CSJN, 27/09/2005, LL, 2006-A, 234, id. 04/07/2003, LL, 2003-F, 921; id. 07/10/1993, ED 159, 223). El constante ejercicio de la posesión debe

haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente (CSJN, 27/09/2005 LL, 2006-A, 234), la desestimación de la pretensión prescriptiva era forzosa.

3. El recupero de la cosa

Sin caer en la contradicción que recursivamente se le achaca, el juzgador de grado entendió siguiendo doctrina y jurisprudencia clásica en la materia que la acción de desalojo intentada no es la vía adecuada en tanto la Sra. Oviedo puede invocar la calidad de poseedora justificando prima facie tal calidad y aunque esté *ante tempori* para adquirir el dominio.

Acertado dicho criterio en el ámbito exclusivo de un proceso de desalojo, no lo considero aplicable cuando se decide conjuntamente con la pretensión adquisitiva del dominio por prescripción y ésta es rechazada. En tal sentido valoro innecesario recurrir a la acción real reivindicatoria para el recupero del inmueble a la que el sentenciante remite, aún cuando no es ocioso señalar que su interposición reconvencional hubiera sido técnicamente una vía más precisa.

Es que el art. 2462 inc. 5 del CCivil "califica también de tenedores a quienes permanecen poseyendo la cosa, aún después de la sentencia que anulase su título o que le negare el derecho de poseerla. Corresponde recordar que, pese al principio de inmutabilidad de la causa, se admite el cambio de causa (que se denomina interversión de título), esta no puede operar por la mera voluntad del tenedor pero si en el supuesto de mediar sentencia" (CNCiv. y Co. Federal Sala 2 25/11/97 Torres Raquel c. Estado Nacional elDial clave AFB94 en Código Civil de Marcelo López Mesa To. III p. 1044)

"La sentencia, en efecto implica en estos casos reconocer que la propiedad de la cosa no corresponde al poseedor, sino a otro y que en consecuencia ella debe ser restituida a este último. El poseedor vencido en

el juicio no puede, en adelante, con animus domini sino reconociendo en otro la propiedad de la cosa, es decir en el carácter de simple tenedor. La sentencia ha operado un cambio de la causa o título de la detención, transformándose la antigua posesión en tenencia" (Salvat-Argañaras Derechos reales To. I n° 376 p. 283). El actualizador en nota 13 cita a Zenon Martinez segun el cual el carácter de precario que la citada disposición da a la posesión del litigante condenado a restituir la cosa a su dueño, sólo puede ser invocada por el que fue favorecido por la sentencia, se trataría de un vicio de precario relativo por los alcances de la cosa juzgada y no absoluto.

Superadas han quedado las opiniones de Segovia (Código To. II p. 61 nota 197) y Llerena (Código To. 7 p. 201) en el sentido de que en rigor seguían siendo poseedores aunque de mala fe. Hoy existe consenso en que, salvo una futura interversión del título que no puede ser mero ánimo, pasan a ser tenedores: "La relación será de tenencia en el futuro, con obligación de devolver" (Garrido-Andorno Código Civil Anotado Libro III To. I p 451); "Aún contra su voluntad se le ha impuesto legalmente la obligación de reconocer en otro un señorío superior al suyo" (Elena Highton To. I Posesión p. 187); "negado por la sentencia el derecho a la posesión, la detentación de la cosa sólo podrá continuar a nombre del titular del derecho real, es decir como tenedor. Cabe advertir la salvedad hecha por Lafaille de que mediere interversión de título." (Laquis Derechos reales To. I p. 489); "Por virtud de la sentencia quien era poseedor pasa a ser tenedor. Obviamente, si el tenedor se coloca en las condiciones del art. 2458, pasará a ser nuevamente poseedor (por interversión unilateral de su título que era la sentencia)" (Mariani de Vidal en Código Civil de Bueres-Highton To. 5 p. 247).

Siendo ello así no nos ponemos fuera del supuesto para el cual fue prevista la acción de desalojo, ya que el art. 676 in fine del CPCC la contempla contra "cualquier otro ocupante, cuya obligación de restituir o entregar, sea exigible".

Aunque al momento de su interposición hubiera existido esa apariencia de verosimilitud, el rechazo de la pretensión adquisitiva no solo demostró que era estéril para otorgarle un derecho posesorio, sino que al momento de la sentencia misma (en el cual deben valorarse los hechos sobrevinientes constitutivos y extintivos; art. 163 inc. 6 CPCC) ha quedado consagrado el carácter de mero tenedor, sin derecho personal a la permanencia, y por ende obligado a restituir; es decir convalidada la causa petendi para el desahucio.

Corroborar esta solución en el caso la circunstancia de que la pretensión de restitución fue esgrimida por todos los actuales titulares dominiales (ver sucesión acollarada) por lo que ninguna otra defensa de índole personal podría sustraerse de los efectos de la cosa juzgada esgrimible para un derecho a la permanencia en otro proceso, cuya tramitación considero una postergación innecesaria del servicio de justicia.

Ello sin mengua de que por las razones meritadas y lo opinable de la cuestión, entienda que las costas de ambas instancias en lo referido a esta acción sean soportadas en el orden causado (art. 68 in fine CPCC).

ASI LO VOTO

Los Señores Jueces Doctores Rosas y Castro Durán, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION el Señor Juez Dr. Guardiola, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, corresponde:

I.- CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto al rechazo de la prescripción adquisitiva veinteañal. Con costas de Alzada a la accionante vencida.

II.- REVOCARLA en lo referido al rechazo de la acción de desalojo entablada en expte 3628/2007, a la que se hace lugar, ordenando a la Sra. María de los Angeles la desocupación del inmueble en el plazo de

15 días bajo apercibimiento de lanzamiento. Con costas de ambas instancias por su orden (arts. 274 y 68 in fine CPCC).

III.- Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

ASI VOTO.

Los Señores Jueces Dres. Rosas y Castro Durán, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria).-

//NIN, 27 de Septiembre de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC, SE RESUELVE:

I.- CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto al rechazo de la prescripción adquisitiva veinteañal. Con costas de Alzada a la accionante vencida.

II.- REVOCARLA en lo referido al rechazo de la acción de desalojo entablada en expte 3628/2007, a la que se hace lugar, ordenando a la Sra. María de los Angeles la desocupación del inmueble en el plazo de 15 días bajo apercibimiento de lanzamiento. Con costas de ambas instancias por su orden (arts. 274 y 68 in fine CPCC).

III.- Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-
FDO. DRES. JUAN JOSE GUARDIOLA, PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y
RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA
(Secretaria).-