



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**ACUERDO NRO. 04.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecisiete (17) días de febrero de dos mil veinte, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia integrada con el señor vocal doctor **EVALDO DARÍO MOYA** y la señora vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención del señor Secretario Civil JOAQUÍN ANTONIO COSENTINO, para dictar sentencia en los autos caratulados "**VELÁSQUEZ, ELISABETH DEL CARMEN c/ MALLA, MARIA ESTHER Y OTRO s/ ACCIÓN REIVINDICATORIA (Expediente JNQCIA N° 472307 - Año 2012)**", en trámite ante la mencionada Secretaría del Actuario.

**ANTECEDENTES:**

La parte demandada -señora María Ester MALLA, señora María Paola Soledad ARIAS y señor Pablo Damián ARIAS- deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley, contra la resolución dictada a fs. 362/368vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -Sala II- de la I Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Neuquén, que confirmó la sentencia de Primera Instancia que hizo lugar a la demanda de reivindicación respecto de la porción que ocupan los demandados del lote inscripto en la matrícula número 7013 Confluencia, designado como lote 1-h, Nomenclatura Catastral 09-20-64-3741, en el sector posterior con frente a la calle ... de esta ciudad, y ordenó su restitución dentro de los diez días de quedar firme, con imposición de costas a los demandados vencidos.

Fundan la impugnación en el artículo 15° -incisos b) y c)- de la Ley N° 1406.

Corrido el traslado, a fs. 395/402 contesta la contraria, solicitando se declare improcedente el remedio intentado.

A través de la Resolución Interlocutoria N° 259/2018, se admite el recurso deducido en el marco del artículo 5° de la Ley N° 1406.

A fs. 434/436vta. obra dictamen del Sr. Fiscal General ante el Cuerpo, quien propicia la declaración de improcedencia.

Señala que frente "*... a la carencia de documentación que avale cualquier operación entre la anterior propietaria (Lorenza Arias de Velásquez, suegra de la demandada Malla y madre de la actora) y los ocupantes; y, ante la defensa esgrimida, estaríamos (conforme la pretensión de éstos) frente a lo que se denomina "inversión de título", en cuyo supuesto ha de probarse no solamente la posesión actual, sino también el momento en que se comenzaron a poseer para sí; requiriéndose ante la ausencia de la conformidad del propietario, actos exteriores que acrediten la voluntad posesoria invocada*" (Sic fs. 435).

Coincide con el análisis efectuado por los magistrados intervinientes. Expresa que la jueza concluyó que la posesión *animus domini* comenzó a partir del año 1993 porque antes de eso siempre reconoció en la señora Lorenza Arias y en la propia actora el dominio; y que cuando fue requerida a pagar y aún a restituir la cosa y no lo hizo, ese habría sido el momento en que se intervirtió el título de la ocupación.

Señala que para así concluir la jueza analizó correctamente la prueba rendida.

Afirma que la sentencia del tribunal inferior, al confirmar la de la instancia de origen, no ha incurrido en absurda valoración de la prueba al ubicar temporalmente los actos válidos para usucapir en el año 1993.

Concluye, además que la decisión de la Cámara de Apelaciones tampoco ha infringido la doctrina invocada.

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES:** I) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley? II) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

**VOTACIÓN:** Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. **EVALDO D. MOYA** dice:

**I.** Para comenzar el análisis, creo conveniente efectuar una breve síntesis de los extremos relevantes de la causa de cara a la cuestión a decidir.

**1.** A fs. 38/44 la señora Elisabeth del Carmen VELÁSQUEZ inicia acción reivindicatoria contra la señora María Ester MALLA, y/o cualquier otro ocupante del inmueble ubicado en la calle ..., contrafrente del mismo inmueble de la calle Juan XXIII de la ciudad de Neuquén.

Señala que el lote fue adquirido por su madre, Lorenza Arias de Velásquez, que siendo ella soltera compró el terreno a la sucesión de don Eduardo Kemar Gallardo en el año 1968 (30/09/1968), y luego formalizaron la escritura traslativa de dominio, el día 12 de octubre de 1978, ante la escribana Inés Elena Nouzeilles de Ortega. Posteriormente, con fecha 21/05/2008, el inmueble fue donado a su favor por escritura N°215, pasada por ante el escribano Juan Alberto Ramón Eyman, cuya copia adjunta.

Relata que el inmueble siempre fue ocupado por sus padres, y por ella y sus dos hijos.

Manifiesta que la parte trasera del predio es ocupado hace varios años por la demandada, quien ostentaría la calidad de poseedora, y que sus padres se habrían opuesto a

cualquier acto posesorio de ésta, y a la realización de ampliaciones o modificaciones.

Expresa que cumple con los recaudos que establece la ley para ejercer la acción: que es propietaria del inmueble, que perdió parcialmente la posesión en poder de la demandada y/u otro ocupante, que tiene el derecho a poseer al tiempo de la demanda y de la sentencia, que se trata de una cosa particular, y que la acción está dirigida contra la señora Malla y/u otro ocupante que pueda surgir.

Asimismo, solicita se dicte medida cautelar de no innovar y ofrece prueba.

**2.** A fs. 72/79vta. se presenta la señora María Ester MALLA. Niega los hechos invocados por la actora, contesta demanda y opone como defensa la usucapión, que -dice- regulada en el artículo 24 in fine de la Ley 14159.

Relata que con su esposo -fallecido- tomaron posesión con ánimo de dueño de parte del inmueble identificado con Nomenclatura Catastral 09-20-064-3741-0000, aproximadamente el 14/08/1969, como surgiría del cambio de domicilio en su DNI.

Señala que la madre de su difunto esposo, le habría dado -a ella y a su cónyuge- la tradición de la mitad del fundo en calidad de dueño, para vivir con su familia.

Manifiesta que dicha donación en vida obedeció a que se encontraban viviendo una grave situación económica, derivada de un accidente de trabajo que sufriera su marido.

Expresa que allí construyeron su hogar, compuesto de dos habitaciones, baño, cocina comedor, living y depósito.

Agrega que la imposibilidad de escriturar se debió al fallecimiento de su suegra Clementina Arias, la falta de dinero y la falta de reconocimiento de la Municipalidad de la calle Lago Quillén, y que por ello quedó a la espera de la adquisición del dominio por usucapión.

Asevera que han pasado cuarenta y tres años que poseería en forma pacífica e ininterrumpida.

Manifiesta que clara prueba de la posesión pacífica sería la antigüedad de la construcción, como así también su plantación y encerramiento físico.

Refiere haber realizado distintos actos posesorios como plantaciones, pago de servicios de energía eléctrica y gas natural y la tasa por alumbrado, barrido y limpieza que -dice- se pagaría conjuntamente con la energía eléctrica a CALF.

Añade que también habría pagado los impuestos que gravan la vivienda que pretende usucapir.

Manifiesta que en el año 2007 inició el expediente "MALLA, Esther s/ Diligencia Preliminar" (Expediente N°357822/7) con el fin de realizar la mensura del terreno, y cumplimentar los recaudos de la Ley 14159 para iniciar la demanda de prescripción adquisitiva.

Refiere que el plano a tal efecto se encuentra confeccionado, pero restaría su visado por la Dirección Provincial de Rentas para su aprobación, y por tal motivo, no reconviene por usucapión, aunque si opone la defensa al progreso de la demanda (artículo 24 Ley 14159).

Asimismo, expresa que lo dicho también se corrobora en los autos "ARIAS, Lorenza c/ MALLA, María Ester s/ desalojo cumplimiento contractual" (Expediente N° 359595/2007), donde habría quedado demostrado -según dice- que posee el inmueble con ánimo de dueño en forma pacífica, pública e ininterrumpida.

Señala que, en el peor de los casos, de considerar que la suegra de la señora Malla hubiere dado la posesión del inmueble solo a su marido, le correspondería el derecho a la accesión de posesiones, que se produciría -dice- cuando una posesión pasa y continúa en manos del primitivo poseedor a

manos del actual, sea a título de sucesor universal o singular, sirviendo a los efectos de la computación del tiempo de la usucapión.

**3.** Sustanciada la defensa opuesta, es contestada a fs. 81/87 por la actora.

**4.** A fs. 95/104vta. se integra la litis con los restantes ocupantes del inmueble, María Paola Soledad ARIAS y Pablo Damián ARIAS -hijos de la demandada María Ester MALLA- quienes adhieren al relato efectuado en su presentación por la accionada.

**5.** A fs. 326/336vta. obra sentencia de Primera Instancia.

La decisión, tuvo por probado que la primera evidencia objetiva de la posesión por parte de la demandada sería de fecha 25 de mayo de 1985, fecha en la que ella pide el cambio del medidor a su nombre en la parte del terreno que ocupa.

Señala que no obstante ello, las testimoniales y la propia confesión de las partes dan cuenta que la ocupación principió por una vinculación familiar, pues la madre de la actora era hermana del esposo fallecido de la demandada, relación que justificó que la familia del señor Arias ocupara esa parte del lote.

Agrega que cuando se inició la ocupación no fue con carácter de dueño. Considera que el inicio de la posesión con ánimo de dueño, fue recién en el año 1993 cuando el señor Velásquez le reclamó que pague un alquiler o le compre el lote, lo que ella no hizo. Añade, que al negarse comenzó a poseer como dueña, pues hasta allí reconocía en la actora el dominio.

Indica que la señora Malla y su familia vivieron en ese lugar reconociendo el dominio en la madre de la actora

primero y en ella después, y que el momento en el que sí comenzó la ocupación con ánimo de dueña fue entonces en el año 1993, y es a partir de allí que consideró que corresponde computar el plazo de 20 años.

Señala que ya en el año 2007 fue demandada para desalojar el inmueble, cuando no estaban cumplidos los 20 años, lo que importa que la señora Velásquez no admitía esa ocupación con ánimo de dueño. Y más acá en el tiempo la actora inicia esta acción en el año 2012, momento en el que tampoco estaban cumplidos los 20 años del plazo mínimo legal.

Así, tuvo por probado que el inicio de la ocupación del lote por parte de la señora Malla reconoció un préstamo en el contexto de una situación familiar, y que la posesión con ánimo de dueña respecto del fondo del lote de titularidad de la actora se inició en el año 1993, pues antes de eso siempre reconoció en la señora Lorenza Arias y en la propia actora el dominio. Cuando fue requerida a pagar y aun a restituir la cosa y no lo hizo, ese fue el momento en que se intervirtió el título de la ocupación y es a partir de ese momento que consideró que corresponde computar el plazo de 20 años.

Argumenta que esto ocurre cuando el inicio de la posesión es por otro, más en un momento dado cesa el reconocimiento en otro del carácter de dueño. Como la prueba de que se ha comenzado a poseer por otro es una presunción contraria a la usucapión que se pretende, la interversión del título debe ser clara e inequívoca, pues con ánimo de dueño supone precisamente eso: ocupar un inmueble poseyéndolo como si fuera el dueño y en la convicción de que se es el dueño.

Señala que la actitud de la actora frente a la ocupación, no fue pacífica ni consentida, lo que no permite

considerar entonces cumplido el plazo de la usucapión alegado por la parte demandada.

Con esos argumentos, la decisión hace lugar a la pretensión reivindicatoria y rechaza la defensa opuesta.

6. A fs. 338 apelan los demandados y a fs. 342/355vta. expresan sus agravios, los que, una vez sustanciados, son contestados por la actora a fs. 358/360.

Como primera queja, alegan que la a-quo no habría respetado el principio de inmutabilidad y autoridad de cosa juzgada de la sentencia dictada en autos "Arias, Lorenza c/ Malla, María Ester s/Desalojo incumplimiento contractual" (Expediente N° 359595/07, tramitada por ante el Juzgado Civil N° 5), al considerar que la prueba rendida no cuenta con una certeza necesaria para repeler la acción real de reivindicación, violando el principio procesal de inmutabilidad de la sentencia.

Expresan que la jueza no tiene en cuenta que en el juicio de desalojo se tuvo por probado que en 1980 la señora Malla comenzó la posesión con ánimo de dueño y que, siendo un mismo hecho histórico-jurídico idéntico en ambos procesos, con las mismas partes presentadas, es aplicable a autos, so pena de estar en presencia de un escándalo jurídico y violación a la autoridad de cosa juzgada.

Como segunda queja, alega que la sentenciante no habría tenido en cuenta que a pesar de la escritura del año 1978, no hubo tradición de la porción a favor de Lorenza Arias del fundo que poseía la señora Malla, razón por la cual, antes de 1978 la actora no tenía derechos sobre el inmueble.

Manifiesta que por el artículo 2378 del Código Civil, no bastaría la declaración de las partes en el acto jurídico que refiera a que realizan la entrega o tradición de la cosa, sería necesario que efectivamente se entregue la cosa y que el comprador realice actos posesorios para que haya tradición.

Invoca el certificado de residencia que habría sido emitido por la Comisaría Primera, que haría constatar -a su entender- que la señora Malla residía en la calle Quillén 1334 desde el 14/08/69 y que si bien el original habría sido expurgado, tal antigüedad concordaría con las declaraciones testimoniales de la señora Calquin y de la señora Campos.

Asimismo, expresa que de la absolución de posiciones de Pablo Arias surgiría que adquirieron la vivienda en 1968 pagándola entre todos, que su padre le daba la cuota a su madre, y que otro indicio sería la Información Sumaria N°1267/1994 (tramitada por ante el Juzgado de Paz), de la cual se desprenderían ambos datos ya mencionados (dirección y año de residencia).

Sostiene que con toda la prueba producida se acreditaría que la señora Malla habría poseído el inmueble desde 1968 por medio de la tradición que le hiciera su suegra, y que este acto jurídico sería diez años anterior a que la señora Lorenza Arias suscribiera la escritura del inmueble, y por lo cual, no habría logrado adquirir la parte del inmueble que ocupa la señora Malla porque jamás tuvo la posesión de la misma; lo que determinaría -dice- que la señora Velásquez no tiene derecho de propiedad sobre la parte del fundo, y por ende, no posee acción de reivindicación.

Como tercer agravio, critica que la a-quo hubiere concluido que no existe medianera entre las posesiones de las partes, alegando que en el punto "b" de la pericia realizada se observaría el plano del inmueble que posee la señora Malla, y del mismo se visualizaría la medianera, afirmando el perito su existencia tanto en el plano como en el inmueble.

Expresa que la presencia de ventana en dicho muro no cambiaría su naturaleza, ya que no dejaría de ser la división física y estable entre dos fundos.

Alega que en la causa "Arias, Lorenza c/ Malla, María Ester s/Desalojo incumplimiento contractual" se habría constatado judicialmente que la construcción de la medianera dataría de aproximadamente 17 años de antigüedad (al momento de efectuada en el trámite del desalojo -año 2009-) y que tal prueba representaría un instrumento público que no habría sido argüido de falsedad y sería uno de los fundamentos de la sentencia dictada en los autos referenciados, por lo que -dice- tendría valor de cosa juzgada.

Agrega, además, que los testigos Calquin y Campos habrían declarado sobre el paredón y la propia actora afirmarían su existencia en la posición 7. Por ello, se queja de que la jueza de grado no haya tenido por construida la medianera lo que resultaría -a su entender- dogmático, y causaría un fuerte agravio por representar su existencia un acto posesorio con ánimo de dominio de la señora Malla, con una antigüedad de más de 20 años antes de que se interponga la acción reivindicatoria.

Finalmente, como cuarto agravio, se refiere a la supuesta descontextualización del análisis de la prueba que habría realizado la jueza de grado, la que violaría -a su

juicio- el principio de la sana crítica y las reglas de la lógica y de la experiencia, además de que no se atendería - según entiende- a las prescripciones legales de los artículos 2351, 2384 y 2445 del Código Civil correspondientes a la posesión, presunción iuris tantum de la posesión y presunción de su continuidad.

Invoca que la separación material del terreno mediante la construcción de la medianera y la construcción de la vivienda serían la prueba irrefutable de actos posesorios públicos, porque fue realizada delante de la actora y su madre, y esto, se habría acreditado con la prueba testimonial, además de la detallada en el tercer agravio; posesión de la que se presumiría su continuidad conforme artículo 2445 del Código Civil.

Critica que la magistrada haya dado por cierto los dichos de la señora Velásquez en la prueba confesional, ya que la actora habría referido que no existe medianera que es su pared, que incluso hay ventanas, desconociendo las conclusiones del dictamen pericial que afirma la existencia de medianera, el plano del fundo que posee la señora Malla y la constatación judicial realizada en los autos donde tramitó el desalojo.

Cuestiona que se haya tenido a la señora Malla por confesa, alegando que el resto de la prueba sería contrario a lo dicho en tal posición.

Manifiesta que la jueza de grado se contradiría al sostener que en 1993 comenzó la posesión, porque coincidiría con la prueba testimonial de Calquín y Gabino que refieren que le reclamaba el inmueble desde que falleció el marido de la

señora Malla, y que esto sucedió en 1989 (fs. 71) cuatro años antes de lo que afirmaría la sentenciante.

Finalmente, dice hacer reserva del caso federal.

7. A fs. 362/368vta. obra resolución de la Cámara de Apelaciones, que rechaza el recurso intentado.

Expresa que, en el juicio de desalojo, la sentencia, tiene como objeto lograr la recuperación del bien respecto del ocupante o tenedor, obstaculizando su progreso frente a quien demuestra "prima facie" ejercer la posesión de ese bien. Por ello, las demás cuestiones, relativas a la posesión que pudieren ser expuestas en aquél juicio, -dice- no poseen el carácter de cosa juzgada en cuanto a su extensión, ya que no se discute dentro de una acción personal, cuestiones que caen dentro de la acción real.

Agrega que lo que repele la acción de desalojo es la existencia de la posesión, siendo las cuestiones relativas a su extensión temporal ajenas al debate, y por lo tanto, fuera del ámbito de la cosa juzgada.

Añade que el alcance de los hechos invocados en el trámite de desalojo, traído a la causa como prueba, deben circunscribirse sólo a la acreditación de la calidad de poseedora de la parte del inmueble que da a calle ..., por parte de la demandada María Ester Malla.

En relación al segundo de los agravios, referidos a la valoración de las pruebas relativas a las declaraciones de los testigos Calquín y Campos, el informe pericial y las pruebas confesionales de la actora y de la señora Malla, afirma que los apelantes silencian toda queja respecto al razonamiento que expone la a-quo.

Asevera que la magistrada habría recolectado no solo las declaraciones de los testigos Calquín, Campos y Hernández, para concluir que la ocupación de la parte del lote

obedeció al vínculo de hermandad entre la madre de la actora, Lorenza Arias y el esposo de la demandada, Sr. Ernesto Arias, para que vivieran allí (a raíz del accidente que postrara al Sr. Arias y la situación económica que ello provocó en el grupo familiar), por lo cual, habría quedado acreditado que el origen de la ocupación señalada no lo fue en carácter de dueño, sino reconociendo en otro el señorío.

Argumenta que la decisión ha hilvanado temporalmente las declaraciones de los testigos y confesiones de las partes, concluyendo que si a la muerte del esposo de la demandada (20/08/1989, conf. fs. 71), la señora Lorenza (madre de la actora), le reclamó el terreno, hasta esa fecha, no poseían a título de dueño, y frente a ese íter probatorio y analítico, que de manera alguna resultaría descontextualizado, los apelantes no habrían realizado ninguna crítica concreta y razonada, sino solo manifestaciones genéricas sobre la disconformidad respecto a lo decidido.

Funda, además que, frente a la ubicación temporal de los hechos ya mencionados, resulta intrascendente, la existencia o no de la medianera, más allá de que la pericia sería clara al respecto, porque no estaría en tela de juicio que hubo posesión, lo que no habría podido acreditarse es que hubo actos posesorios "animus domini" durante el transcurso de 20 años, para repeler la acción que persigue declarar la existencia de un derecho real sobre el inmueble.

Para finalizar, comparte el razonamiento que efectúa el fallo de Primera Instancia, sobre la valoración de la prueba, y asimismo la conclusión a la que arriba en cuanto a la acreditación de actos posesorios, no obstante la falta de la antigüedad de 20 años exigida por el artículo 4016 del código Civil.

**8.** Los demandados -a fs. 372/391vta- impugnan la decisión mediante recurso por Inaplicabilidad de Ley, con

fundamento en el artículo 15 incisos b) y c) de la Ley N° 1406.

Respecto del primero de ellos, señalan que el quebrantamiento de la ley y doctrina legal se daría por la interpretación errónea de la norma contenida en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, referida a la cosa juzgada y a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Manifiestan que deben incluirse dentro del concepto de doctrina legal a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los cuales se traten temas regidos por la Constitución Nacional, o de orden federal como sucedería en autos con los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Se quejan porque el tribunal de Alzada citaría jurisprudencia y doctrina legal que consideran adecuada, pero al tratar el alcance de la cosa juzgada dada a la sentencia dictada en autos "Arias, Lorenza c/ Malla, María Ester s/ desalojo incumplimiento contractual" (Expediente N° 359595/07) le daría un alcance diferente al correcto.

Agregan que el vicio sería por aplicación errónea, cuando a pesar de que se habría elegido bien la norma se la utilizaría mal y, por consiguiente, se extraería de ella una conclusión falsa.

Criticán que en la sentencia del desalojo habría quedado probado que la señora Malla se encontraría viviendo en el inmueble desde 1969, y que su suegra le habría otorgado la posesión con ánimo de dominio.

Citan jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a las motivaciones objetivas de la sentencia que formarían un todo con la parte dispositiva, y el alcance de la cosa juzgada.

Afirman que ella se vería quebrantada por la errónea interpretación porque los considerandos de la

sentencia del desalojo, en los que se alude a la prueba, formarían un todo lógico con la parte dispositiva y producirían cosa juzgada.

Aseveran que la adquisición de la posesión, y su fecha de inicio habrían sido acreditadas en el desalojo, y habrían adquirido autoridad de cosa juzgada, y entrado al patrimonio, por lo cual, su supuesto desconocimiento por la sentencia atacada violaría los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

En el marco de la segunda causal invocada -artículo 15° inciso c) de la Ley 1406- se quejan por la absurda valoración de la prueba que habría realizado el tribunal de grado al dictar sentencia definitiva, la que violaría los artículos 34 inciso 4°, 163 inciso 6°, 386, 417, 423 inciso 3° y 424 del Código Procesal Civil y Comercial, artículo 979 y 994 del Código Civil derogado, y artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional.

Sostienen que la Cámara de Apelaciones habría elaborado su sentencia como si la causa de desalojo y las probanzas producidas allí no existieran.

Indican que la absurdidad se daría al tener por probado que la señora Malla habría llegado a vivir en el inmueble por la entrega en calidad de tenencia de parte de la señora Lorenza Arias, y que en el año 1989 (fecha en la que habría fallecido el marido de la accionada y hermano de la señora Arias) ésta le habría reclamado la devolución del inmueble.

Manifiestan que en el proceso de desalojo se habría acreditado que la posesión de la señora Malla se remonta al año 1969, y que ésta habría sido otorgada por su suegra.

Se quejan asimismo, de la interpretación de la prueba testimonial y de la valoración de la confesional, invocando supuestas contradicciones en que el Tribunal de

Alzada habría incurrido, al realizar un presunto análisis parcial y fragmentado de la prueba.

Finalmente, dicen hacer reserva del caso federal.

**II.** Relatados los antecedentes expuestos, corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión aquí traída.

**1.** A tal efecto, resulta oportuno comenzar el análisis de los motivos casatorios esgrimidos a través del andarivel del inciso c) del artículo 15° de la Ley 1406, debido a que mediante ellos se controvierte la base fáctica de la causa, sin cuya adecuada fijación no es posible dar una respuesta jurídica al caso.

Este Tribunal Superior de Justicia, ha elaborado jurisprudencia pacífica relativa a qué debe entenderse por absurdo probatorio.

La causal en examen se configura cuando la judicatura de grado, al sentenciar, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que trasgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (Cr. Acuerdos N° 15/2012 "Arce", N° 38/18 "Indimet S.R.L.", entre muchos otros de este Registro Actuarial).

Así, el vicio casatorio ha sido definido como *"...el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica"* (Cfr. Acuerdo N°19/98 "CEA" del mismo Registro).

La sentencia aquí cuestionada convalidó el razonamiento efectuado por la magistrada de grado, señalando que ésta valoró la prueba conforme a las reglas de la sana

crítica, como asimismo la conclusión a la que arribó respecto de la acreditación de actos posesorios, pero no así la antigüedad de veinte años exigida por el artículo 4016 del Código Civil.

En este punto, los recurrentes cuestionan la decisión, en tanto consideran que no podría interpretarse de la prueba rendida (con referencia a los testigos Calquín y Campos, informe pericial y a la absolución de posiciones de la actora y de la demandada) que la señora Malla ingresó al inmueble como tenedora, por la entrega efectuada por la señora Arias, y que en el año 1993 la accionada intervirtió el título.

Alegan que considerar como simple tenedora a la demandada hasta dicha fecha, es una interpretación arbitraria que no respetaría el material con que se cuenta en el expediente.

Refieren finalmente que los testigos indicados jamás dijeron que el inmueble se lo haya entregado la señora Arias, sino que habrían manifestado que el marido de la señora Malla sufrió un accidente de trabajo y a partir de ese momento, año 1968 o 1969, la suegra de la accionada le hizo tradición del inmueble.

Ahora bien, en orden a la decisión del presente, corresponde adelantar que considero que asiste razón a los impugnantes.

De las pruebas obrantes en el expediente, no surge que la demandada hubiere accedido al inmueble en virtud de que la madre de la actora -Lorenza Arias- le hubiera permitido a su hermano -marido de la demandada- vivir allí con su familia, previo a su fallecimiento.

En este punto, considero que la sentencia resulta arbitraria en la valoración de la prueba, toda vez que parte de una premisa dogmática, para arribar a la conclusión de que

la posesión de la señora Malla habría comenzado recién en el año 1993 pese a que ocupa el inmueble objeto del conflicto desde 1968.

En efecto, la decisión del Tribunal de Alzada, que dice compartir el razonamiento de la jueza de origen, concluye que la ocupación de la parte del lote obedeció al vínculo de hermandad entre la madre de la actora (Lorenza Arias) y el esposo de la demandada (Ernesto Arias), para que vivieran allí (a raíz del accidente que postrara al Sr. Arias y la situación económica que ello provocó en el grupo familiar), por lo cual -dice- quedó acreditado que el origen de la ocupación señalada no habría sido en el carácter de dueño, sino reconociendo en otro el señorío.

Para así fallar, recolecta los testimonios de las señoras Calquín, Campos y Hernández como las aclaraciones de la señora Malla al absolver posiciones, y en estas pruebas se sustenta el pronunciamiento.

No obstante, en el expediente se ha verificado de manera unívoca el hecho que la señora Malla se encuentra en el inmueble desde el año 1969.

Ello ha sido acreditado no solo por prueba testimonial, -señoras Calquín y Campos- sino también por otros medios de prueba, como lo pone de relieve el certificado de residencia agregado a fs. 136 del trámite de desalojo.

Asimismo, el testigo Pereyra si bien no hace referencia a la fecha, menciona que la demandada ocupó el inmueble junto a su marido cuando la abuela vivía allí, y luego se quedó ahí, después de su fallecimiento.

Sin embargo, no media prueba concluyente respecto de cómo accedió al inmueble, o a instancias de quién y, si al momento de ingresar, contaba con ánimo de dominio o reconocía en otro la propiedad sobre el fundo objeto de esta discusión.

La propia decisión tiene como hecho acreditado que el vínculo de hermandad entre la señora Lorenza Arias y el marido de la demandada es el que le habría permitido a esta última acceder al inmueble.

Para así resolver, señaló en los considerandos de la resolución -ver fs.328vta.- *"De acuerdo a la sentencia del juicio de desalojo que la señora Lorenza Arias inició contra la señora Malla, la primera era hermana del esposo de la segunda; que aquella les prestó la parte posterior del inmueble pues pasaban una situación acuciante, pero que a pesar que debían restituir el bien no lo hicieron."*

Sin embargo, lo cierto es que ello no es así, en tanto dicha sentencia -la del desalojo- nunca tuvo por acreditados los hechos puntuales señalados por la jueza a quo. De la atenta lectura de la decisión recaída en el trámite de desahucio -agregada a fs. 203/206- surge que el pronunciamiento en ningún momento tiene por verificados dichos hechos, sino que, por el contrario, son simples afirmaciones de la parte actora, mencionados en los resultandos de la decisión.

Además, tampoco surge ello de los testimonios rendidos en esta causa que avalarían la posición de la actora, y que son citados en la sentencia, en tanto estos testigos saben lo dicho por referencia de los padres de la actora y no por conocimiento personal.

No puedo dejar de resaltar, que ambas partes son contestes en que antes del año 1968/1969 la madre de los hermanos Arias -Lorenza y Ernesto- vivía allí. Así surge de la prueba confesional de la actora quien reconoce expresamente que *"habían dos piezas de adobe hechas por mi abuela"* y que *"su madre toda su vida estuvo ahí"*.

Encuentro altamente relevante el testimonio del Sr. Carlos Oscar Pereyra agregado a fs. 126 del trámite de

desalojo. Dijo ser vecino del barrio Villa Farrell y que desde el año 1957 vive en el barrio, a tres cuadras del inmueble objeto del litigio, y que conoce a las partes del juicio desde aquella fecha.

El testigo expresó que la señora Malla vivía allí *"desde que se casó con el hermano de Lorenza, porque en ese lugar vivía la madre de Lorenza y no me acuerdo el nombre del muchacho"*. *"Ella se quedó ahí cuando falleció la abuela, quedó con el esposo"*, *"como dije anteriormente cuando vivía la abuela, ahí comenzó su estadía en ese predio, al fallecer la abuela, siguió viviendo con el esposo, luego el esposo falleció y siguió viviendo con sus hijos"*.

A la pregunta referente a quién construyó la vivienda de la calle Lago Quillén 1334 -séptima-, contestó *"y eso lo tiene que haber construido la abuela, cuando nosotros llegamos ya estaba la vivienda de adobe"*. En qué fecha fue construida la vivienda de Lago Quillén, contestó *"desconozco, cuando yo llegué ya estaba hecha la vivienda de adobe y luego la fueron mejorando"*.

De ello se sigue que, antes de 1969, fecha en la que la demandada invoca como punto de inicio de su posesión, vivía allí la abuela de la actora, quien habría construido la vivienda de adobe, cuestión que incluso fue reconocida por la propia actora en la absolución de posiciones.

Este hecho no sería de menor relevancia para estos autos, en tanto en la tesis de la actora, su madre -Lorenza Arias- adquirió el inmueble del Sr. Kemar Gallardo -fallecido- en el marco de su sucesión.

El título invocado, del que pretende valerse y que resulta el antecedente que sustenta su derecho de dominio -agregado en el trámite del desalojo- es la compraventa formalizada en escritura pública mediante la cual la señora Lorenza Arias compró la superficie total del inmueble, cuya

porción trasera -con salida a la calle Quillén- estaría ocupada por la demandada y su marido a partir de 1969, y previamente a esa fecha lo habría estado por su madre -Clementina Rivera- "la abuela" tal como lo refiere el testigo Pereyra.

No se me escapa que el título de dominio señala como antecedente a un boleto de compraventa del año 1968, pero lo cierto es que la abuela de la actora habría hecho actos posesorios previos a esa fecha, al menos ello es lo que da cuenta el testigo citado, el único que refiere a los años anteriores a 1968 (dice que se mudó a tres cuadras en el año 1957).

Cabe señalar que el Código Civil de Velez Sarsfield en su artículo 2384 define a los actos posesorios: "*Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes*".

Por lo tanto, antes de la compraventa del inmueble por parte de la antecesora de la actora, éste se habría encontrado en posesión de su abuela, toda vez que la actora reconoció en la prueba confesional, que la construcción de las piezas de adobe fueron hechas por ella.

De allí que la lógica me indique que si la demandada realizó actos posesorios con posterioridad en el inmueble, necesariamente, -en cualquiera de los casos, si la posesión la tenía la señora Arias, o bien su madre,- debió intervertir el título de la ocupación, al menos, a la fecha de fallecimiento de su marido, lo cual aconteció en el año 1989, conforme se desprende del acta de defunción de fs. 71.

Entonces, si bien la actora podría haberse visto beneficiada por la presunción de posesión que deriva de su título de dominio, lo cierto es que esa presunción fue

desvirtuada por expreso reconocimiento, que prueba lo contrario, esto es que la parte del inmueble objeto del litigio se encontraba en posesión de la abuela de la actora, madre de la señora Lorenza Arias.

Ello se refuerza con los testimonios de los testigos Campos y Calquín, -cuyas actas se encuentran glosadas a fs. 188 y 189 respectivamente- quienes refieren que la señora Malla accedió al inmueble a través de la entrega efectuada por su suegra.

La señora Sonia Campos afirma que: *"Le dio el pedazo de tierra la suegra" y "quien construyó la vivienda fue Ester Malla hace aproximadamente 40 años"*.

La señora Benita Calquín afirmó que la señora Malla tomó posesión *"...De parte del marido, la mamá del marido le dio la parte esa donde ella vive"*. *"...ella cuando quedó solo tenía sus chicos muy chiquitos, entonces le dio para que viva ahí, de esto hace ya más de 50 años"*. *"Y en 68, si 68 o 69 más o menos" (tomó posesión), y que "la suegra le dio ese pedazo para que viva ahí...se lo dio como que era el hijo de ella..."*, *"...y que esto lo sabían las actoras porque viven ahí cerca, sería al lado"*, que *"la Sra. Arias le reclama la vivienda cuando falleció el esposo de María (Malla) Ernesto Arias..."*

De allí que no pueda afirmarse sin mediar arbitrariedad, el hecho que fuera tenido por comprobado en la decisión que la demandada accedió al inmueble por la relación de hermandad entre su marido y su hermana, reconociendo la posesión en esta última.

En este punto constato el vicio denunciado, toda vez que el hecho afirmado en la sentencia no ha sido acreditado, violando pautas de la lógica y las máximas de la experiencia que me llevarían a concluir lo contrario, que ella y su marido habrían accedido al inmueble a instancia de la abuela de la actora.

Cabe referir que el juez es libre para apreciar la prueba producida, pero debe respetar estas reglas al momento de elaborar el juicio de hecho que es receptado en la sentencia.

Se estima que *"...puede rescatarse una tendencia difusa tanto en sistemas del common law como del civil law que tiende a considerar al juicio de hecho como la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa. En este orden de ideas se entiende como verdadera aquella hipótesis de hecho que es considerada por el magistrado como la más probable a la cual puede arribarse luego del complejo proceso de confirmación o falsificación de las diversas hipótesis posibles..."* (Cfr. Verbic, Francisco, *La prueba científica en el proceso judicial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2008).

Este proceso intelectual resulta un proceso de tipo inferencial que se asienta en la prueba producida, la que permite fundar las inferencias, lo que debe expresarse en la decisión de modo tal de posibilitar a las partes el control sobre su motivación.

Al final, éste será la hipótesis racionalmente más atendible entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa.

De estas premisas puede inferirse fácilmente, que el absurdo probatorio, en la etapa casatoria y extraordinaria, es de naturaleza excepcional y debe presentarse patente, de modo que no basta con las simples alegaciones respecto de la existencia de prueba en contrario, sino que deben desvirtuarse los fundamentos de la decisión, aquellos que sustentan las inferencias elaboradas por los jueces de grado, a fin de poner en evidencia la presencia de la ilogicidad denunciada.

La impugnación de las decisiones, debe mostrar claramente las anomalías en el pensamiento que implican una

fractura en el razonamiento lógico, derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa.

Ello es lo que aquí acontece cuando se parte de una premisa no acreditada en autos.

Lo expuesto, podría parecer, a primera vista, como un defecto en la motivación de la sentencia, propio del restante carril casatorio, aunque lo cierto es que también se observa la infracción en el razonamiento que parte de un hecho que no se condice con las circunstancias objetivas de la causa, de lo que deriva la verificación del vicio apuntada.

Si la abuela tuvo la posesión de dicha parte del inmueble, tal como surge de la confesión de la propia actora - quien afirmó que la construcción de la vivienda de adobe la realizó su abuela-, no podría considerarse verdadera la conclusión que indica que la señora Malla accedió por su marido y el vínculo familiar que éste tenía con su hermana, madre de la actora.

Y, eventualmente, si continuó allí luego del deceso de su marido, y realizó actos posesorios antes y después en el inmueble, necesariamente debió intervertir el título de la ocupación, al menos a la fecha de fallecimiento de éste -1989- y no con posterioridad -año 1993-, como concluye la sentencia cuestionada.

Considero que la interversión del título operaría a la fecha señalada, en la hipótesis más negativa para la demandada, consistente en que al momento de la ocupación de la parte del predio no contaba con ánimo de dominio, y que recién lo tuvo al fallecimiento de su marido.

Así pues, creo que es la hipótesis más negativa para la demandada la que debe tomarse por válida a los efectos del presente análisis, debido a que la prueba no es convincente respecto del carácter que tenía la señora Malla o

bien su marido, al momento de ingresar en la parte trasera del predio.

Entonces, dado que la usucapión es un medio excepcional de adquisición del dominio, la comprobación de la posesión debe efectuarse de manera insospechable.

Ello fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estableció:

*"Dado el carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por el medio previsto en el art. 2524, inc. 7°, del Código Civil (art. 4015 de aquél), la realización de los actos comprendidos en el art. 2373 de dicho cuerpo legal y el constante ejercicio de esa posesión deben haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente, lo cual no se puede inferir de pruebas insuficientes"* (Fallos 326:2048).

Tal como se mencionó, se constata el vicio denunciado de absurdo probatorio -artículo 15 inciso c) de la Ley 1406-, en tanto media arbitrariedad en la decisión que parte de una premisa dogmática y contraria a las probanzas de la causa, con el alcance mencionado, lo que afecta la decisión en examen, por lo que corresponde casar el pronunciamiento.

**2.** De este modo, deviene innecesario el análisis de la restante tacha invocada, en el marco de la causal de infracción legal, artículo 15 inciso b) de la ley ritual casatoria.

**3.** En consecuencia, y como resultado del análisis efectuado en los considerandos precedentes, debe declararse procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada, con sustento en el inciso c) del artículo 15° de la Ley 1406, casándose la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

**III.** De conformidad con lo prescripto por el artículo 17° inciso c) de la Ley 1406, corresponde recomponer

el litigio, dentro del marco de los agravios vertidos por la parte demandada a fs. 342/355vta. al apelar la decisión de Primera Instancia.

La accionada se agravia en tanto considera que la jueza no habría tenido en cuenta la decisión tomada en el trámite de desalojo, lo cual -a su entender- violaría el principio de inmutabilidad y autoridad de cosa juzgada de la sentencia.

Señala que en dicho proceso se tuvo por probado que en 1980 la señora Malla comenzó la posesión con ánimo de dueño y que, siendo un mismo hecho histórico-jurídico idéntico en el que ambos procesos se basan -dice la posesión y su comienzo-, con las mismas partes presentadas, es aplicable a autos, so pena de estar en presencia de un escándalo jurídico y violación a la autoridad de cosa juzgada.

Agrega que lo que diferencia una de otra acción es la cualidad veintañal, pública y pacífica que debe tener la posesión con ánimo de dominio para repeler la acción de reivindicación, y que no resulta necesario para repeler la acción de desalojo.

Manifiesta que la decisión de rechazar el desalojo sería absolutamente inescindible de su fundamento que -a entender de la demandada- no sería otro que la acreditación de actos posesorios y a título de dueño que habrían sido efectuados durante más de treinta años.

Asimismo, alega que la sentenciante no habría tenido en cuenta que a pesar de la escritura del año 1978, no hubo tradición de la porción a favor de Lorenza Arias del fundo que poseía la señora Malla, razón por la cual, antes de 1978 la actora no tenía derechos sobre el inmueble.

Invoca el certificado de residencia que habría sido emitido por la Comisaría Primera, que haría constatar -a su

entender- que la señora Malla residía en la calle Quillén 1334 desde el 14/08/69 y que si bien el original habría sido expurgado, tal antigüedad concordaría con las declaraciones testimoniales de la señora Calquin y de la señora Campos.

Sostiene que de toda la prueba producida se acreditaría que la señora Malla habría poseído el inmueble desde 1968 por medio de la tradición que le diere su suegra, y que este acto jurídico sería diez años anterior a que la señora Lorenza Arias suscribiera la escritura del inmueble y, por lo cual, no habría logrado adquirir la parte del inmueble que ocupa la señora Malla porque jamás habría tenido la posesión de la misma; lo que determina que la señora Velásquez no tiene derecho de propiedad sobre la parte del fundo por aplicación del artículo 3270 del Código Civil de Vélez Sarsfield y, por ende, no posee acción de reivindicación.

Critica, además, que la jueza hubiere concluido que no existe medianera entre las posesiones de las partes, alegando que en el punto "b" de la pericia realizada se observaría el plano del inmueble que posee la señora Malla, y del mismo se visualizaría la medianera, afirmando el perito su existencia tanto en el plano como en el inmueble.

Expresa que la presencia de ventana en dicho muro no cambiaría su naturaleza, ya que no dejaría de ser la división física y estable entre dos fundos.

Manifiesta que en la causa "Arias, Lorena c/ Malla, María Ester s/Desalojo incumplimiento contractual" se habría constatado judicialmente que la construcción de la medianera dataría de aproximadamente 17 años de antigüedad (al momento de efectuarse en el trámite del desalojo -año 2009-) y que tal prueba representaría un instrumento público que no habría sido

argüido de falso, siendo uno de los fundamentos de la sentencia dictada en los autos referenciados, por lo que -dice- tendría valor de cosa juzgada.

Por ello, se queja de que la jueza de grado no haya tenido por construida la medianera lo que resultaría -a su entender- dogmático, y causaría un fuerte agravio por representar su existencia un acto posesorio con ánimo de dominio de la señora Malla, con una antigüedad de más de 20 años antes de que se interponga la acción reivindicatoria.

Finalmente, como cuarto agravio, se refiere a la descontextualización del análisis de la prueba que habría realizado la jueza de grado, la que violaría -a su juicio- el principio de la sana crítica y las reglas de la lógica y de la experiencia, además de que no se atendería -según entiende- a las prescripciones legales de los artículos 2351, 2384 y 2445 del Código Civil correspondientes a la posesión, presunción iuris tantum de la posesión y presunción de su continuidad.

Invoca que la separación material del terreno mediante la construcción de la medianera y la construcción de la vivienda serían la prueba irrefutable de actos posesorios públicos, porque fue realizada delante de la actora y su madre, y esto, se habría acreditado con la prueba testimonial, además de la detallada en el tercer agravio; posesión de la que se presumiría su continuidad conforme artículo 2445 del Código Civil.

Critica que la magistrada haya dado por cierto los dichos de la señora Velásquez en la prueba confesional, ya que la actora habría referido que no existe medianera que es su pared, que incluso hay ventanas, desconociendo las conclusiones del dictamen pericial que afirma la existencia de

medianera, el plano del fundo que posee la señora Malla y la constatación judicial realizada en los autos donde tramitó el desalojo.

Cuestiona que se haya tenido a la señora Malla por confesa, alegando que el resto de la prueba contradiría lo dicho en tal posición.

Manifiesta que la jueza de grado se contradice al sostener que en 1993 comenzó la posesión, porque coincidiría con la prueba testimonial de Calquín y Gabino que refieren que le reclamaba el inmueble desde que falleció el marido de la señora Malla, y que esto sucedió en 1989 (fs. 71) cuatro años antes de lo que afirmaría la sentenciante.

Relatados los agravios invocados, para comenzar, conviene mencionar cuál será la ley aplicable para dilucidar la presente contienda.

De acuerdo al artículo 7 del nuevo Código Civil y Comercial, a partir de la entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (primer párrafo).

Asimismo, además de aplicarse a las relaciones o situaciones constituidas por hechos ocurridos con posterioridad a su entrada de su vigencia, la nueva ley se aplica también a las consecuencias o efectos de las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes a ese momento.

Desde esta premisa conceptual, considero que esta causa debe resolverse aplicando el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Ello, atendiendo el contenido o causa de la pretensión y defensa deducida por las partes.

Cabe recordar que la acción reivindicatoria es la acción que *"... le compete a un titular de derecho real que perdió la posesión contra quien posee la cosa indebidamente. Es una acción de condena y de carácter restitutorio, pues con ella se impone al demandado la condena de dar o restituir la cosa."* (Kiper Claudio, Tratado de Derechos Reales, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, segunda Edición actualizada, 2017, T.II, p. 450).

Por su parte, la defensa introducida por la demandada (quien no ha reconvenido sino que ha planteado la usucapión como excepción destinada a resistir el progreso de la acción) persigue que se rechace la acción en tanto -invoca- que habría operado la adquisición del dominio por el transcurso del tiempo.

Obsérvese que, en el particular, en ambos casos - hechos invocados en la pretensión y aquellos alegados en la defensa-, la relación jurídica entre las partes ha nacido y produjo sus efectos al amparo de la vieja ley, por lo que corresponderá la aplicación del Código de Vélez Sarsfield.

**1.** En relación al primero de los agravios, adelanto que la supuesta violación a garantías constitucionales no acontece en autos.

Como ya lo mencioné de la sentencia recaída en el proceso de desalojo -agregada a fs. 203/206- no surge que ese proceso se tuviera por acreditado que la suegra de la señora Malla le hubiere dado a ésta la posesión del inmueble, como así tampoco que ello hubiere acontecido en el año 1968/1969.

Nada se dice en relación a ello, sin perjuicio de la referencia que hace la decisión a la confesión ficta.

Es que mediante ésta última, la sentencia tuvo por corroboradas las circunstancias que surgen de las restantes pruebas -relativas a los actos posesorios que enumera la decisión- mencionados en la sentencia, más no así los hechos específicos cuestionados: i) que la suegra de la señora Malla le hubiera dado a ésta la posesión del inmueble, y ii) que ello hubiera acontecido en la fecha consignada.

En este sentido, conviene señalar que la pretensión de desalojo tiene por objeto el debate sobre una acción de naturaleza personal, en tanto la discusión se focaliza en la obligación de restitución del inmueble que pesaría sobre el/los demandado/os, y las circunstancias relacionadas a ello.

En el caso, la invocación del carácter de poseedora, y su comprobación -prima facie- dentro del trámite en cuestión, conforme la sentencia agregada a fs. 203/206, determinó la improcedencia de la acción que persigue la restitución del inmueble, y; por consiguiente, el rechazo de la demanda intentada por la señora Lorenza Arias, madre de la aquí actora.

Ello, no implica el pronunciamiento sobre el derecho a poseer que alega la accionante en el presente trámite reivindicatorio, tal como lo afirma la decisión del Tribunal de Alzada.

En el particular, se advierte que el propio fallo en el trámite de desalojo, con claridad, sienta la pauta sobre el alcance de la sentencia.

Así, expresa que "(...) Al respecto se ha dicho: "En el juicio de desalojo, cuando el demandado alega la calidad de poseedor, solo se debe constatar si tal calidad ha sido prima facie acreditada, aunque no reúna las notas suficientes para repeler una pretensión reivindicatoria o justificar una usucapión" y "Debe rechazarse la demanda de desalojo si los accionados han rendido prueba suficiente para demostrar prima

*facie la verosimilitud de la posesión alegada". En efecto, surge de las constancias obrantes en autos los actos posesorios efectuados por la demandada, los que prima facie resultan suficientes para repeler la presente acción de desalojo..." (ver fs. 204vta./205).*

Es por tal motivo que no se advierte la contradicción invocada, toda vez que la decisión que obsta a la pretensión de desahucio está sustentada en la acreditación de la posesión de la señora Malla, cuestión que ha sido ratificada por la sentencia en el juicio reivindicatorio, en tanto ésta también le reconoce la posesión sobre la parte del fundo objeto del litigio, pero no así en el tiempo exigido por la normativa para hacer viable la defensa intentada.

**2.** Ahora bien, entiendo que la cuestión central en estos autos se ciñe a determinar el punto de origen de la posesión de la señora Malla, en tanto desde allí debe computarse el plazo a los efectos de considerar o no viable la defensa de usucapión opuesta por la demandada.

Previo a ello, cabe precisar que ésta cuestiona en sus agravios la conformación del derecho de dominio de la actora -considera que no se habría cumplido con el extremo del modo requerido para la adquisición del derecho real de dominio-.

Lo cierto es que la reivindicante que cuenta con título suficiente, para triunfar en este tipo de acción, debe acreditar que éste es anterior a la posesión de la demandada, y podrá valerse para ello de los títulos de sus antecesores en el dominio, hasta llegar a alguno cuya fecha sea anterior a la posesión de aquella.

En el particular, se advierte que el título de la señora Velásquez -donación- se sustenta en el antecedente de su madre -Lorenza Arias- que data de 1978, y consiste en la compraventa formalizada en escritura pública, que se encuentra

agregada en copia certificada a fs. 171/175 del trámite de desalojo.

Allí se observa que dicha escritura fue otorgada por el administrador de la sucesión de la señora Vázquez de Gallardo, y por orden judicial que estableció que *"...en nombre y representación del sucesorio proceda a otorgar y firmar ...las respectivas escrituras traslativas de dominio referente a los bienes inmuebles vendidos en vida de la causante y que a continuación se detallan... Lote I-II parte de la manzana "A" a favor de la compradora Da. Lorenza ARIAS, cuyos demás datos obran en el boleto de compraventa obrante a fs. 104.."* (párrafo extraído de la citada escritura que transcribe el testimonio otorgado en la sucesión).

Asimismo, la mentada escritura señala que les correspondió a los transmitentes en virtud de los siguientes antecedentes: *"a) a don Eduardo Kemar Gallardo por compra que hizo siendo de estado civil casado en primeras nupcias con doña María Atanasia Vázquez, a don Cecilio Enríquez Martínez, según escritura número ciento dos de fecha veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (...)* b) *Posteriormente fallecidos, primero don Eduardo Kemar Gallardo, se tramita su juicio sucesorio ... le sucede en su carácter de única y universal heredera su cónyuge supérstite doña María Atanasia Vázquez de Gallardo. ...Fallecida... se tramita su juicio sucesorio..."* (fs. 9/9vta.).

De acuerdo a lo allí consignado (ver copia de fs. 10vta.), al finalizar el acto *"Doña Lorenza Arias de Velásquez acepta la transferencia hecha a su favor en las condiciones enunciadas y declara que se ha cumplido con la tradición por la posesión real recibida antes de ese acto y que las mejoras existentes en el inmueble han sido hechas a su costa y que su estado civil cuando adquirió el inmueble era el de soltera según surge del boleto de compraventa citado."*

Estos antecedentes se remontan a la posesión otorgada por quien adquirió el derecho real de dominio en el año 1952, fecha anterior a la posesión que invoca la demandada.

Por tal motivo, juega a favor de la actora la presunción de que el autor de dicho título anterior -1952- era poseedor y propietario del inmueble reclamado.

Esta conclusión deriva de la interpretación del artículo 2789 del Código de Vélez Sarsfield que dispone que si el título del reivindicante fuere posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda. No obstante, podrá mejorar su situación recurriendo a los títulos de sus antecesores en el dominio hasta llegar a alguno cuya fecha sea anterior a la posesión del accionado.

Así, en el caso, la escritura de la actora es de fecha 21/05/2008, la adquisición de su madre del año 1978, y el antecedente de ella de 1952. Ello implica que se verá beneficiada por dicha presunción, en tanto es anterior, incluso, a la fecha que invoca la demandada como el comienzo de su posesión.

Ello constituye, asimismo, una derivación de lo ya resuelto en el año 1958, en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -plenario "Arcadini" (La Ley, 92-463)- hoy aceptado unánimemente por la doctrina, que establece que *"El comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma"* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno, "Arcadini, Roque c/ Maleca, Carlos" 11/11/58).

De ello se sigue que la queja que cuestiona la legitimación de la actora para efectuar el presente reclamo, en tanto no habría configurado su derecho real, no prosperará.

**3.** Entonces, esta contienda deberá dilucidarse atendiendo a si la demandada logra acreditar los extremos que hacen a su defensa de usucapión (artículo 4015 Código Civil de Vélez Sarsfield). En caso contrario, la demanda deberá admitirse.

La usucapión o prescripción adquisitiva, es un modo de adquisición del dominio por el transcurso del tiempo.

El fundamento del instituto es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y al orden social (Acuerdo N°57/2013 "Vergara Romanquiz", que cita a MARIANI de VIDAL, Marina, Curso de Derechos Reales, Zavallía Editor, Buenos Aires, 2000, Tomo 3, p. 288 y sgts.).

Para su configuración deben demostrarse sus extremos, esto es, una posesión pública, continua e ininterrumpida por el término de 20 años (de acuerdo al antiguo artículo 4015 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

En relación a ello, este Tribunal Superior de Justicia ha dicho que:

*"Constituyen requisitos de la prescripción adquisitiva regulada en nuestro ordenamiento civil en el artículo 4015: la posesión continua por 20 años con más el ánimo de tener la cosa para sí. A tal fin no se exige título válido ni buena fe, porque nada puede escapar al imperio de esta prescripción (cfr. Acuerdo N° 56/2013, "A.D.O.S." del Registro de la Secretaría Civil).*

*A su vez, para que la posesión sea útil debe ser pública, pacífica y continua. Y si ella duró así por todo el tiempo de*

la prescripción sin haberse interrumpido, el usucapiente no tiene ya cosa alguna que probar.

Toda vez que, cuando una persona se comporta como si fuera titular de un determinado derecho, cuando lo ejerce efectivamente con exclusividad, independientemente de que lo tenga o no, puede decirse lato sensu que es poseedora de ese derecho, con independencia de que lo tenga y aunque no lo tenga en realidad.

Por su lado, se ha reflexionado que, cuando el reconocimiento de la posesión en otro es tácito debe surgir de hechos del poseedor que impliquen de manera inequívoca la admisión del derecho del propietario. O sea, al igual que en el reconocimiento expreso y, con mayor razón, debe tratarse de una exteriorización de la voluntad de la que se desprenda con certidumbre y sin lugar a dudas la confesión del poseedor (cfr. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI-CLAUDIO KIPER-FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, Código Civil Comentado. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág.445 y s.s)" (cfr. Acuerdo N°57/2013 "Vergara Romanquiz" de este Registro Actuarial).

Tal como se mencionó en el acápite anterior, la interversión del título de la señora Malla debe ubicarse en el año 1989 luego de la muerte de su marido. A tal fecha - 21/08/1989-, su suegra -Clementina Rivera- ya había fallecido (hecho que surgiría del acta de defunción de fs. 71, donde se consigna "fallecida") y, de acuerdo a lo reconocido por la propia actora, fue quien construyó las habitaciones de adobe lo que demuestra supuestos actos posesorios realizados por ella en la parte del inmueble objeto del litigio.

Por lo tanto, a partir de allí, con el fallecimiento del esposo de la señora Malla, y su continuidad en el lugar, aún después de que formalizara la escritura de compraventa la señora Lorenza Arias, su negativa a pagar por

dicha ocupación, la gestión por sí y de manera independiente de la otra construcción, de los servicios de luz y gas -ver informe de CALF de fs. 107 del trámite de desalojo, y de Camuzzi Gas del Sur S.A. fs. 110 de los mismos autos, y fs. 160/161 del presente- evidencia claramente a esa fecha, su ánimo de dominio y por consiguiente, la interversión del título de su ocupación.

Luego de ello, y tal como lo señaló la decisión de Primera Instancia, que fuera confirmada por la Cámara de Apelaciones, la señora Malla ha acreditado actos posesorios en el transcurso del tiempo.

Entre estos, las mejoras introducidas en el inmueble, que surgen de la pericia de fs. 271/277, que describe *"la construcción realizada es de baja calidad con paredes de bloques o ladrillo con terminación de revoque grueso en un sector y grueso y fino en el resto. Posee abundante vegetación e importante variedad de elementos residuales en los patios"*.

Ello coincide con lo señalado por el testigo Carlos Pereyra, quien manifestó en su declaración que antes *"había una vivienda de adobe y luego la fueron mejorando"* (fs. 126vta. de los autos *"Arias, Lorenza c/ Malla María Ester s/ desalojo incumplimiento contractual"*).

Este testigo, además señaló que la fecha aproximada de casamiento de la señora Malla o de la posesión, *"calculo por la edad del hijo mayor creo que tiene 32 años o más, porque todos los hijos los tuvo ahí"*.

Por otra parte, el acta de constatación de fs. 168/169 consigna, además de que los demandados efectivamente viven allí, una antigüedad de la construcción de aproximadamente 24 años.

Asimismo, el instrumento refiere a la pared medianera con la señora Lorenza Arias, mencionando que su

antigüedad es de 17 años aproximadamente, y que estaba construida *"hasta la altura de la viga"* (ver fs. 169).

El acta de constatación no fue cuestionada por la madre de la actora -quien fue parte en el proceso de desalojo-, y consiste en una prueba indubitable de dicha posesión y su vigencia, toda vez que fue realizada por un oficial de justicia que dió cuenta de ello.

Si se toma como punto de inicio para el cómputo de la posesión de la demandada, la fecha de fallecimiento de su marido, el plazo exigido por la normativa se cumpliría el 20/08/2009, por lo que a la fecha de promoción de la presente acción -26/10/2012- se encontraba agotado.

Por otra parte, cabe resaltar que, en el caso particular, el pago de los impuestos en nada modifica la cuestión aquí traída, en tanto en la especial hipótesis planteada, -esto es que se trata de un único inmueble, sin división jurídica- el pago del impuesto inmobiliario y tasas retributivas por servicios municipales, como así también la contribución de mejoras efectuado por la actora -que surge de fs.21/22, 220/221, y 10/23, 236/237- no obsta al derecho que aquí se declara. Ello, sin que lo mencionado implique expedirse sobre un eventual derecho de repetición que le pudiere asistir a ésta última.

Desde otra perspectiva, tampoco asiste razón a la actora, en cuanto refiere a que sus padres siempre se opusieron a la posesión de la demandada, reclamándole el inmueble, por lo que no sería pacífica.

Cabe destacar, que Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3986 relativo a la interrupción de la prescripción, señaló: *"... una interpelación extrajudicial dirigida al poseedor de un inmueble, no cambia el carácter de la posesión y no interrumpe la prescripción. Las denuncias de las pretensiones de la propiedad de una heredad, cuando no se*

*someten a los jueces, se supone que no son serias y que se carece de los medios de justificarlas...".*

Por lo cual los reclamos verbales que ha reconocido la demandada, que le realizó el Sr. Velásquez - padre de la actora- no conmueven la posesión de la usucapiante.

A su vez, también la posesión de la demandada cumple el extremo de publicidad, en tanto la posesión de la parte trasera del lote por la señora Malla, ha sido en pleno conocimiento de la actora, como de su madre.

De todo lo expuesto se sigue que se ha acreditado el cumplimiento de los recaudos exigidos por la normativa citada para admitir la defensa de prescripción adquisitiva, por lo que el recurso deberá prosperar, rechazando la demanda reivindicatoria.

**4.** Finalmente, cabe referir que la admisión de la defensa de usucapión, no trae como consecuencia que el juez deba declarar operada la adquisición del dominio. Ello implicaría avanzar sobre una cuestión no introducida por la parte demandada -en tanto no reconvino- y por consiguiente, afectaría el principio de congruencia, que opera como un límite al ejercicio de la jurisdicción.

Sin embargo, cabe agregar que creo necesario ordenar la anotación de la litis, en atención a lo dispuesto por el artículo 1905 del Código Civil y Comercial.

Esta norma, de naturaleza procesal y por tanto, de aplicación inmediata -cfr. artículo 7 del nuevo Código Civil y Comercial-, prevé que el juez debe dictar la medida de oficio, al momento de ordenar el traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva.

En los presentes, la previsión no se encontraba vigente en la oportunidad del dictado de la orden de fs. 80.

No obstante ello, encuentro conveniente hacerlo en esta ocasión procesal, a pesar que por razones obvias el objeto de la anotación del juicio sobre la matrícula del inmueble no será la de asegurar el cumplimiento de la decisión que aquí se adopta, -como lo sería el de una medida cautelar-, sino que encuentro su razón de ser para ordenarlo, en el resultado de la presente contienda, y la finalidad tuitiva de terceros que tiene en el particular la medida.

**IV.** En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a este Acuerdo, las costas corresponde imponerlas en todas las instancias a la actora en su calidad de vencida (artículo 12 Ley Casatoria; y 279, 68 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén,).

**V.** Por todo lo hasta aquí expuesto, se propone al Acuerdo: **1)** Declarar **procedente** el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada, por la causal de absurdo probatorio -artículo 15 inciso c) de la Ley N° 1406, y, en consecuencia, casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones obrante a fs. 362/368vta. **2)** A la luz de lo dispuesto por el artículo 17° de la Ley 1.406, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, por consiguiente rechazar la demanda de reivindicación deducida por la actora **Elisabeth del Carmen VELÁSQUEZ** con fundamento en que prospera la defensa de prescripción adquisitiva, opuesta por los demandados **-María Ester MALLA, Pablo Damián ARIAS y María Paola Soledad ARIAS-**, por las razones expuestas precedentemente y con el alcance señalado en el considerando III. **3)** Ordenar la ANOTACIÓN DE LITIS del presente juicio sobre el inmueble Matrícula 7013 (Confluencia) Nomenclatura Catastral 09-20-064-3741. Para su cumplimiento y toma de razón, oficiar al Registro de la Propiedad Inmueble. **4)** Dejar sin efecto la imposición de costas de las instancias anteriores y adecuarlas al nuevo pronunciamiento, imponiéndose

a la actora en su calidad de vencida (artículos 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, 12° de la Ley N° 1406). **5)** Regular los honorarios profesionales a los letrados intervinientes ante la Alzada y en esta etapa casatoria, en un 35% y un 25% respectivamente, de la cantidad que corresponda en su caso, por su actuación en Primera Instancia (artículo 15° de la Ley de Aranceles). **MI VOTO.**

La señora Vocal doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** dijo: Comparto las consideraciones formuladas por el doctor **EVALDO D. MOYA** y la conclusión a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley -inciso c) del artículo 15° de la Ley N° 1406- deducido por las demandadas a fs. 372/391vta., en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento y, en consecuencia, casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones obrante a fs. 362/368vta. **2°)** A la luz de lo dispuesto por el artículo 17° de la Ley 1.406, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, por consiguiente, rechazar la demanda de reivindicación deducida por la actora **Elisabeth del Carmen VELÁSQUEZ**, con fundamento en que prospera la defensa de prescripción adquisitiva, opuesta por los demandados **-María Ester MALLA, Pablo Damián ARIAS y María Paola Soledad ARIAS-**, por las razones expuestas precedentemente y con el alcance señalado en el considerando III. **3°)** Ordenar la ANOTACIÓN DE LITIS del presente juicio sobre el inmueble Matricula 7013 (Confluencia) Nomenclatura Catastral 09-20-064-3741. Para su cumplimiento y toma de razón, ofíciase al Registro de la Propiedad Inmueble. **4°)** Dejar sin efecto la imposición de costas de las instancias anteriores y adecuarlas al nuevo pronunciamiento, imponiéndose

a la actora en su calidad de vencida (artículos 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, 12° de la Ley N° 1406). **5°)** Regular los honorarios profesionales a los letrados intervinientes ante la Alzada y en esta etapa casatoria, en un 35% y un 25% respectivamente, de la cantidad que corresponda en su caso, por su actuación en Primera Instancia (artículo 15° de la Ley de Aranceles). **6°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman el señor magistrado y la señora magistrada, por ante el Actuario, que certifica.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI  
Dra. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario