

Prescripcion Adquisitiva Reivindicacion

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los dos días del mes de julio del año 2019 reunidos en la Sala III del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Roberto Camilo Jordá y Eugenio A. Rojas Molina, integrada ante la disidencia de opiniones con el Dr. José Eduardo Russo para pronunciar sentencia en los autos caratulados: ?SELSER, ARIEL C/ GALCERÁN, PABLO Y OTRA S/ USUCAPIÓN?, EXPTE. N° C2 65877, y ?GALCERÁN, PABLO Y OTRA C/ SELSER, ARIEL S/ REIVINDICACIÓN?, EXPTE. N° MO 22686 12., habiéndose practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial; Ac. Extraordinario de esta Excma. Cámara n° 822), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres.: ROJAS MOLINA - JORDÁ- RUSSO, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES 1° ¿Es justa la sentencia apelada de fs.289/293 y fs.817/881, de los respectivos autos acumulados? 2° ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACIÓN A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor Rojas Molina, dijo:

I.- HECHOS: EXPEDIENTE ?SELSER C/ GALCERÁN S/ USUCAPIÓN?. a) La demanda es promovida (24 de octubre de 2007) por don ARIEL SELSER, contra don PABLO GALCERÁN y doña ISABEL NILDA PALUMBO, por USUCAPIÓN del inmueble sito en la calle Colombia n°..., de la ciudad de Ituzaingó, inscripto el dominio en la Matrícula n°..., cuyos datos catastrales son: Circunscripción ..., Sección ..., Quinta ..., Manzana ..., Parcela Denuncia que a principios del año 1985, tomó posesión con ánimo de dueño del inmueble en cuestión, que en ese momento se trataba de una obra en construcción abandonada, instalándose en un principio en una casilla (obrador) que se encontraba detrás de dicha obra. A los pocos meses, comenzó a limpiar y cortar el césped y poner en habitabilidad la construcción: de allí es que suscribió un contrato de locación (14 de setiembre de 1985, con el señor Horacio Rofchuc, quien se comprometía a ampliar la obra con nuevo dormitorio, baño y otras especificaciones que surgen del mismo, habiendo abonado parte de los honorarios de acuerdo al recibo que adjunta. También denuncia que contrató al señor Paniagua para la construcción de la vereda y pared medianera, acompañando recibos. Terminada la obra, se desarmó el obrador y se instaló definitivamente en la casa reconstruida. Adjunta recibos de pago de Gas Natural y Edenor y se acogió a una moratoria en el año 2003 por tasas municipales. En definitiva, ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley en cuanto a la posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida, por más de 20 años, de la propiedad cita en la calle Colombia ... de Ituzaingó. Ofrece prueba, agrega documental y solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes. b) A fs.71, no habiendo los accionados PABLO GALCERÁN e ISABEL NILDA PALUMBO, contestado el traslado conferido de esta acción dentro del término legal, el que se encuentra vencido, se les da por perdido el derecho que han dejado de usar. c) Esta rebeldía cesa, para el señor Pablo Galcerán, mediante el escrito de fs.215 (de fecha 12 de julio de 2012), adjuntando constancia de inicio de la mediación en el juicio de reivindicación; posteriormente denuncia la conclusión de aquella y la iniciación del juicio. d) El juzgado ordena la acumulación de esos obrados a este proceso de usucapión (fs.288). EXPEDIENTE ?GALCERÁN C/ SELSER S/ REIVINDICACIÓN?. a) Se presentan (3 de diciembre de 2012) don PABLO GALCERÁN e ISABEL PALUMBO promoviendo la acción de REIVINDICACIÓN, contra don ARIEL SELSER y OCUPANTES, en relación al inmueble ubicado en la calle Colombia ... de la ciudad de Ituzaingó. Señalan que con fecha 25 de julio de 1974 han adquirido de las Sras. Élide Luisa Fontán de Prestia y Olga Fontán, mediante Escritura n°..., el lote de terreno ubicado en la calle Colombia ..., inscripto el dominio en la Matrícula ... del Registro de la Propiedad Inmueble. Seguidamente contratan al arquitecto Veljacic y al maestro mayor de obras, Yutciz, a los efectos de la construcción, dirección, realización de planos de todo el inmueble; entre los años 1974 y 1976 se llevaron a cabo distintas tareas para la edificación del bien, acompañando diversos recibos que dan cuenta de los gastos originados por dicha obra. Incluso se construyó el muro medianero. Indican que han vivido en el inmueble hasta el año 1993, fecha en que fue entregado en locación a la señora Valeria Courtade, casada en aquel momento con el señor Ariel Selser, debido a su mudanza y radicación primero a Rosario y luego a Chile por cuestiones laborales, pactándose un canon locativo de U\$S500, más el pago de los impuestos y servicios del inmueble. Denuncia que les fueron abonando los alquileres en forma irregular, siendo el último de ellos en el mes de marzo de 2002. Explican que en el año 1997, cuando volvieron de Chile, solicitaron el reintegro de la propiedad, ya que no tenían donde vivir, pero se lo negaron, impidiéndoles el ingreso. Cansados de insistir con el mismo resultado, remitieron una CD (julio de 2002) solicitando el reintegro de la propiedad y ante su rechazo, decidieron iniciar una acción de desalojo, que tramitó por ante el Juzgado Civil y Comercial n°12, departamental. Denuncia que en este expediente se realizó un acta de constatación por personal policial en el domicilio de la calle Colombia (diciembre de 2003) y allí fue recibido por el señor Ariel Guzmán quien manifiesta que hace 7 meses que vive allí. Niega que el demandado sea poseedor con ánimo de dueño, que la

misma no es pública, pacífica, continua, que no ha hecho mejoras, que hace años se está reclamando la restitución del bien, sin resultado. Formulan algunas consideraciones sobre la situación económica que han sufrido y la cantidad de juicios que le han entablado, los cuales son denunciados. Funda en derecho, ofrece pruebas y solicita se haga lugar a la demanda y se condene a los demandados a la restitución del inmueble, con costas. b) Contesta demanda el señor ARIEL SELSER, formulando las negativas de estilo, desconociendo categóricamente toda la documentación adjuntada por los actores. Da por reproducidos las manifestaciones vertidas en el juicio de usucapión, en donde los actores han sido declarados en rebeldía por no contestar la demanda en término. Destaca que la documentación corresponde a períodos anteriores a la posesión que sustenta y no ha existido acto interruptivo a su posesión, que al momento de esta demanda ya el plazo de 20 años se encuentra acabadamente cumplido. Niega y desconoce al señor Ariel Guzmán, persona que participó de la constatación policial adjuntada en la demanda. Solicita el rechazo de la demanda. c) A fs.377 se declara rebelde a OCUPANTES, por no presentarse a estar a derecho en legal tiempo. II.- LA SENTENCIA. APELACIONES.- a) La sentencia única dictada por la señora Jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en los Civil y Comercial N°2, Departamental, rechaza la demanda de usucapión entablada por el Sr. Ariel Selser contra Pablo Galcerán e Isabel Palumbo y hace lugar a la demanda por reivindicación interpuesta por Pablo Galcerán e Isabel Palumbo contra Ariel Selser y ocupantes, condenando a éste a restituir el inmueble de la calle Colombia ... de Ituzaingó, dentro de los 20 días de quedar firme la sentencia. b) Apela el señor Selser, siendo concedido libremente, expresa agravios, con réplica del señor Pablo Galcerán y doña Isabel Palumbo. Se llama ?autos para sentencia? con fecha 07 de marzo de 2019. III.- LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL CASO: PRIMERO: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: Se comenzará con el tratamiento de las quejas del actor apelante, señor Ariel Selser cuya materia es la ?usucapión?, atento que su admisión sellaría la suerte de los autos de reivindicación planteada por el matrimonio Galcerán-Palumbo. a) Generalidades: *) Este instituto de la ?usucapio?, si bien se desarrolla en el Derecho Romano clásico y luego consagrado en el Derecho Justiniano, tiene sus orígenes en la ley de Doce Tablas en cuanto disponía que la posesión -usus- continuada por el término de dos o un año -según fueran cosas inmuebles o muebles- otorgaba la propiedad al poseedor. Por su parte, el Derecho Romano para que pudiera adquirirse el dominio por usucapión era necesario: a) la justa causa de la posesión, b) la buena fe y c) la posesión continuada por dos años (inmuebles) o de un año (muebles). El fundamento de este instituto es ?...consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, liquidando situaciones inestables, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y el orden social. Se le agrega también un profundo contenido social, puesto que, frente al no uso de las cosas por parte del propietario, se le hace perder el derecho, confiriéndoselo al que realmente las hace producir? (MARIANI DE VIDAL, ?Derechos Reales?, T.3, p.324). El mismo Vélez Sársfield en la nota al art.3965 del Cód. Civil, afirmaba que la prescripción es una institución de orden público que brinda ?firme apoyo a la sociedad?. Es que ?... la sociedad tiene un evidente interés en que se liquiden situaciones inestables y para ese fin la prescripción juega un papel trascendente, hasta el extremo de que se llegó a decir de ella que, de todas las instituciones, es la más necesaria para el orden social? (BUERES-HIGHTON, ?Código Civil...?, T.6B, comentario de la Dra. AREAN al art.3947). Prosigue diciendo la Dra. AREAN, ?... el fundamento más importante se encuentra en la necesidad de asegurar la estabilidad de la propiedad, porque le da fijeza y certidumbre, aun cuando las condiciones en que se desarrolla no siempre se ajusten a principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como un mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida...el estado de hecho que se prolonga en el tiempo se convierte en estado de Derecho... Hay una necesidad social de que la propiedad sea asegurada... El interés general juega un papel trascendente... por encima de los intereses particulares tanto del propietario como del poseedor se encuentra el interés superior de la comunidad, que ve con buenos ojos a aquel que contribuye a la creación de la riqueza, que trabaja la tierra, que fomenta la producción... tienen razón los antiguos cuando llamaron a este instituto 'LA PATRONA DEL GÉNERO HUMANO'... el riesgo de que se produzcan resultados contrarios a la equidad es mínimo, si se compara con las ventajas decisivas que la usucapión procura todos los días?. En esta última dirección o fundamento se ha dicho que la prescripción adquisitiva ?... es una herramienta más que favorece el acceso a la justicia, actuando el postulado de la función social de la propiedad en el sentido de que debe usarse y disponerse de ella de modo que no contraríe los intereses de la colectividad. De ese modo se sanciona al propietario negligente que se desentiende de sus bienes y que, como tal, no merece protección legal? (CABALLERO DE AGUIAR-CARLOS GHERSI, ?Prescripción liberatoria y adquisitiva?, p.125). ?El derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos? (PABLO PP.VI, ?Carta Encíclica sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos?, 26/3/67, en la obra citada anteriormente). Por último, cabe destacar la ?... importancia del poder judicial, de la conciencia del derecho que cada juez tenga; de los principios que haga prevalecer en sus decisiones; de su ideología; de su concepción de lo justo y lo injusto todo lo cual constituye su conciencia del derecho traducida en nociones concretas, motivadas históricamente por la idea de lo que es debido, necesario, obligatorio? (VISHINSKI, ?La teoría de la prueba en el derecho soviético?, citado por los autores referenciados). *)

Para obtener el dominio de un inmueble por prescripción adquisitiva (art.2524 del Código Civil), el accionante necesita demostrar la posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida del bien durante el lapso de veinte años (4015), mediante el aporte coordinado de medios convictivos de distinta naturaleza que conforman la denominada prueba compuesta (ley 14.159). La prueba de la posesión recae, así, sobre el actor, al que le resultan aplicables las reglas generales del "onus probandi", en tanto la usucapición supone el apoderamiento de la cosa con ánimo de dueño, y mientras no se demuestre de algún modo que el bien es tenido "animus rem sibi habendi" los jueces deben considerar a quien lo ocupa como "mero detentador" pues si así no fuera, todos los ocupantes y aún los tenedores a título precario, estarían en situación jurídica idéntica a la de los verdaderos poseedores (arts.2352, 2373 y 2384 del Cód. Civil; S.C.B.A. Cs. 98183/09). Como antes se adelantó, para la procedencia de la usucapición resulta imprescindible que mediante concreción de idónea y convincente prueba compuesta (art.24 de la ley 14.159) se llegue al órgano jurisdiccional, la convicción de que en el caso ha mediado posesión, por lo que la prueba acreditativa no puede sustentarse sólo en la testimonial y su análisis ha de ser equilibrante y criterioso.

b) Pruebas:

1°) Se ha cumplido con el imperativo legal de adjuntar informe de dominio -fs.4/8- y plano de mensura -fs.3, de fecha 10 de mayo de 2007- (art.679 inc.2 y 3 del C.P.C.C., Ley 14.159 y Ac.65540 S.C.B.A.).

2°) En la causa existen elementos probatorios que pretenden sustentar la postura de la actora y son los siguientes:

3) Documental:

*) Contrato de locación de obra (fs.9) y recibos de pago (fs.10 y 14): El convenio, firmado el día 14 de setiembre de 1985, entre el señor Horacio Rofchuc y Ariel Selser, se refiere a la construcción de un espacio nuevo hacia el fondo de la casa, consistente en un dormitorio, baño y un estar, detallándose los materiales a utilizar, el precio, la forma de pago y el tiempo que llevaría. Por su parte, los recibos de noviembre y diciembre de 1985, en relación a dos cuotas pactadas y el de noviembre de 1986 a retiro de material de dos camiones completos.. En su declaración de fs.145, el señor Rofchuc reconoce el contrato de obra de referencia y los recibos de pago.

*) Recibos de pago por construcción (fs.11). Se trata de comprobantes de pago del señor Ariel Selser, por construcción de la vereda (20 de octubre de 1985) y de una pared medianera (17 de noviembre de 1985), firmados por una persona que no se puede identificar correctamente su apellido. Estos comprobantes son instrumentos privados que para su validez deben ser reconocida la firma inserta en los mismos, cuestión que no se ha producido en autos. Sin valor probatorio (art.1028 del Cód. Civil y art.375 del CPCC).

*) Factura de material (fs.13): Expedido por Cerámica Total a Ariel Selser, con fecha 16 de octubre de 1985. Sin valor probatorio, no está reconocido por quien la emitió.

*) Comprobante de pago de Tasa por servicios Generales (fs.30/31): Corresponde al pago de la sexta cuota del año 2005, con fecha 9 de junio de ese año. Esta prueba es "especialmente considerada" para la procedencia de la presente acción, en virtud de lo expuesto por la ley 14.159 y el decreto-ley 5756/58, "aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión". La falta de continuidad en el pago de los impuestos no resulta fundamental para descartar el animus domini solicitado para la procedencia de una demanda de prescripción adquisitiva, ya que en un período tan largo es habitual tener problemas económicos que impiden tener los pagos al día y ello no es suficiente para restar eficacia a la voluntad de adquirir el dominio ya que es dable presumir que aquellos pagos se efectúan por quien actúa como poseedor a título de dueño. Si bien los pagos de los impuestos provinciales y tasas municipales no constituyen "por imperio legal" un "acto posesorio por excelencia", al margen que tal conducta no figura dentro de los actos posesorios que enuncia el art.1928 del CCCN, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido contestes en negarle ese carácter, siendo que el abono de esos gravámenes exterioriza tan sólo la convicción de comportarse como dueño de la cosa, pero no el "corpus" posesorio. Se ha dicho: "... el pago de los impuestos únicamente tiene virtualidad como elemento demostrativo del ánimo de poseer por sí; pero no es en sí mismo un acto posesorio, a punto tal que el abono hecho por el verdadero titular de dominio ni siquiera tiene efecto interruptivo de la prescripción adquisitiva. Es que, en definitiva, no se trata de un acto material,ino jurídico, que por sí solo no es revelador del contacto con la cosa, sino que únicamente constituye una exteriorización del "animus rem sibi habendi" o bien una prueba complementaria de su existencia, que debe estar acompañada por otras para la prueba de la posesión (conf. BORDA, "Tratado de derecho Civil- Derechos Reales", T.I, pág.330). En definitiva, en este caso, un solo pago durante más de 20 años de la denuncia de poseer, resulta llamativamente escaso y de nulo valor probatorio.

*) Facturas del pago del servicio de Gas Natural (fs.15/23). A nombre de Ariel Selser, y corresponden a pagos efectuados en 1994, 1995, 1996 y 1997, en forma discontinua.

*) Facturas de pago del servicio eléctrico a Edenor (fs.24/28): Expedidos a nombre de Pablo Galcerán y corresponden a los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 2007, en forma discontinua.

4) Pericial. *) Se llevó a cabo la pericia de la ingeniera civil Ada Ester Bellotto (fs.177), con fecha julio de 2010, quien realizó mediciones de la construcción a que hace referencia el contrato de locación de obra adjuntado por el actor; hace una descripción de la construcción y llega a la conclusión que solo se ha realizado parte de la obra; en cuanto a la antigüedad la remite a 25 años. El juzgado le solicita que complete la pericia (fs.210) y la experta contesta (fs.241/242), describiendo que en el lote hay una planta baja (porch de entrada, hall distribuidor, estudio, cocina, comedor diario, toilette, garaje y depósito en el fondo del terreno, un entrepiso) y una planta alta (tres dormitorios, baño de dos ambientes, guarda enseres y pasillo distribuidor); acompaña croquis de las plantas y fotografías; detalla las superficies construidas, terminadas y

habitables tanto de la planta baja con entrepiso (98,19mt²s) y de la planta alta (57,54mt²s). Estima una antigüedad entre 25 y 35 años (encuadraría entre los años 1975 a 1985). Este dictamen tiene la fuerza probatoria que le otorga el art.474 del CPCC. 5) Testimonial. En autos se han presentado las siguientes personas, en calidad de testigos: *) José María Fernández (fs.91/92): que manifiesta conocer al señor Selser desde el año 1987, que trabajaron juntos en la misma empresa hasta el año 2000, que vive en la calle Colombia ... de Ituzaingó y que la primera vez que lo vio fue en año 1991, estando en construcción en la parte de adelante, había albañiles, luego se hizo una planta alta, arregló el frente e hizo la vereda, que siempre habló el señor Selser que era su casa, su propietario, que pagaba los impuestos y los materiales de construcción, que nunca ha sido molestado; describe las dos plantas, que los vecinos le manifestaron que Selser vivía antes en esa casa. *) Humberto Narciso Pragiola (fs.93/94): que conoce al señor Selser desde el año 1983/1984, que vive en la calle Colombia de Ituzaingó desde esa fecha, que al principio vivía en el obrador que estaba al fondo del terreno y después inició la construcción y la vereda, luego fue ampliando la vivienda, describe la misma, que Selser se hace cargo de los impuestos y servicios, que públicamente es conocido como quien cuida, refacciona y está terminado de construir, que no es el dueño según sus propias manifestaciones, siempre estuvo en la posesión y que nadie le reclamó el inmueble, que nunca abandonó la propiedad. *) Horacio Salvador Rofchuc (fs.145): que conoce al señor Selser a raíz de que en el año 1985 lo contrató para una tarea de construcción en su vivienda sita en la calle Colombia, que en el terreno había una casa adelante y en el fondo un pozo que había que rellenarlo, que se debía hacer un departamento en la parte de atrás del terreno, trabajó dos meses y fue inconcluso en relación al contrato de obra que reconoció, que solo hizo tarea de limpieza del terreno, el relleno del mismo y los cimientos, que un año después fue a sacar escombros y trasladarlos en camiones. 6) Pérdida del derecho de contestar demanda (fs.72) y absolución de posiciones en rebeldía (fs.113): La declaración de rebeldía (fs.72) no altera la secuela regular del proceso y en caso de duda hará presumir la verdad de los hechos lícitos afirmados por el actor (art.60 del CPCC). Es decir que no es suficiente elemento de juicio para la admisión de la demanda de prescripción adquisitiva si no es acompañada con pruebas de certeza que lo corrobore. La confesión ficta (fs.113) y pliegos de fs.114 y 115, debe ser apreciada con criterio restrictivo porque en materia de derechos reales está comprometido el orden público; sin perjuicio de ello, debe aceptarse la confesión ficta si ella se muestra acorde con el resto de la prueba indicativa de verdaderos actos posesorios sobre el bien que se trata. 7) Informativa: Hay contestaciones de los siguientes oficios: *) Gas Natural (fs.158): informado que en la dirección de Colombia ..., existen tres clientes: uno, a nombre de Selser, con fecha de alta el 11 de mayo de 1994, con deuda; otro, a nombre de Isabel Galcerán, con alta el 17 de julio de 1980 y de baja el 6 de agosto de 1998, con deuda y, por último, a nombre de Selser, con alta el 11 de mayo de 1994 y baja el 15 de noviembre de 1995, sin deuda. *) Edenor (fs.161): Informando que el servicio se encuentra a nombre de Pablo Galcerán, con fecha de alta el 19 de junio de 1975. c) En definitiva, el actor debía acreditar, con pruebas compuestas, que tuvo la posesión con las características apuntadas, durante 20 años anteriores a la demanda de reivindicación (03 de diciembre de 2012), es decir a partir del 2 de diciembre de 1992, por lo menos. ¿La prueba del corpus y del animus domini que debe ser cabal e indubitable, de forma tal que mediante la realización de idónea prueba compuesta (art.24 ley 14159) llegue el órgano jurisdiccional, a la íntima convicción de que en el caso concreto ha mediado posesión? (TACHELLA, Diego, ¿La prueba en el proceso de usucapión?-Doctrina Judicial-2010-pág.921/925). Se debe tener en cuenta?...que en materia de usucapión las pruebas aportadas deben ser verificadas con visión de conjunto, en una ponderación global rehuyendo del método analítico que suele dar resultados disvaliosos al desvirtuar el verdadero mérito de la prueba acopiada en el proceso por la vía de una visión parcializada? (CC0203 LP 105303 RSD 112-6 S 4-7-2006, Juez BILLORDO). d) Analizadas que fueran todas las pruebas anteriormente desarrolladas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (arts.385,456, 474 y ccetes. del CPCC), llego a la convicción de que el actor no ha acreditado, las exigencias legales para adquirir el dominio del inmueble en crisis por el modo de prescripción adquisitiva (arts.2524 y cs. del Cód. Civil), con el requisito de prueba compuesta, concordantes y de plena certeza (art.24 de la ley 14.159). e) En definitiva: la actora no ha acreditado los requisitos exigidos por la ley de prueba compuesta para la acreditación de la posesión -con sus respectivos requisitos- y del tiempo de 20 años, que tuvieran la virtualidad de generar una posesión eficiente para consolidar el dominio a través de la prescripción adquisitiva, es que propongo al acuerdo, por los fundamentos anteriormente expuestos, la confirmación de la sentencia apelada, con costas al actor en calidad de vencido (art.68 y 274 del CPCC). SEGUNDO: REIVINDICACIÓN Se pasará ahora a dilucidar el expediente cuyo tema central es la reivindicación, iniciada por don PABLO GALCERÁN y doña ISABEL PALUMBO, contra don ARIEL SELSER y OCUPANTES. a) La sentencia cuestionada, hace lugar a la demanda de reivindicación y condena a Ariel Selser y ocupantes a restituir el inmueble dentro de los 20 días de quedar firme dicho pronunciamiento. Comienza la ¿a quo? sus considerandos, con el análisis de las pruebas aportadas en autos y llega a la conclusión de que el actor no ha acreditado la prueba compuesta exigida para adquirir el dominio por usucapión. Cuestión que ya se ha concordado en el análisis de los autos respectivos. Luego de ello, la jueza de primera instancia encuentra acreditada la calidad de legítimos propietarios, con título suficiente, y facultados para reivindicar. Entiende que al ser inviable la pretensión de

usucapión del señor Selser, la demanda por reivindicación ha de tener favorable acogida. b) En su expresión de agravios, el señor Selser realiza una serie de consideraciones sobre la falta de legitimación de los actores para ejercer la acción de reivindicación, por entender que a esa fecha ya habían transcurrido 20 años de posesión pública, pacífica e ininterrumpida, es decir habían perdido el derecho de promover esa clase de juicio. Luego se expone sobre la omisión de la ?a quo?, que en su sentencia no se ha expedido respecto a la defensa oportunamente interpuesta al contestar la demanda, cuestión esencial de dilucidar. Que ella es una defensa de fondo con remisión al juicio de usucapión ya iniciado. Que en estos casos no se han exigido los requisitos del art.24 de la ley 14.159 y solicita el rechazo del planteo reivindicativo. c) En el responde de los agravios, el matrimonio Galcerán-Palumbo, insisten en cuanto al momento de iniciarse la acción reivindicatoria el señor Selser no había cumplido con el plazo legal establecido para poseer. Argumentan que con fecha 5 de diciembre de 2002, se habían iniciado los autos ?Palumbo de Galcerán, Isabel Nilda y otro c/ Selser, Ariel s/ Desalojo?, del juzgado de primera instancia en lo civil y comercial n°12, departamental, agregados en autos, y con esa demanda el curso de la prescripción se vio interrumpido. De tal manera ni aun cuando se tuviera por acreditado que el señor Selser posee el inmueble desde el año 1991/1992 o más aún desde principios del año 1985, el curso de la prescripción no alcanzaría el plazo legal a la fecha de iniciación de la reivindicación y la defensa de prescripción adquisitiva opuesta no puede repeler la acción real. Posteriormente hace una defensa por los dichos del demandado en relación a la omisión de informar la venta del inmueble en noviembre de 1992, tal como surge de los autos agregados al presente. Formaliza consideraciones sobre dicha operación, lo resuelto por el mismo juzgado y que la devolución de lo percibido ya fue realizado. Manifiestan, por último, que la actividad probatoria es prácticamente nula y no resulta suficiente para acreditar la posesión invocada, ni impide la acción reivindicatoria. d) Le asiste razón al quejoso, en cuanto la sentencia no analizó la defensa opuesta por el demandado Selser a la acción reivindicatoria, sino, por el contrario, hizo lugar a la misma por la razón del rechazo de la acción de usucapión. En efecto, estamos en presencia de una acción reivindicatoria, en la cual la parte demandada ha opuesto a su progreso la defensa de prescripción adquisitiva. El art.24 ?in fine? de la ley 14.159 así lo dispone en cuanto la prescripción adquisitiva se puede oponer ?... como acción sino como defensa?. El art.3964 del Cód. Civil dispone que ?El juez no puede suplir de oficio la prescripción?, es decir, que ésta no opera de pleno derecho, sino que debe ser opuesta por quien pretende invocarla. En la nota a dicho artículo Vélez Sársfiel señala que ?... el tiempo no sólo no causa la prescripción, que es preciso que con el tiempo concurra una larga inacción del acreedor, o una posesión que tenga todos los caracteres que la ley exige. Esta inacción o esta posesión no pueden ser conocidas y verificadas por los jueces, mientras no sean alegadas y probadas por el interesado?. No se requiere actos solemnes, es suficiente su invocación y la norma en que se funda la misma, dejando a salvo que el juez -sin sustituir los hechos ni apartarse de los términos de la litis--, pueda decidir cuál es la norma aplicable, facultad que es irrenunciable para el juzgador (SCBA, 2/6/92, DJBA, 143.4634). Ahora bien, hay dos maneras de hacer valer en juicio la prescripción: por vía de acción o por vía de excepción.- ?Ocurrirá lo primero, cuando quien ha usucapido la propiedad, luego de poseer el inmueble durante el tiempo y en las condiciones requeridas por la ley, resuelve obtener su título en sentido instrumental e intenta la acción declarativa de usucapión, o bien cuando, al ser demandado por reivindicación, deduce reconvencción por prescripción adquisitiva. La hará valer por vía de defensa, cuando el poseedor igualmente demandado por reivindicación, para evitar la desposesión, oponga al progreso de esta acción real, la defensa de prescripción. Estas reglas son aplicables en materia de prescripción larga...? (AREAN, Beatriz, Juicio de Usucapión? p.55).- En autos, el demandado se ha presentado no oponiendo una excepción previa, sino que lo hizo planteando una defensa de fondo, que son dos cosas distintas. Estas últimas se refieren a circunstancias que ha de valorar el juez en el momento de dictar sentencia, mientras que las primeras son las defensas que se han de resolver antes de la sentencia y son las llamadas ?excepciones de previo y especial pronunciamiento? y que están contempladas procesalmente (arts.344 y 345 del CPCC). Las defensas de fondo, por más que se utilice la palabra ?excepción?, no deben ser confundidas.- ?La única diferencia real entre una excepción y una defensa es que las primeras se resuelven antes en el juicio ordinario. Es cierto que las excepciones versan a veces sobre presupuestos procesales, como la falta de personería, pero otras veces se refieren al fondo como la prescripción o la cosa juzgada? RODRIGUEZ SAIACH, Luis, ?Derecho Procesal Civil?-T.I, p-377).- En definitiva, es correcta y ajustada a derecho la defensa de prescripción adquisitiva opuesta por los demandados al progreso de la acción reivindicatoria pretendida por la actora. Así también lo reconocen expresamente los propios actores en su expresión de agravios. e) Antes de considerar la admisión o rechazo de tal defensa, corresponde analizar si la acción de desalojo iniciada por el matrimonio Galcerán-Palumbo, interrumpe el curso de la prescripción, planteada por éstos en la contestación de los agravios del actor e invocando el art.3986 del Cód. Civil, que se refiere a la causal ?demanda contra el poseedor?. La demanda de referencia es la caratulada ?PALUMBO DE GALCERÁN, ISABEL NILDA Y OTRO C/ SELSER, ARIEL Y OTRO S/ DESALOJO, que tramitara por ante el juzgado de primera instancia en lo civil y comercial n°12, departamental, que tengo a la vista, con fecha 5 de diciembre de 2002, relatando que en el año 1993 le habían prestado a la Sra. Courtade, casada con Selser, el bien en cuestión, acordando un alquiler de U\$S500 por mes, más impuestos y servicios; este canon fue percibido

irregularmente en los primeros años y en forma continua desde marzo de 1997 a febrero de 2002. Este cuestionamiento es novedoso y recién en la contestación de los agravios se hace invocación al instituto de interrupción de la prescripción adquisitiva, contrariando con ello el art.272 del CPCC, en cuanto determina que "El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia?". En definitiva, se rechaza el planteo interpuesto. f) Debe entenderse que "La acción real de reivindicación cuestionará el derecho a poseer del prescribiente y es una acción judicial suficiente para tener por interrumpida la prescripción del mismo si es que a su interposición el plazo no se ha ya consumado" (Nelson Cossari, "usucapión: estrategias del demandado para evitar el cumplimiento del plazo durante el transcurso del proceso", DJ-nº45, 10/11/2010). Señalo que no se ha discutido en autos -además de estar perfectamente acreditado- que los actores son titulares de dominio del bien en crisis, así como que el demandado no ostenta ese carácter y que éste invoca como defensa "el hecho de la posesión", la cual goza de la presunción establecida en el art.2363, en cuanto no tiene que probar la causa que legitime su ocupación, ya que fija el principio de que "El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión... el posee porque posee". Máxime teniendo en cuenta que los actores no han acreditado la existencia de contrato de locación que habían sustentado en la demanda (art.374 del CPCC). En este sentido hay que distinguir el "ius possidendi" que es el "derecho de poseer" del "ius possessionis" que son los "derechos que surgen de la posesión", de tal forma que puede existir posesión ("ius possessionis") sin derecho de poseer ("ius possidendi"), como también puede existir derecho real sin posesión, o sea derecho a la posesión (art.2468). Y si bien estamos en la esfera de las acciones petitorias, por lo que en principio no estaría en discusión el hecho de la posesión, sino que la cuestión versaría sobre quién tiene el derecho de poseer ("ius possidendi"), en el caso particular de estas actuaciones en donde el demandado ha opuesto la defensa de prescripción adquisitiva, y estando reconocido aquél derecho por ser poseedor legítimo, lo que corresponde es tratar, precisamente, el hecho de la posesión con los requisitos exigidos legalmente, más el tiempo, invocado por el accionado. g) El principio dispositivo del ritual, pone en cabeza de los litigantes la carga de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Por ello, tiene el actor la carga de acreditar los hechos constitutivos de la pretensión y la contraparte, los extintivos, modificativos o impeditivos que opone a aquellos (art.375 del CPCC). Atento que estamos en presencia de la invocación de la prescripción adquisitiva como defensa y no como acción, por lo que los requisitos exigidos por la ley 14.179, en especial aquella exigencia de la prueba compuesta, ya que no basta la testimonial, resulta innecesaria, puesto que aquí el accionado no pretende la formación de un título (en sentido instrumental), sino evitar su desposesión. Pero ello, no obsta al análisis de las pruebas aportadas que acrediten la existencia de aquellos dos requisitos indispensables para que prospera la defensa: la posesión y el tiempo. Otro razonamiento que tengo en cuenta es aquél que sostiene, tratándose de inmuebles urbanos, que los actos posesorios tales como alambrados, vallas, cercos, plantaciones, su cultura, la percepción de frutos, "... ellos están representados por la ocupación pacífica del inmueble...Si el actor ha tenido durante más de 20 años su hogar familiar en el inmueble, es posible presumir la realización de diversos actos que implican comportarse como dueño, tales como eventuales mejoras y las inevitables reparaciones que en tan largo lapso han de haberse efectuado" (Mariani de Vidal, ob.cit. pág.259). h) Tres son las cuestiones previas que son importantes de destacar: En primer lugar, el reconocimiento expreso que realizan los actores en el escrito de demanda, en cuanto, en el año 1993 -sin especificar día y mes-, entregaron el inmueble a la señora Valeria Courtade (por ese entonces casada con el demandado) a cambio de un canon locativo, que se hizo efectivo de manera discontinua durante algunos años, hasta el último período abonado que fue desde marzo de 1997 hasta febrero de 2002, dejando de pagar en marzo de este año. Se aclara que el alquiler era de US\$500, a razón de un peso un dólar, mientras que en el último período fue de \$400. Conclusión: hay plena confesión que el demandado Selser estuvo ocupando el inmueble desde el año 1993 hasta el 2002 y que sigue en esa situación hasta el inicio de las actuaciones de reivindicación (3 de diciembre de 2012), es decir que ya partimos de una enorme cantidad de años reconocidos que el señor Selser ocupaba el inmueble (los 20 años para atrás corresponde a una posesión requerida anterior al 3 de diciembre de 1992). Justo en el límite. *) Los mismos demandados reconocen que en el año 1993 le entregaron las llaves del inmueble a la señora Valeria Courtade, casada en aquél entonces con Ariel Selser, a cambio de un canon locativo de US\$500 mensuales y ellos se hacían cargo de los impuestos y servicios. Ello conllevaría a que el actor, al que le fue entregada la tenencia, debería probar la "intervención del título, es decir, que cambió la causa de su ocupación y ahora pasa a ser poseedor por el término de 20 años. Esta situación no se ha presentado en autos, atento la orfandad probatoria de los demandados en cuanto a la existencia misma del contrato (art.375 del CPCC). En segundo lugar, la venta del inmueble realizada por los actores mediante boleto de compraventa con fecha 20 de noviembre de 1992, que no fue denunciada por éstos al momento de la demanda y que fue objeto de un especial capítulo explicativo de ese "olvido" -no hubo mala fe- sus razones y como quedó todo solucionado. Sin aportar ninguna prueba. Me remito a esas actuaciones caratuladas Bonsignore c/ Galcerán y otra s/ Cumplimiento de contrato, que tramitara pro ante el Juzgado Nacional en lo civil nº58 -que tengo a la vista-, que tuvo varias vicisitudes, desde que comenzó como un cumplimiento de contrato -escrituración- que antes de la sentencia se transformó en una resolución contractual (año 1995), en

donde se condenaba al matrimonio Galcerán-Palumbo a devolver lo percibido por la venta en la suma de U\$S80.000, hasta las diversas oportunidades que se pretendió vender en subasta. Conclusión: Resulta importante este año 1992, en donde los actores han tenido la intención de vender el inmueble, atento lo señalado anteriormente de la fecha de interposición de la demanda de reivindicación. En tercer lugar, la enorme cantidad de prueba documental adjuntada en la demanda y luego las declaraciones testimoniales rendidas en autos, se refieren a la ocupación del inmueble por parte de los actores, de acuerdo al siguiente análisis:

*) Recibos de materiales, honorarios, contrato de obra, carpintería, pinturería, etc (fs.11/277) y plano municipal (fs.317), se refieren todos a los años 1974/1975 y en relación con la construcción de una vivienda. Toda esta documentación que fue desconocida por el demandado (fs.325), y a pesar de que algunos de ellos fueron autenticados por oficios, no constituyen prueba eficiente ya que están fuera del análisis de la presente en donde las fechas en discusión son muy posteriores a las referidas. Nada aportan para la solución del caso. *) La misma suerte corre la documentación agregada por los actores (fs.324/344), no solamente desconocida por el actor (fs.349), sino que corresponde al año 2013 que nada agrega al tema de autos, donde todo termina en el año 2012 con la iniciación de este proceso. *) Los autos Tamagnini c/Labriola s/ desalojo y sobre cobro de alquileres, que tramitara por ante el juzgado en lo civil y comercial n°1, departamental -que tengo a la vista- en donde los actores fueron demandados por su calidad de fiadores del inquilino demandado, presentándose dando en pago un dinero y solicitando el levantamiento del embargo del inmueble en cuestión, data del año 1987 y última actuación en 1989 (adjunta oficio diligenciado del Registro de la Propiedad). Nada importante para el caso, en donde, la oscuridad es de los años 1991/1992. *) El expediente ?Fisco c/Palumbo y otro s/ apremio, cuyas fotocopias tengo a la vista -fs.749/793), corresponde a un juicio iniciado en agosto de 2009, con acuerdo de pago firmado por los actores en setiembre de 2011. Ello no conlleva interrumpir la prescripción. *) En cuanto a las declaraciones testimoniales: De la señora Vasallo (fs.678/679), quien brinda información sobre fechas que pueden ser contradictorias; así dice que conoce a Selser ?después que se fue Galcerán? desde hace quince años (declara en abril 2016, menos 15, da 2001), cuando en otra pregunta, dice que a Galcerán, sus tres hijos y esposa embarazada, los conoce desde 1974 y vivía en la calle Colombia, que están levantando la vivienda y que estuvieron allí durante 20 años y que alquilaron (1974 menos 20, da 1994). Por último dice que el tiempo transcurrido desde la fecha de la construcción hasta que el matrimonio se fue de la casa habían pasado 17, 18 años aproximadamente (1974 más 17 o 18, da 1991/1992). El testigo Pascual Colombo (fs.680/681), en cuanto dice que conoce a Galcerán desde 1974, no sabe cuándo se fue, que vivió con su familia 7 u 8 años (corresponde hasta el año 1981/1982) y que alquiló a una señora y Ariel, que desde esa fecha hasta la actualidad vivió solamente el señor Ariel y la mujer. El testigo Bozán (fs.621/622), declara en marzo de 2016, expresando que los actores viven en la casa desde 1975 o 1976, que la casa la hicieron ellos, que se fueron a Rosario en 1992, que alquilaron la casa. La testigo Mazzeo (fs.623/623bis)- marzo de 2016- que los actores vivieron en la calle Colombia hasta el año 1992 que fueron a trabajar a Chile, luego la alquilaron. El testigo Trotta (fs.601/602), febrero de 2016- que los actores ya vivían en la calle Colombia en el año 1991. La testigo Cardoso (fs.553/554), febrero de 2016, conoce a los actores desde el año 1978, que vivían en la calle Colombia hasta el año 1991/1992, que en año 1992 se fueron a Chile, que el inmueble quedó desocupado 2 o 3 años y después lo alquilaron a una señora y su esposo Selser, y que éste vive allí en la actualidad. El testigo López (fs.555), que el matrimonio Galceran-Palumbo vivieron en la calle Colombia en el año 1974 o 1975, aproximadamente 20 años (da 1994/1995), que estuvo un tiempo desocupado y luego lo alquilaron a Selser y señora. El testigo Veljacic (fs.556), que conoce a Galcerán y Palumbo desde 1973/1974, que construyeron la vivienda. La testigo Fonseca (fs.557/558), conoce a los actores desde 1988/1989, que vivían en la calle Colombia, que se fueron a vivir a Rosario y luego a Chile en 1991/1992, que ella los despidió, la casa quedó sola un tiempo y luego la alquilaron a la señora Courtade. El testigo Virzi (fs.562), conoce a los actores hace 40 años (es decir 1976), desde que Galcerán empezó a construir, hasta casi 20 años ?no tiene muy presente? y se fue a vivir a Rosario, que conoce a Selser desde hace 10 o 15 años ?no se acuerda? (2000/2001) y que nunca vio a otra persona en el domicilio. *) Conclusión: en general concuerdan los testimonios en cuanto los actores vivieron en el bien en crisis desde 1973/1974, que construyeron la vivienda, que se fueron a Rosario y luego a Chile y que lo alquilaron a la señora Courtade y su esposo Selser, con serias discrepancias en los años que van de 1886 a 1992, inclusive algunos que lo ubican en los años 2000. i) En relación a las pruebas rendidas en el proceso de usucapión, resulta importante destacar las siguientes: *) La prueba pericial llevada a cabo en el año 2012 (fs.177/178 y fs.241, de los autos de usucapión), estimó la antigüedad de las construcciones entre 25 y 35 años, es decir comprendería los años 1977 y 1987. De acuerdo a los testimonios y otras pruebas producidas por las partes y en ambos procesos, las construcciones están denunciadas como realizadas entre 1972/1975 y 1986/1987. También debo destacar que en la pericia se indica que del contrato de locación de obra (agregado a fs.9 y testimonio de fs.145) formalizado por el señor Selser ?sólo se ha realizado parte de la obra?. Ello también se puede observar analizando el plano adjuntado por los actores a fs.317 en cuanto a los metros cuadrados construidos y los que ha hecho saber el perito, en donde hay una diferencia, posiblemente esa parte señalada anteriormente como llevada a cabo por el actor, de acuerdo a las fechas que estarían en duda. *) En cuanto a los testigos ya

referenciados, cabe concluir que de manera concordante han sido específicos en cuanto a la fecha en que el actor se encontraba ocupando el bien (varían de 1983/1985, 1991), que se hicieron refacciones en la vivienda, abonadas por él y que nadie le reclamó el bien. Corroborando estos dichos con los testimonios de también transcriptos obrantes en el juicio de reivindicación, se observa que son contradictorios en cuanto a las fechas en que uno y otro estuvieron ocupando el inmueble. Atento que todos esos testigos no fueron objetadas en su idoneidad por ambas partes (art.456 del CPCC), sin entrar a considerar valoraciones sobre los mismos, llego a la conclusión -comprándolas con las otras pruebas y confesiones- que existe un amplio consenso de la duda que se ubica en los años 1991/1992, tal como lo vengo destacando. Se ha dicho al respecto que "...que en materia de usucapión la prueba testifical es la más importante y convincente, porque se trata de acreditar hechos materiales, la ley 14.159 (art.24 inc. c). Según doctrina casatoria de la Suprema Corte provincial, el art.24 de la ley 14.159, con las modificaciones introducidas por el dec.ley 5756/1958 y, en forma concordante, el art.679 del CPCC, especifican que la sentencia no puede fundarse sólo en la prueba de testigos. Más esa misma norma establece expresamente que ello no regirá cuando la usucapión se plantea como defensa, sino solo cuando es opuesta como acción, según inciso c. del art.24 (SCBA, Ac.85.090, del 30/06/2004, ?Cesarini Alberto y otros c/ Castelli Oscar Alberto s/ reivindicación?, sumario JUBA B 27446). Es decir que no rige el principio de que el juez no podrá basar el reconocimiento de la posesión, en una prueba exclusivamente testimonial. Es que la prueba testimonial cobra especial relevancia en esta clase de procesos, tal como lo dice la Dra. Marina Mariani de Vidal, en su libro ?Derecho Reales en el Código Civil y Comercial?, T.2, pág.296, en cuanto esa limitación del art.24, no significa que ?la prueba testifical sufra menoscabo; de hecho y en la generalidad de los casos el proceso de reconstrucción de los hechos habría de tener su principal sustento en dicha prueba, de donde es preciso que a través de ella y de manera inequívoca puedan apoyarse consideraciones que demuestren: 1) la existencia de actos posesorios, 2) la continuidad de esa posesión, 3) la inexistencia de actos turbatorios, 4) el carácter público de la conducta desplegada y 5) la antigüedad de la posesión que exceda el lapso exigido por la ley?. En la misma dirección, el Dr. Quadri, en su libro ?La prueba en el proceso civil y comercial, T.II, p.1787/88)?, señala en cuanto "...que el fallo no puede basarse exclusivamente en la testimonial, ello no importa una descalificación de ésta última ni su relegamiento a un rol secundario, sino que, al contrario, en el proceso de usucapión la prueba de testigos es por lo común la más importante y convincente porque se trata de acreditar hechos materiales ...la testimonial es un elementos central e ineludible dentro del haz probatorio en este tipo de procesos y que constituye un rico aporte de datos sobre la utilización, los actos posesorios ejercidos sobre el bien, así como su antigüedad, al par que se realza su relevancia dada la índole de los hechos a probar, máxime cuando las declaraciones de aquéllos resultan idóneas para revelar la percepción sensorial no circunscripta a una instantaneidad temporal, sino con posibilidad de proyección a los lapsos requeridos por el Código para la procedencia del instituto?. *) También como vimos en el juicio de usucapión hay otras cuestiones que no fueron tenidas en cuenta en ese proceso, atento que en el mismo se perseguía adquirir el derecho real de dominio y por el carácter restrictivo y de orden público que rigen en ese aspecto, pero que en esta cuestión en tratamiento -defensa de prescripción- no es de aplicación una prueba compuesta o si existiera, sin los requisitos de certeza absoluta. Me estoy refiriendo, en primer lugar, a la rebeldía de los demandados en ese expediente por falta de contestación de la demanda y de la confesión ficta, que ahora pueden adquirir fuerza probatoria en cuanto las consecuencias que esos dos hechos producen el, ?reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos y en cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos? (art.354 del CPCC) y ?confeso sobre los hechos personales? (art.415 del CPCC). j) Con todos estos elementos, sus conclusiones y anotaciones, citas doctrinarias y jurisprudenciales, tengo la convicción de que el actor ha acreditado que tuvo la posesión del inmueble durante 20 años antes de iniciarse la acción de reivindicación, tomando como punto de partida, a fines de 1991 y comienzos de 1992. Es que partiendo del reconocimiento del matrimonio Galcerán-Palumbo, de que el señor Selser está ocupando el bien desde 1993 (se reitera que no acreditó la existencia de contrato de locación, por lo no se requiere intervención del título de tenedor a poseedor) hasta la fecha de iniciación de la reivindicación (diciembre de 2012), quedan dos cuestiones: 1) que la ocupación data de antes de los 20 años anteriores (noviembre de 1992 -por lo menos- a diciembre de 2012) y 2) que ese hecho tiene las características de una posesión, con los requisitos exigidos normativamente. Por todo lo expresado, tengo la convicción de que el señor Selser ha acreditado esos dos interrogantes, mediante las declaraciones testimoniales (con sus contradicciones, ambigüedades y diferencias entre las producidas por ambas partes) que dejan un hueco en los años 1991 y 1992; la venta del inmueble en el año 1992 y recién rescindida en el año 1995; la realización de actos posesorios por las construcciones realizadas por el señor Selser, reconocidas por testigos y por la pericia respectiva y las consecuencias de la rebeldía y la confesión ficta y cierta documentación agregada ya referenciada. TERCERO: CONCLUSIÓN: De acuerdo a todo lo expuesto considero que no es ajustada parcialmente la sentencia apelada en cuanto se revoca la admisión de la demanda por reivindicación, y, por el contrario se debe hacer lugar a la defensa de prescripción adquisitiva opuesta por el demandado Ariel Selser, por lo que se rechaza la demanda de reivindicación (art.375 y cc del CPCC y art.4015 y cc del Cód. Civil). Por todo lo expuesto, considero que la sentencia dictada en autos no se ajusta a derecho, por lo que voto, a la primera cuestión, por

LA NEGATIVA. A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez JORDÁ, dijo: Si bien coincido con el señor Vocal preopinante en cuanto a la improcedencia de la acción de usucapión intentada, he de discrepar con el voto antecendente por cuanto admite la defensa de usucapión y, correlativamente, desestima la acción reivindicatoria. En efecto el instituto de la usucapión admite ser procesalmente canalizado por la vía de la acción o como mera defensa. La elección de un sendero procedimental u otro, conlleva diferentes efectos y diferentes exigencias. Más, anticipo, para que prospere siempre será menester que quede solventemente demostrada la posesión, pacífica y continua por el término normado por el artículo 4015 del Código Civil (Digesto aplicable al caso de autos, a mérito de lo normado por el artículo 7 del Código Civil y Comercial). Veamos si focalizamos en los efectos la articulación como acción, en caso de ser fructífera, desembocará en la formación de un título dominial el que, concretada la pertinente inscripción, gozará validez "erga omnes" (arg. artículos 2505 y concordantes del Código Civil; su doc.). Por el contrario el éxito de la oposición como mera defensa, sólo conlleva el rechazo de la acción real y la consecuente evitación de la desposesión (arg. artículos 4015, 4016 y concordantes del Código Civil, su doc.). También es dable identificar aspectos diferenciadores en cuanto a las exigencias formales a las que el ordenamiento jurídico sujeta su planteo y trámite. Específicamente cuando se plantea como acción debe ajustarse la pretensión a lo normado por el artículo 24 de la ley 14.159, incisos a), b), c) y d). Por el contrario cuando opera como defensa, como lo ha sentenciado el mismo Superior Provincial, no resulta procedente exigir el cumplimiento de tales exigencias (conf. doctrina sentada en Acuerdos 37.454, 98.701 entre otros). Ahora bien considero indispensable enfatizar que la no exigibilidad de los recaudos apuntados, en modo alguno, puede eximir del imperativo de demostrar la configuración de los caracteres constitutivos del hecho impeditivo opuesto como defensa. Esto es la existencia una posesión pacífica, pública e ininterrumpida por el término de ley (arg. artículos 4015 y concordantes del Código Civil; 375 y concordantes del Código Procesal).

En definitiva, en mi criterio la diferencia señalada sólo radica en que el planteo como defensa, sólo importa una mayor simplificación formal y en una mayor ductilidad en materia probatoria. Pero aquellas circunstancias, de manera alguna, habilitan a soslayar el cumplimiento contundente de la carga probatoria del hecho posesorio en los términos legalmente establecidos para usucapir. Es decir que tal hecho impeditivo deberá ser demostrado en el curso del proceso de un modo tan suficiente, tan cabal como si se hubiera incoado la acción. No hay dos clases de posesiones, como se deduce del voto que me precede, se ha poseído de modo que se puede considerar cumplimentados los extremos para hablar de usucapión o no se ha poseído de tal modo. Que haya mayores facilidades procedimentales para demostrarlo en un caso que en otro es harina de otro costal. Pero la contundencia probatoria es una exigencia independiente del modo en que haya planteado. Un hecho, desde un estricto plano lógico, no puede ser y no ser al mismo tiempo. Con este encuadre es dable apreciar, luego del análisis sistemático del plexo probatorio obrante en los actuados, que el reivindicado no lograr demostrar que ha usucapido el bien cuya restitución persigue la contraparte. En efecto la prueba pericial ingenieril da cuenta de la existencia de construcciones en el inmueble, tanto en la planta alta como en la baja, cuya antigüedad estima entre 25 y 35 años, atendiendo al desgaste que presentan los ladrillos y las maderas. Mas no existe una prueba solvente que permita afirmar que aquellas fueron realizadas precisamente por el quejoso. Por el contrario, como bien se señala en la sentencia de Grado, dichas construcciones encuentran correlato con las especificaciones contenidas en el plano de obra aprobado y agregado por el reivindicante (ver fs. 317, 688 y 744; arg. artículos 375, 384 y concordantes del Código Procesal) Por otra parte, como se señala en el voto antecendente, el pretense usucapiente ha acompañado pagos del pago de tasa por servicios generales que, amén de ser discontinuos, se remontan a períodos relativamente recientes, pero sin duda distantes de la fecha en que se sostiene comenzó la posesión (arg. artículos 384 y concordantes del Código Procesal; ver fs. 30/31). Circunstancia ésta que se reitera cuando se valoran las facturas de pago del servicio de gas y de luz eléctrica (ver fs. 15/28). Igualmente los recibos de pago de construcción (vereda y pared medianera) que dice haber construido Selser, no han sido reconocidos por los que carecen de toda eficacia acreditativa. Igual conclusión-por igual circunstancia- cabe emitir respecto de la compra de materiales que se afirma haber efectuado (ver fs. 13; arg. artículos 1028 y concordantes del Código Civil y 375, 384 y concordantes). Asimismo se aprecia que el plano de mensura agregado a fs. 3 es del año 2007; esto es muy alejado de la fecha en que se dice haber iniciado la posesión y por ende distante del plazo normativamente instituido legalmente para usucapir (arg. artículos 4015 del Código Civil y 384 del Código Procesal). La prueba testimonial ofrecida por los reivindicantes permite concluir en que aquellos residieron en el inmueble disputado por lo menos hasta los años 1991-1992. Tal circunstancia contradice abiertamente la fecha de inicio de inicio de la afirmada-y no demostrada-usucapión. (arg. artículos 375, 384, 456 y concordantes del Código Procesal; ver expediente 22686, testimonios de fs. 555/558 y de fs. 678/681). En este punto he de enfatizar que si bien cuando se examina la prescripción adquisitiva como defensa, es factible demostrarla incluso sólo por medio de la prueba testimonial; en modo alguno de ello puede colegirse que aquella no deba ser valorada sistemática y globalmente con los restantes medios de prueba producidos. Máxime cuando ellos han sido ofrecidos por quien afirma estar en condiciones de usucapir, lo que presupone que los consideró idóneos para demostrar tal hecho. La prueba de testigos no puede dejar de considerarse en el contexto del entramado probatorio general que

ofrecen los actuados. Lo que incluye otros testimonios que se le contraponen y, en especial, otros medios de prueba más objetivos que los dichos de las personas; tales como la prueba documental y la prueba pericial (arg. artículos 384 y concordantes del Código Procesal, su doc.). Por otra parte no puede dejar de ponderarse que los reivindicantes promovieron un juicio de desalojo-el número 47.998 que se encuentra acollarado al presente y que tengo a la vista- proceso éste que indudablemente devela su voluntad de recuperar el inmueble objeto de la Litis. La circunstancia que aquel no haya concluido-de hecho fue paralizado-no neutraliza los efectos que tiene en cuanto a restarle el carácter ininterrumpido a la posesión ejercida por los pretensos usucapientes (arg. artículos 3986, 4015 y concordantes del Código Civil, su doc.; conf. doctrina sentada por la SCBA, Acuerdos 54.399, 65.115, entre otros). Así las cosas, en mi criterio, se encuentra fuera de toda controversia que le compete a quien pretende usucapir-sea que lo encauce con la forma de acción o como modalidad defensiva-demostrar con suficiencia que ha detentado la posesión del inmueble, de forma continua, pacífica e ininterrumpida por el término de ley. Ello más allá de cualquier atenuación o morigeración que se predique-en orden al modo en que se haya introducido al proceso- respecto a los medios de prueba a los que se pueda recurrir. Y tal imperativo, siempre en mi criterio, no se ve satisfecho adecuadamente en estos actuados (arg. artículos 375 y concordantes del Código Procesal).

Frente a esta circunstancia no existe obstáculo alguno para analizar la procedencia de la acción reivindicatoria también planteada.

Vengo sosteniendo que la acción reivindicatoria constituye el poder jurídico que le asiste al titular de un derecho real que se ejerce por la posesión para, frente a la pérdida de aquella, obtener una declaración judicial de condena que motorice su recuperación. (arg. artículo 2758 del Código Civil, su doc.; mi voto en la Sala III, causa 61.957, entre otros precedentes). Quien pretende neutralizarla, como se viene enfatizando, debe probar que ha detentado la posesión del inmueble, de manera pública y pacífica, por un plazo mayor de veinte años (arg. artículos 4015 y concordantes del Código Civil y 375 del Código Procesal). Dicha demostración fáctica, cabe igualmente reiterar, debe admitir ser calificada como concluyente y el juez debe apreciarla de manera estricta y rigurosa atendiendo a los efectos que desencadena su eventual admisión. Va de suyo entonces que no satisfacen dichos parámetros la incorporación de elementos de convicción aislados ni las meras inferencias que se pretenda elucubrar en tornos a aquellos. A lo largo de los párrafos precedentes he precisado mi posición respecto a la ausencia de prueba sobre el hecho posesorio que se ha sostenido. Por el contrario si entiendo que se encuentra demostrada, con la copia certificada del segundo testimonio de la escritura número ... agregada a fs.515/522, el derecho real de dominio que ostentan los reivindicantes. Por tal razón, desde mi óptica, la acción de mentas deviene procedente (arg. artículos 2506, 2758 y concordantes del Código Procesal, su doc.; 375, 384 y concordantes del Código Procesal, su doc.). Lo expuesto me lleva a proponer entonces la confirmación de la sentencia apelada.

VOTO, EN CONSECUENCIA, POR LA AFIRMATIVA A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez RUSSO, dijo: Vienen las actuaciones a esta vocalía en virtud de la disidencia de opiniones de mis distinguidos colegas, que me anteceden en el voto, debiendo precisar que mi actuación se circunscribe a la admisibilidad de la defensa de usucapición y a la desestimación de la acción reivindicatoria.- Ante todo y, como reiteradamente lo ha expresado la Sala que integro, para el juzgamiento de la cuestión de autos, cuyo origen es anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, corresponderá aplicar el ordenamiento jurídico vigente en aquella época (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída en su obra: La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, págs. 28, 100/101, 158 y sigtes).- Puesto a resolver la disidencia de opiniones aquí planteadas, he de señalar que, conforme vengo sosteniendo invariablemente, la usucapición es un medio excepcional de adquisición del dominio y que la comprobación de los extremos exigidos por la ley debe efectuarse de manera insospechable, clara y convincente (conf. C.S.J.N., fallos 123-285, 128-131; 132-377; 133-42; E.D: 61-185) y conjugarse esa demostración con las exigencias que se desprenden del texto de la ley 14.159 con las modificaciones introducidas por el decreto ley 5756/58 (mis votos en causa C11-5281 R.S 13/15, C10-68256 R.S 126/18, entre otras).- Sentado ello, se hace preciso distinguir que dicha carga corresponde tanto cuando se la interpone como acción o como excepción, por lo que siempre y en todos los casos, se haya alegado como hecho constitutivo o extintivo, es indispensable la demostración contundente de la posesión pacífica y continua por el término normado por el artículo 4015 del Código Civil.- En definitiva, de conformidad con lo anteriormente expuesto, y valorando que, en materia de usucapición si bien las pruebas aportadas deben verificarse con visión de conjunto, en una ponderación global (art. 384 del CPCC); no lo es menos que dicha prueba debe ser plena e indubitable, porque la manera de valorarla no puede modificar las reglas de producción y apreciación de las mismas; por lo que habiendo valorado el plexo probatorio obrante en autos, a mi juicio el reivindicado no ha logrado demostrar la alegada defensa de usucapición, por la insuficiencia de los elementos de convicción que demuestran fehacientemente, por diversos medios y en forma coincidente, la posesión efectiva, pública, pacífica, ininterrumpida y no equívoca del inmueble cuya prescripción adquisitiva se pretende, y con el ánimo necesario al efecto durante todo el lapso previsto por el art. 4015 del Código Civil.- En consecuencia y por tales argumentos, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada, adhiriendo al voto del Dr. Roberto Camilo Jorda, de acuerdo al criterio antes expuesto.-

Voto en consecuencia por la AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. ROJAS MOLINA, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior, corresponde -POR MAYORÍA- CONFIRMAR la resolución apelada, en lo que fuera materia de recurso.- Las costas de Alzada quedarán impuestas, al igual que en la instancia originaria, para cada una de las partes en la parcela en la que resultaron vencidas (arts. 68 del CPCC), difiriéndose la correspondiente regulación de honorarios para el momento en que se acerquen pautas para ello.- ASI LO VOTO. Los señores Jueces doctores Roberto Camilo Jordá y José Eduardo Russo, por los mismos fundamentos, votan en análogo sentido. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Morón, 2 de julio de 2019.- AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por mayoría: Se confirma la resolución apelada de fs. 289/293 y 877/881, en lo que fuera materia de recurso.- Las costas de Alzada quedarán impuestas, al igual que en la instancia originaria, para cada una de las partes en la parcela en la que resultaron vencidas (arts. 68 del CPCC), difiriéndose la correspondiente regulación de honorarios para el momento en que se acerquen pautas para ello.- Cita digital: