

## Juicio De Reivindicacion Poseedor Del Inmueble

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Juicio de reivindicación. Poseedor del inmueble                      Se revoca la sentencia que rechazó la demanda de reivindicación inetrpuesta.                      En la ciudad de Mendoza a los once días del mes de octubre de dos mil dieciséis, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces, trajeron a deliberación para resolver en definitiva los autos N°87.585/51.574, caratulados "COOPERATIVA DE VIVIENDAS ARCO IRIS LTDA. C/ BARRIOS, OSCAR ALBERTO P/ Reivindicación?", originarios del Séptimo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia, venido al Tribunal en virtud del recurso de apelación planteado a fs. 631 por la actora Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. en contra de la sentencia de fs. 625/628. Practicado a fs. 739 el sorteo establecido por el art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Ferrer, Ábalos y Leiva. De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver: Primera cuestión: ¿Debe modificarse la sentencia en recurso? Segunda cuestión: ¿Costas? Sobre la primera cuestión propuesta, el Sr. Juez de Cámara Dr. Claudio A. Ferrer dijo: I- Llega en apelación la sentencia que glosa a fs. 625/628 por la cual se rechaza la demanda de reivindicación entablada por la Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. en contra del Sr. Oscar Alberto Barrios Saporía. II- PLATAFORMA FÁCTICA: Que a fs. 143/145 se presenta la Sra. Elba Rosario Riveros, en su carácter de Presidente de la Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. y promueve acción reivindicatoria en contra del Sr. Oscar Alberto Barrios Saporía en su calidad de poseedor del inmueble que describe en sus límites y extensión y que se encuentra ubicado en el Barrio Arco Iris, manzana D, Departamento Maipú, Provincia de Mendoza. Relata que en febrero de 1989 se constituyó la Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda., la que el 19 de enero de 1990 adquirió un inmueble ubicado en la Provincia de Mendoza, Departamento Maipú, Distrito Luzuriaga, con frente a calle Urquiza esquina Alsina, constante de una superficie según título y mensura de 5ha 3691 m2, actualmente denominado Barrio Arco Iris. Indica que en el mismo se construyeron 98 viviendas con fondos del Instituto Provincial de la Vivienda y que en marzo de 1995 ese organismo procedió a la entrega de las mismas. Expresa que en marzo de 1991, el Agrimensor Enrique Bartolomeo procedió a la realización del plano de mensura, el que fue aprobado por la Dirección Provincial de Catastro bajo el N° 19.473. Manifiesta que por un error se consignó en ese plano a los lotes 5 y 6 de la manzana "D", como lotes de 310 m2, cuando la superficie de los mismos era de 210 m2 y que como consecuencia de ese error la Escribana Graciela Patricia Ruiz Diez procedió a escriturar los mismos con esa superficie. Sostiene que cuando la entidad se percató del error se procedió a realizar la escritura rectificatoria, en virtud de los planos de mensura n° 20340 y 20339 de marzo de 1996 que subsanan al anterior, reingresando la superficie excedente (200m2) al dominio de la Cooperativa. Argumenta que el día 11 de febrero de 2012, la Sra. Elba Riveros, al circular por la Plaza del Barrio Arco Iris, ve que en los terrenos propiedad de la entidad se encuentra gente trabajando, realizando una zanja y columnas, quienes le dicen que trabajaban para el Sr. Barrios, propietario de la vivienda individualizada como manzana "D", Casa 5, por lo que consultó a una Señora que vive en esa vivienda acerca de si tenía autorización para hacer esas obras, sin obtener respuesta de su parte, lo que la llevó a realizar una denuncia ante la Municipalidad de Maipú y luego ante la Unidad Fiscal Departamental N° 5, Maipú-Lujan, por el delito de usurpación, además de emplazar al demandado por carta documento para destruir la obra de cierre. Se refiere a la procedencia de la acción, funda en derecho y ofrece pruebas. A fs. 169/174, comparece la Dra. Nilda Claudia Urriche, por el Sr. Oscar Alberto Barríos, plantea excepción de prescripción y contesta la demanda interpuesta en su contra, solicitando su rechazo, con costas. Sostiene que en ningún momento se ha cuestionado la posesión que sobre el inmueble ejercieron los esposos Muzaber-Tabacchi y su continuador Oscar Alberto Barrios, posesión que ha sido de buena fe, ininterrumpida, pacífica, pública y con animus domine desde que se les adjudicó el terreno a sus titulares y se aprobó la operatoria del Barrio Arco Iris por parte del Instituto Provincial de la Vivienda. Menciona que el poder especial irrevocable firmado por los esposos Muzaber-Tabacchi, a favor del matrimonio Barrios-Suarez, es justo título a los fines de interponer la prescripción decenal, a la que se debe sumar una prueba contundente y que es que el plano y venta de los terrenos se produjo en el año 1991 y le sirven de base a ese instrumento público. Indica que no solo han transcurrido los años exigidos para el planteo de prescripción decenal, sino que también se encontraría cumplido el plazo veinteañal sobre el terreno en cuestión. Luego indica que a través del poder especial irrevocable de fecha 15 de noviembre de 1996, pasado ante la Escribana Graciela P. Ruiz de Diez, su mandante adquirió de los esposos Muzaber-Tabacchi un inmueble ubicado en el Departamento Maipú, Distrito Luzuriaga, Provincia de Mendoza, en el

Barrio Arco Iris, individualizado con Casa 5, Manzana 'D?', constante de una superficie según título y plano de 310 m2, momento a partir del cual comenzó a poseer dicha superficie. Afirma que, además, su mandante abona el impuesto inmobiliario, tasas y servicios municipales, por los 310 m2. Aclara que el poder especial irrevocable fue otorgado ante la misma escribana que se encargaba de toda la documentación de la Cooperativa que se requería asentar notarialmente. Solicita se cite al proceso al Sr. Pablo Luis Muzaber, hoy sus sucesores y a la Sra. Nilda Ercilia Tabacchi. Ofrece pruebas y funda en derecho. A fs. 177/178 se admitió la denuncia de litis respecto de Pablo Luis Muzaber, hoy sus sucesores y Nilda Ercilia Tabacchi, los que fueron notificados a fs. 202/203, sin que hayan comparecido al proceso. A fs. 191/193, la Sra. Yemina Julieta Cara, por la actora, contesta el traslado de la excepción de prescripción, todo conforme a las razones que esboza y a las cuales me remito. A fs. 218 se resolvió acerca de la admisión y sustanciación de las pruebas ofrecidas por las partes.

**III- LA SENTENCIA RECURRIDA:** El Juez luego de referirse, en general, al marco jurídico dentro del cual debe ser analizada la acción reivindicatoria planteada en este proceso, sostiene que no se presentan en el supuesto los requisitos necesarios que tornan procedente la defensa de prescripción breve, ya que para ello se necesita 'justo título' y el demandado lo que posee es un poder especial irrevocable para transferir por un plazo de dos años que se encuentra vencido y el 'justo título' exigido es el que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, para lo cual debe estar revestido de las solemnidades exigidas para su validez sin consideración de la persona de quien emana, o sea, la escritura pública de transmisión y no un poder especial irrevocable. Tampoco considera procedente la prescripción larga ya que aun cuando el demandado sumara la de su antecesor, habiéndose interpuesto esta demanda en el año 2012, no se han cumplido los veinte años desde la fecha de la escritura del Sr. Muzaber. Luego ingresa en el análisis de la procedencia de la acción reivindicatoria y para ello menciona que en el año 1995 la actora transfirió a Pablo Luis Muzaber y Nilda Ercilia Tabacchi el inmueble en cuestión, constante de una superficie de 310 m2 y, a su vez, estos le otorgaron, el 15 de diciembre de 2006, al demandado Sr. Oscar Alberto Barrios y a la Sra. Ana María Luisa Suárez, un poder irrevocable de venta por el término de dos años, todo ante la escribana Graciela Patricia Ruiz de Diez. Señala que posteriormente, el 20 de junio de 1997, ante la misma escribana, la Cooperativa, Pablo Luis Muzaber y Nilda Ercilia Tabacchi, realizan una rectificación de la escritura por la cual reducen la superficie del inmueble a 210m2, ello cuando ya se le había cedido el derecho al demandado y su esposa por medio del poder especial irrevocable. Indica que esa rectificación de la que no fue parte ni el demandado, ni su esposa, les es a estos inoponible y que a esa fecha Muzaber y Tabacchi ya no poseían el derecho por haber realizado un poder especial irrevocable, que si bien su causa fuente no aparece ni ha sido traída, de la testimonial de Marcela Muzaber (fs. 369) y de Nilda Tabacchi (fs. 370) surge que se trata de una compraventa. Expresa que a pesar de seguir figurando como titulares registrales Pablo Luis Musaber y Nilda Ercilia Tabacchi, al momento de la rectificación ya no eran los dueños del inmueble por haberlo vendido al demandado y si bien la escritura de rectificación se realizó, ella es inoponible al demandado. Aclara que no tiene derecho a ejercer la acción reivindicatoria el titular del inmueble a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, cuando no haya recibido la posesión por la tradición de la cosa, si el título que ostenta es de fecha posterior a la posesión ejercida por el tercero poseedor demandado que ingresó sin violencia, ni clandestinidad y que tampoco procede la acción de reivindicación interpuesta por el titular registral de un inmueble contra el poseedor del mismo que hubiera celebrado un boleto de compraventa con el anterior titular respecto de dicho inmueble desde que dicho instrumento no se consignó que el bien se encontraba comprometido y que el anterior titular había entregado la posesión. Por último, señala que la parte actora no ha negado la propiedad del resto del inmueble, es decir, de los 200 m2 en cabeza del demandado, y si el demandado posee según un título y un plano determinado al momento en que tomó la posesión, a pesar de hacerlo por medio de un poder especial irrevocable, al poseer una parte posee el todo y el hecho de que haya realizado el cierre recién en el año 2012 no le crea ningún derecho a la actora, que no puede oponerle el acta rectificatoria. En razón de lo expuesto rechaza la demanda e impone las costas a la parte actora.

**IV- LA EXPRESION DE AGRAVIOS Y SU CONTESTACION:** En la expresión de agravios de fs. 711/721, la Dra. Yemina Julieta Cara, por la Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo 'Arco Iris' Ltda., menciona que la sentencia le causa agravio al aplicar la teoría de la apariencia jurídica que es la que protege al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que funda su creencia en la apariencia de que el titular del derecho que le trasmitió es el legítimo propietario, a pesar de que no lo era. Afirma que dicho principio no es absoluto, sino que tiene su excepción fundamental en el contenido en el art. 3270 del C. Civ. y que dispone que nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien adquiere. Indica que, por imperio de esa norma, el ius persecuendi en los derechos reales en materia inmobiliaria no tendría más limitaciones que la prescripción adquisitiva. Refiere que, en el caso de autos, la escritura n° 84 de fecha 22 de marzo de 1995, pasada ante la escribana Graciela Patricia Ruiz Diez, en virtud de la cual la Cooperativa le vendió a Pablo Luis Muzaber y Nilda Ercilia Tabacchi el inmueble objeto del litigio, era parcialmente errónea porque se basó en un plano de mensura y subdivisión N°19473 también erróneo, en el que se consignaba al lote 5 de la manzana D

una superficie de 310m<sup>2</sup>, cuando en realidad era de 210m<sup>2</sup>. Indica que del plano de mensura mandado a confeccionar por el propio Musaber, en noviembre de 1995, surge que la superficie de ese lote era de 210m<sup>2</sup>, porque la fracción ?B? de 100 m<sup>2</sup> anexada por error, estaba destinada a unirla al colindante norte, Municipalidad de Maipú, con destino a la ?superficie de equipamiento?, plano que además de por Musaber fue suscripto por el agrimensor Enrique Bartolomeo. Expresa que el error fue entonces reconocido por el propio adquirente y, por lo tanto, ningún tercer adquirente puede alegar su desconocimiento. Sostiene que cualquier adquirente diligente debe observar y analizar el plano vigente del inmueble que va a adquirir y estudiar los títulos por más de veinte años para constatar el estado posesorio si su derecho se ejerce por la posesión para poder ampararse en la apariencia jurídica que el fallo de primer instancia toma como axioma supremo. Afirmo que, además, en este caso no solo surgía del plano de mensura el destino de la fracción B de 100m<sup>2</sup>, sino que, cuando Musaber y su esposa supuestamente le hacen tradición del lote 5 al Sr. Barrios y su esposa, que en los hechos era de 210m<sup>2</sup>, en el año 1996, firmándole un supuesto poder irrevocable a su favor, le entregan un lote cerrado cuya pared había sido construida por el mismo Musaber justo donde terminan los 210 m<sup>2</sup>, es decir, en el límite que separa la fracción ?A? de 210 m<sup>2</sup>, con la ?B? de 100m<sup>2</sup>. También se agravia respecto a la aplicación del principio de que ?el que posee, posee porque posee? y que nadie puede ser privado de su posesión por vías de hecho sino que tiene que acudir a las vías legales, ya que justamente el que ha sido despojado sin acudir a las vías legales fue la Cooperativa que poseía la fracción ?B? que era utilizada para reuniones esporádicas dentro del Barrio y que la ofreció en donación a la Municipalidad de Maipú, la mensuró y pago sus impuestos y de un día para el otro los demandados toman posesión de la misma, sin acudir a las vías legales y sin que se le hubiere hecho tradición de la misma porque Musaber no la ocupaba y no se le había hecho tradición de esta. Critica que en la sentencia se considere inoponible al demandado la rectificación de la escritura traslativa de dominio por no haber aquel participado de ese acto, ya que estos son de mala fe porque sabía o, al menos debían conocer, el estado posesorio y la pared medianera ubicada, al igual que la del lote 6. Entiende que el silencio del matrimonio Musaber y de la escribana respecto al otorgamiento del poder especial irrevocable al momento de efectuarse la rectificatoria de la escritura traslativa de dominio fue en virtud de la normativa existente en el IPV que impedía transferir el inmueble, lo que le impidió a su representada conocer la existencia de aquel poder y citar a los Barrios al acto de rectificación. Cuestiona la aplicación en la sentencia del principio contenido en el art. 3270 del C. Civ. al mencionar que el mismo debe dirigirse a favor de la Cooperativa y no del tercero de mala fe, aclarando que, además, es un principio general de nuestro ordenamiento que la ley no ampara el ejercicio abusivo y de mala fe de los derechos. Se agravia en relación al fundamento de la sentencia que considera que al momento de la ratificación, a pesar de seguir figurando como titulares registrales Pablo Luis Musaber y Nilda Ercilia Tabacchi, ya no eran los dueños del inmueble por haberlo vendido al demandado, ya que para transmitir un derecho se necesita título y modo y ninguno de los dos se otorgó a la parte demandada sobre la fracción de 100 metros cuadrados, siendo claro que un poder irrevocable no transmite derecho real alguno. Aclara que también resulta erróneo considerar que el título de la Cooperativa es la rectificación y no aquel por el cual el IPV le transfirió a la Cooperativa, siendo claro que el título de la accionante es anterior al del matrimonio Musaber y a la vez, del poder a favor del matrimonio Barrios. Sostiene que es falso, como lo indica la sentencia, que el demandado no haya ingresado a la fracción ?B? sin violencia, ni clandestinidad, sino que, justamente, aprovechando la ausencia de la Cooperativa, realizaron una abertura sobre la pared medianera y construyeron dos paredes medianeras nuevas, incorporando la fracción ?B? a la que antes poseían. Por último, critica que se considere que el demandado por haber poseído la fracción ?A? de 210m<sup>2</sup> ha poseído también la ?B? de 100m<sup>2</sup>, ello por cuanto el poder especial irrevocable no es título, ni justo título y que, en cualquier caso, la presunción que emerge del art. 2411 del C.C. admite prueba en contrario. A fs. 724/726, la Dra. Nilda Claudia Uriche, por el Sr. Oscar Barrios, contesta el traslado de la expresión de agravios, solicitando el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora conforme a las razones que esboza y a las que me remito en honor a la brevedad.

V- TRATAMIENTO DEL RECURSO: V- a)- Algunas cuestiones preliminares relacionadas con la acción reivindicatoria: En primer lugar señalaré que el acto de desposesión denunciado por la actora habría ocurrido en el año 2012, es decir, durante la vigencia del Código Civil, al igual que la celebración de los instrumentos que ambas partes acompañan para acreditar su derecho a la posesión, por lo que se trata de una situación jurídica cuya consecuencias se consolidaron durante la vigencia de ese cuerpo legal. Siendo ello así, conforme lo establece el art. 7 del Código Civil y Comercial en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, el caso sometido a decisión debe resolverse de conformidad con lo dispuesto en el Código de Vélez. El art. 2758 del Código Civil establece que: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella". Por ello, la demanda por reivindicación se caracteriza por ser aquella que ejerce quien diciendo tener derecho a poseer, la dirige en contra de quien efectivamente posee, en la procura de acceder al efectivo ejercicio de la posesión de la cosa que se dice propia (conf. Borda: "Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales", Perrot, 4ta. edición actualizada, T. II, pág. 471; "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial", Director Bueres, Coordinadora Highton, Hammurabi).

En análogo sentido se ha expresado que la acción de reivindicación es aquella acción, que puede ejercer el propietario que no posee, contra el poseedor que frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión (Musto, Néstor J., "Derechos Reales", t. II, Buenos Aires, 2000, p. 509) y que "...el ámbito de la acción reivindicatoria es el de la existencia misma del derecho real que queda lesionado cuando al titular se lo priva o se le disputa su relación con la cosa, en tanto el derecho real supone la posibilidad de esa relación. En resguardo de la existencia del derecho real la acción reivindicatoria persigue comúnmente la restitución de la cosa de la cual se ve privado el actor con motivo de la desposesión, que conforma el caso más nítido de lesión de la existencia. La desposesión importa el desplazamiento de la posesión anterior, sin o contra la voluntad de quien la ejercitaba...Por no mediar desposesión queda excluido del ámbito de la acción reivindicatoria el caso en que el actor hubiera procedido a entregar voluntariamente la posesión de la cosa que ahora pretende, pues con tal entrega su titular perdió la posesión con su voluntad." (Jorge Horacio Alterini; Acciones Reales; Abeledo Perrot; p.14/15). Como consecuencia de ello el reivindicante debe acreditar que tiene título sobre la cosa, entendiéndose por título el antecedente jurídico del cual resulta el derecho ejercitado (Mariana de Vidal, Marina, "Curso de Derechos Reales", t. III, Buenos Aires, 2003, p. 417 y ss.); o sea que la carga de la prueba del título de dominio pesa sobre el reivindicante, quien debe demostrar su derecho a la posesión (Corte Sup. Just. Tucumán, sala criminal y penal, 13/5/1996, "Aguirre, José G. v. Luna, Juan B.", LL 1996-E-490, con nota de Verónica Pérez Vinaccia - LLNOA 1998, 126 - DJ 1997-1, 328). También resulta necesario acreditar la fecha del inicio de la posesión del demandado respecto de la fracción de terreno que se pretende reivindicar, ya que de ser posterior a la primera es de innegable aplicación la previsión del art. 2790 del C. Civ. que determina que si el reivindicante presentare títulos de propiedad anteriores a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica. Así, el reivindicante que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado, no necesita probar que él o sus antecesores en el dominio tuvieron la posesión efectiva necesaria para adquirir la propiedad, bastándole con la posesión presunta que implica el título válido (Salas Trigo Represas: "Código Civil Anotado", t. 2º, 2ª edición Actualizada, Editorial Depalma, Bs. As., 1984, p. 739).

Parece también oportuno resaltar que, de acuerdo a lo normado por el art. 577 del C. Civ.: "Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real", requiriéndose para que ella opere no solo la existencia de actos materiales realizados voluntariamente tanto por el tradens como por el accipiens (art. 2377); o por el tradens con consentimiento -expreso o tácito- del accipiens; o al revés, por el accipiens con consentimiento del tradens (arts. 2376 y 2380 del C. Civ), actos materiales que deben ser tales que pongan al adquirente en posición de disponer y actuar físicamente sobre la cosa, sino también que el tradens sea el propietario de la cosa; que tradens y el accipiens tengan capacidad y que la tradición se efectúe por título suficiente para transmitir el dominio. De ello se deriva que para que la tradición de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar y el que reciba capaz para adquirir, ya que, según el art. 2063 del C. Civ. "Los únicos derechos que pueden transmitirse por la tradición, son los que son propios del que la hace", disposición que se entrelaza y está en armonía con el principio consagrado por el art. 3270 del Código de Vélez que establece que: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere", aun cuando ello reconoce excepciones en aras de la seguridad jurídica y la necesidad de proteger a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (art. 1051 del C.C.) (Cfr. Marina Mariani de Vidal; Curso de Derechos Reales, T. 1, Sexta edición, Zavalía; págs.169/170 y 334/335). V- b)- La solución del caso concreto. Es necesario advertir, a modo de introito, que este Tribunal no se encuentra obligado a analizar cada una de las cuestiones formuladas por el recurrente, sino tan solo aquellas que resultan conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (C.S. Fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390) y también que "Las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes en apoyo de sus pretensiones y los términos exactos en que las solicitaron no obligan a los jueces a ajustarse a ellas en sus fallos y resoluciones, pudiendo fundar éstas en razones distintas y en conceptos de diferentes expresiones, siempre que sean coincidentes con las peticiones formuladas, no apartándose de las que fueron objeto del debate, por ser la facultad de pertinacia, estrictamente limitada a las cuestiones de derecho, dado que el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en los preceptos jurídicos que la rigen, con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes y el "a quo" (Esta Cuarta Cámara; Expte.: 23987 - NARVAEZ GALDYS MIRTA BEATRIZ PEREZ Y OTS. COBRO DE ALQUILERES; 12/12/1998; LA148-023). Entrelazado con ello, en lo que se refiere a la legitimación de la Cooperativa de Vivienda, Servicios Públicos y Consumo "Arco Iris" Ltda., cuestión que corresponde analizar de oficio, aun cuando no haya sido materia agravio, ya que constituye un presupuesto o requisito intrínseco que hace o incide directamente sobre la admisibilidad de la pretensión (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, t. 1, p.405), ella surge de los instrumentos públicos acompañados en copias certificadas a fs. 503/517 (Donación del I.P.V. a la Cooperativa del inmueble en donde se emplazó el Barrio Arco Iris; Venta de la Cooperativa a Musaber y

Tabacchi y Rectificación de esta última escritura traslativa de dominio), como así también de las copias de la matrícula n° 74352 del Registro Público y Archivo Judicial de la Provincia de Mendoza. Lo que sí es materia de agravio y constituye, a mi entender, el único eje de la controversia es sí, como lo indica la sentencia en crisis, la actora transfirió en el año 1995 a Pablo Luis Musaber y Nilda Ercilia Tabacchi el inmueble con edificio ubicado en el Barrio Cooperativa Arco Iris del Departamento Maipú de la Provincia de Mendoza, designado como casa 5 de la manzana D, con una superficie de 310 metros cuadrados, tal como surge del plano de mensura y subdivisión aprobado y archivado en el Registro Provincial de Catastro bajo el n° 19473 y se desprende de la escritura traslativa de dominio e hipoteca n° 84, pasada ante la Escribana Graciela Patricia Ruiz de Diez, con fecha 22 de marzo de 1995 y, a su vez, el Sr. Musaber y la Sra. Tabacchi vendieron ese inmueble al Sr. Oscar Alberto Barrios -aquí demandado- y a la Sra. María Luisa Suárez, ello a través del ?poder especial irrevocable? suscripto ante la Notaria mencionada anteriormente, con fecha 15 de noviembre de 1996 o sí, por el contrario, esas ?ventas? solo comprendieron 210 metros cuadrados, como se desprende del acta de rectificación n° 24, de fecha 20 de junio de 1997, pasada también ante la misma Escribana y a la cual comparecieron la actora, el matrimonio Musaber-Tabacchi y los representantes legales de L.Y.B.S.A. y del I.P.V. (acreedores hipotecarios) y que corrige la superficie del inmueble en razón de que en el plano de mensura antes individualizado existía un error, subsanado por plano de mensura y fraccionamiento confeccionado por el Agrimensor Enrique Bartolomeo en el mes de marzo de 1996, aprobado y archivado en la Dirección Provincial de Catastro bajo el n° 20339, el cual fue también suscripto por el Sr. Musaber (fs.5) y en el que se consignó que la superficie realmente transferida era de 210 metros cuadrados, individualizada como fracción ?A? y que existía otras fracción denominada ?B?, de 100 metros cuadrados, al norte de la primera que volvía a su propietario Cooperativa de Viviendas, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. Más allá de que resulta extraña la situación planteada acerca de los ?errores? en la superficie consignada en el primer plano de mensura, mucho más lo es la forma dada a la venta que Musaber-Tabacchi le realizaron a Barrios-Suárez (poder especial irrevocable de fs. 150/151), quizás para sortear la prohibición de transferir que emerge de la cláusula tercera (contrato hipotecario) de la escritura N° 84, aunque igualmente su naturaleza surge de su propio contenido en el que se indica que el inmueble ?...se transfiere por la suma de Pesos Quince Mil...? y que no se retiene suma alguna por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles porque el dinero obtenido será afectado a la compra de otro inmueble y no, como lo señala el sentenciante, a partir de las declaraciones testimoniales de Marcela Musaber (fs. 369) y Nilda Tabacchi (fs. 370), que aún cuando no hayan sido cuestionadas oportunamente y admitido su testimonio, en virtud de revestir la condición terceros citados al proceso con ejercicio de todas las facultades procesales que se le acuerdan a las partes (resolución de fs. 177/178), no debieron ser meritadas por el juzgador. Ahora bien, aun cuando en el ?poder especial irrevocable? se consigna que la superficie del inmueble objeto de la litis era de 310 metros cuadrados, la realidad es que el Sr. Musaber y la Sra. Tabacchi solo pudieron efectuar la tradición de la posesión respecto a los doscientos diez metros cuadrados que eran por ellos poseídos y de los cuales resultaban propietarios. Me explico, como lo anticipo en el punto anterior, conforme surge del art. 577 del C. Civ. antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real y, en armonía con ello, el art. 3270, de ese mismo cuerpo legal, dispone que nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, lo cual lleva determinar la superficie de terreno que realmente fue transmitida al matrimonio Musaber-Tabacchi por la actora y que, a su vez, estos podían transmitir al matrimonio Barrios-Suárez. Para ello resulta necesario establecer cuál fue la superficie del inmueble sobre la cual la Cooperativa realizó la ?tradición? de la posesión a través de actos materiales, y no meras declaraciones del que entrega de darse por desposeído o de entregar la posesión (como podrían ser los 310 metros cuadrados consignados tanto en la escritura N° 84, como en el poder especial de venta irrevocable), que tuvieron el efecto de poner al adquirente en posición de disponer y actuar físicamente sobre la cosa. A esos efectos debe ponderarse que, como ya lo mencioné, fue el mismo Musaber quien suscribe el plano de mensura N° 20339, aprobado por la Dirección Provincial de Catastro el 5 de marzo de 1996 y que corrige la superficie del inmueble estableciendo la fracción ?A? de 210 metros cuadrados, que es la que realmente se le transfirió y la fracción ?B? de 100 metros cuadrados, que queda fuera de la tradición, ello con anterioridad al otorgamiento del ?poder especial irrevocable? (15-11-1996). También deben valorarse, en ese mismo sentido, las testimoniales de la Sra. Elba Rina Nogues (fs. 332), que afirma que el lote, antes del cierre efectuado por Barrios, estaba como todas las otras casas, de doscientos metros (segunda ampliación); Alejandra Laura Marina Rivadeneira (fs. 333), que indica que el terreno que hoy ocupa el demandado antes no tenía paredes divisorias y que el proyecto era el de construir allí la unión vecinal o un centro cultural (segunda y tercera ampliación); Sr. Pedro Nievas (fs. 334), que sostiene que en el lote se iba a hacer un salón comunitario (tercera ampliación) y que Musaber levantó la pared medianera en el límite del lote que es de doscientos metros (sexta y séptima ampliación) y la inspección ocular de fecha 4 de febrero de 2014 (fs. 378) en la que se deja constancia del cierre sobre el lote de 100 metros cuadrados, acto procesal en el que el mismo demandado Sr. Barrios expresó que había sido realizado hace aproximadamente un año, aclarando que cuando canceló en el IPV procedió a realizar el cierre y que antes de ello el terreno estaba abandonado. Resulta claro entonces concluir en que, aun

cuando en el sorteo de adjudicación de los lotes, como surge de los testimonios de Sandra Rotella (fs. 341); Humberto Adaro (fs. 348) y Carlos González (fs. 349), al igual que de la pericia notarial (fs.519/539) al matrimonio Musaber - Tabacchi se le haya asignado un lote de 310 metros cuadrados, la tradición y el ejercicio de la posesión a través de actos materiales, por parte de estos y, también del matrimonio Barrios - Suárez, se circunscribió al lote de 210 metros cuadrados y a la vivienda allí emplazada. Siendo ello así, cabe concluir que al demandado nunca se le pudo transmitir un derecho mejor o más extenso que aquel que gozaba el tradens y que, conforme a lo antes expresado, se limitó a los 210 metros cuadrados que eran por este poseídos, tornando inoperante, en el caso concreto, la excepción establecida por el art. 1051 del C. Civ., ya que, aun cuando se lo considere al Sr. Barrios como un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, dicha adquisición, que además no cuenta con título (acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real) y modo (tradición posesoria suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión), se limitó a la transmisión de la posesión que gozaba el matrimonio Musaber - Tabacchi, o sea, los mencionados 210 metros cuadrados. De esa manera, queda patentizado el acto de desposesión cometido por el demandado Sr. Barrios en el mes de febrero de 2012, cuando procedió a efectuar el cierre perimetral de la fracción "B" de 100 metros cuadrados, fracción sobre la que ningún derecho a poseer tenía, que reconoce estaba abandonada y respecto de la cual la parte actora ha acreditado su dominio, lo que torna procedente la acción reivindicatoria intentada por la Cooperativa al ser el título por esta presentado de fecha anterior a la posesión del demandado (art. 2789 C. Civil). En razón de los fundamentos hasta aquí expresados, corresponde hacer lugar al recurso de apelación planteado por la actora Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. a fs. 631 y revocar la sentencia de fs. 625/628, prosperando la acción reivindicatoria interpuesta. ASI VOTO. Sobre la misma y primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Abalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron: Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede. Sobre la segunda cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio A. Ferrer, dijo: Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de Alzada y de primer instancia deben ser soportadas por el demandado Sr. Oscar Alberto Barrios (arts. 35 y 36 del C.P.C.). ASI VOTO. Sobre la misma y primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Abalos y el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio F. Leiva, dijeron: Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta. SENTENCIA: Mendoza, 11 de octubre del 2016. Y VISTOS: Por las razones expuestas, el Tribunal RESUELVE: 1º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. a fs. 631, contra la sentencia de fs. 625/628, la que se revoca y queda redactada del siguiente modo: ?I) Hacer lugar a la demanda de reivindicación promovida por Cooperativa de Vivienda, Urbanización, Servicios Públicos y Consumo Arco Iris Ltda. en contra de Oscar Alberto Barrios y, en consecuencia, condenar a éste a restituir a la actora el inmueble de su propiedad identificado como fracción "B" en el plano de mensura y fraccionamiento aprobado por la Dirección Provincial de Catastro bajo el n° 20339, libre de cosas y ocupantes, en el plazo de TREINTA (30) DIAS de firme y ejecutoriada la presente resolución. II) Imponer las costas al demandado vencido Oscar Alberto Barrios. III) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto obren elementos suficientes en autos para determinar la base a tal fin. REGISTRESE. NOTIFIQUESE.?. 2º) Imponer las costas de Alzada al demandado Oscar Alberto Barrios (arts. 35 y 36 del C.P.C.). 3º) Diferir las regulaciones de honorarios hasta tanto se regulen los de primera instancia. Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen.- Dr. Claudio A. Ferrer Juez de Cámara Dra. María Silvina Ábalos Juez de Cámara Dr. Claudio F. Leiva Juez de Cámara Dra. Andrea Llanos Secretaria de Cámara 012118E