

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 27 días del mes de Agosto de 2013, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114064** , en los autos: **“MACHALINSKI ALBERTO GABRIEL Y OT. C/ LOPEZ EDUARDO ANTONIO S/ REIVINDICACION”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION

PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs.186/89 es apelada por la parte actora, que expresa agravios a fs. 223/26, los que no son contestados. La Sra Asesora de Incapaces dictamina a fs. 230.

II.- Alberto Gabriel Machalinski y Karina Fabiana Cerillo promovieron demanda contra Eduardo A. López y ocupantes del inmueble ubicado en la calle Tomás Alba Edison esquina Bouchard de Moreno por reivindicación de la propiedad. Dijeron que habían adquirido el inmueble por escritura pública el 2/08/02 y que luego se encontraron con que estaba ocupado por el demandado quien se había rehusado a dejar el mismo.

Practicado un mandamiento de constatación se verificó que estaba el inmueble ocupado por María Rosa Genovese y Juan Monzón, junto a sus tres hijos menores, contra quienes el actor amplió la demanda.

Contestó la acción Susana Margarita Díaz, acompañando poder de sus tres hijos menores, y se los tuvo por parte en calidad de sucesores de Eduardo Antonio López. Dijo que era poseedora del inmueble en virtud de haberlo adquirido por boleto de compraventa, que había edificado en el mismo, y que por ello era imposible que al momento en que los actores adquirieron el inmueble estuviera desocupado, siendo entonces que no pudieron haber tomado posesión de la finca. Dijeron, además, que el inmueble estaba en el Registro de la Propiedad a nombre de Silvana Bibiana Casco.

A fs. 91 se tuvo por presentada a la letrada apoderada en representación de Susana Margarita Díaz y de sus tres hijos menores Victoria López Díaz, Lautaro Benjamín López Díaz y Abril López Díaz.

Los codemandados María Rosa Genovese y Juan Monzón fueron declarados rebeldes.

Producida la prueba, el juez dictó sentencia rechazando la demanda. Para así decidir partió de la base de que la acción de reivindicación de la propiedad exigía que el actor hubiera perdido la posesión (art. 2758 C.C.), y, en el caso, ello no surgía de autos. Antes bien, de la causa penal acollarada – dijo – se desprendía que en agosto de 1997 Cristina Carlota Machalinski había denunciado, en su carácter de propietaria del mismo, que en el lugar estaban construyendo, habiendo averiguado que estaba ocupado por Eduardo Antonio López. En consecuencia, sostuvo que no era posible que al promoverse la litis los actores tuvieran la posesión, siendo que, por el contrario la tenían los demandados.

III.- Se agravan los actores diciendo, en lo

fundamental, que no es menester que al reivindicante se le haya hecho tradición de la cosa pues le sirve la posesión que han ejercido sus predecesores. En tal sentido sostienen que surge de la escritura de propiedad acompañada la cadena de transmisiones sucesorias por las cuales la vendedora había adquirido la propiedad.

Habiendo llegado Victoria López Díaz a la mayoría de edad, a fs. 215/216 tomó intervención en autos por su propio derecho. Con respecto a los otros demandados menores de edad, la Asesora de Incapaces dictamina que debe confirmarse la sentencia apelada

IV.- 1.- Cabe en primer lugar señalar que no es posible sustentar el rechazo de la demanda en la circunstancia de que los demandados tengan la posesión del inmueble, dado que, precisamente, la acción de reivindicación la ejerce quien dice ser propietario del bien contra quien se encuentra en posesión del mismo (art. 2758 C.C.). Tiene por objeto recuperar el pleno ejercicio del derecho de propiedad que se ha perdido por la conducta de otro u otros que se comportan con ánimo de dueños en relación al bien.

La cuestión a dilucidar, entonces, es si los actores tienen legitimación activa para ejercer la acción de reivindicación intentada.

A fs. 12/20 obra la escritura de dominio del inmueble y el informe del Registro de la Propiedad de fs. 151/54 acredita que se está inscripto a nombre del actor Alberto Gabriel Machalinsi, de estado civil casado con Carina Fabiana Cerillo, coactora en autos.

Ahora bien, la presentante de fs. 61/62 – en nombre de sus hijas menores, presuntamente sucesoras del demandado Eduardo Antonio López – adujo que, junto con este último, eran poseedores del inmueble con anterioridad a que el actor lo adquiriera. El juez, como ya fue reseñado, sobre la base de lo que surgía de la causa

penal agregada, entendió que efectivamente el inmueble estaba ocupado por López al tiempo de la escritura a favor del actor, y que, por ende, no podía haber sido entregada la posesión por ese acto, lo cual indicaba que no se daba el requisito de la “pérdida” de la posesión exigido por el art. 2758 del C.C..

Adoptó así el juez una postura rígida en cuanto a que no existe transmisión del dominio si no existe tradición de la cosa (arts. 577, 2609, 3265 y cctes. C.C.). Sin embargo, dicha interpretación – sostenida en su momento por Salvat – fue superada por un fallo plenario de la C.N.Civ. de la Capital y por la jurisprudencia de la S.C.B.A. y la mayoría de los tribunales del país.

En efecto, el tema fue especialmente tratado en el plenario “Arcadini, Roque s. Sucesión c. Maleca, Carlos” del 11/11/58 (L.L. 92-463), resolviéndose que *“el comprador de un inmueble a quien se le ha otorgado escritura traslativa puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma”*.

Sostuvo el Dr. Cichero – quien votó en primer término – que los artículos del código que regulaban la adquisición del dominio debían ser relacionados con los que gobernaban la materia de los contratos, y en este sentido, debía tenerse en cuenta que la cesión de derechos y acciones sobre una cosa cuya posesión el cedente había perdido (art. 1444 C.C.) facultaba al cesionario para reivindicarla, aunque no se hubiera hecho tradición de la misma. Los términos amplios de esta norma comprendían a la acción reivindicatoria, no alcanzada por las limitaciones de los arts. 1445, 1449 y 1450 a 1453 del C.C.. Dijo también que en la nota al art. 1445 Vélez, luego de decir que no podían ser cedidas las acciones inherentes a la persona, expresó que “la reivindicación fundada sobre el derecho de propiedad es cesible. En otro orden, sostuvo que la compraventa, en el fondo, implicaba una cesión de derechos al obligarse el vendedor a entregar una cosa y a transferir el

dominio de ella, y que, cuando el vendedor no se reservaba ningún derecho sobre la cosa debía entenderse que se desprendía y transmitía al comprador todas las acciones que tenía a su respecto, tal como surgía de la nota al art. 2109 del C.C.. *“Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente “cum omni sua causa”, es decir, con todos los derechos que le competían. El último adquirente es, pues, tácitamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseído la cosa antes que él y reúne esos derechos en su persona”*.

El Dr. Fliess agregó algunas consideraciones que por su lógica impecable no puedo dejar de citar: *“En la práctica de la vida jurídica, negar la acción reivindicatoria contra terceros al comprador de un inmueble que no llegó a poseerlo por falta de tradición, es algo tan ilógico – o incongruente – que parecería estar fuera de toda discusión. Por evidente, hasta de sentido común resulta que quien enajena una cosa, que no entrega al adquirente, simultánea y necesariamente debe transmitirle también a éste el poder jurídico de reclamarla contra cualquiera”*. Sin escaparle a la literalidad de los textos legales, sostuvo que lo correcto era considerar que existía una independencia funcional entre la transferencia del dominio (que requería de la tradición) y la de la acción reivindicatoria, que se operaba en virtud de la mera relación contractual (arts. 1198, 2096, 2109 y 3268 C.C.).

Sobre la base de esta última norma – que prescribe que el sucesor particular puede pretender aquellos derechos de su autor que deban ser considerados como un accesorio del objeto adquirido -, el Dr. Llambías consideró que la acción reivindicatoria era, sin duda, un accesorio del inmueble, cuya transmisión las partes intentaban realizar por medio del contrato de compraventa. Esa cesión de la reivindicación era corroborada por el art. 1409 del C.C., que obligaba a la entrega de todos los accesorios de la cosa vendida, entre los cuales estaban los medios jurídicos enderezados a la defensa del derecho transmitido. Sostuvo que la compraventa realizada estando la

cosa en poder de un tercero, aunque llevara tal nombre, era en realidad una efectiva cesión de derechos.

Citó a favor de la tesis del plenario viejos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que, si la tradición era necesaria para adquirir la propiedad de una cosa en general, no lo era para el ejercicio de la acción reivindicatoria (Fallos: 36:372; 83:223; 123:285), y que el comprador era en el hecho un cesionario de los derechos del vendedor sobre la cosa vendida (arts. 1444 y 2789 C.C.) (Fallos: 83:223 y 142:273), postura seguida por otros tribunales del país.

La Suprema Corte de la provincia, con cita de varios precedentes (Ac. 36.459 del 12/08/86, AC. 30.238 del 9/06/87, Ac. 39.239 del 20/09/88, Ac. 39.291 del 18/10/88), siguió esta tesitura en sentencia del 20/06/1989 (pub. en L.L. 1990-C, p. 53), expresando que los arts. 2758 y concs. no se oponían a la aplicación del art. 2790 en el caso de que el actor pudiera invocar en su beneficio títulos de dominio anteriores a la posesión del reivindicado, aun cuando no probase la preexistencia de la propia posesión.

Esta sentencia fue objeto de comentario laudatorio por Claudio Marcelo Kipper en la publicación mencionada (“Legitimación del adquirente que no tuvo la posesión de la cosa para ejercer la acción reivindicatoria”), reseñando las distintas tesis, el fallo plenario y la jurisprudencia de la Corte Nacional que he señalado. Haciéndose cargo del requisito de la notificación al deudor cedido (art. 1459 C.C.), dijo este autor que se cumpliría con la notificación del traslado de la demanda de reivindicación, postura que comparto.

La jurisprudencia mayoritariamente ha seguido la doctrina que vengo recordando (C.N.Civ., Sala A, 26/12/78, L.L. 1979-B-135; C.N.Civ., Sala D, 18/05/84, L.L. 1985-A-351; en la provincia: CC0003 LZ 1243 RSD-130-10, 29/06/10; CC0001 SM, 51718 RSD-369-5 13/02/05; CC0002 SM 58156 RSD-306-8 6/05/08, CC0102

LP 234030 RSD-109-1 11/09/01; CC0102 LP 225939 RSD-82-97 29/04/97; CC0002 SI 59920 RSD-35-94 15/03/94; CC0102 LP 216713 RSD-56-94 19/04/94 y 225939 29/04/97; CC0101 MP 73267 RSD-315-89 S 15-8-1989; CC0101 MP 106967 RSD-268-00 S 15-8-2000; CC0101 MP 110470 RSD-394-00 S 31-10-2000; CC0002 SI 92034 RSD-44-5 29/03/2005; CC0003 LZ 1243 RSD-130-10 S 29-6-2010 ; CC0102 LP 212846 RSD-211-92 12/11/92; CC0002 SM 58156 RSD-306-8 S 6-5-2008; JUBA).

Asimismo, más recientemente la S.C.B.A. ha avalado esta doctrina en la sentencia dictada en C 88.998, “Medina, Gladis Nelle c. Schumann, Osvaldo s. Reivindicación”, del 3/03/2010. En efecto, dijo en la misma la Dra. Kogan - quien votó en primer término –, con cita del art. 1444 del C.C. y de la nota de Vélez al art. 1445 (conf. Bueres-Highton, Código Civil comentado, t. 5, p. 837), que todo objeto incorporal, todo derecho sobre una cosa que se encuentre en el comercio era cesible, a menos que la causa fuera contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, lo que comprendía a las acciones reales. Expresamente añadió que la doctrina en general estaba de acuerdo en admitir la legitimación del cesionario para intentar la acción de reivindicación, no siendo óbice para ello la exigencia de la tradición. *“Se acepta, pues, - dijo – que pueda igualmente demandar sin haber recibido la tradición, por cuanto el cesionario se coloca en el lugar del cedente, ejercita los derechos y acciones que le correspondían al transmitente, de modo que basta que este último reúna todos los requisitos necesarios para la procedencia de la acción, ya que el cesionario demanda en base a la posesión que tuvo y perdió aquel”*. Si bien el resultado final del fallo fue distinto al propiciado por la Dra. Kogan, ello fue por otras razones, no habiendo mediado entre los ministros discrepancias en cuanto a lo referido (ver voto del Dr. Hitters, que conformó la mayoría).

Finalmente, la doctrina mayoritariamente concuerda con esta interpretación (Borda, Guillermo, Tratado de

Derecho Civil, “Derechos Reales”, T.II, LL. Bs As, 5° Ed. Actualiz. 2008, p.480 y ss.; Causse, Federico y Pettis, Christian, “Acción reivindicatoria”, en Kipper, Claudio M. Dir), “Juicio de acciones reales”, Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 45 y ss.).

2.- Llevando estas premisas al caso de autos, se advierte de la lectura de la escritura arriba mencionada (fs. 12/20) la justificación por parte de la escribana interviniente del carácter de propietaria de la vendedora María Luisa Casco, en virtud de una serie de transmisiones sucesorias. Asimismo, se desprende del citado instrumento que la escrituración consistió en la efectivización de la venta que Maximiliano Casco – antecesor de María Luisa Casco - le hiciera a Guillermo Machalinski, y que, habiendo fallecido este, le sucedieron sus hijos, quienes a su vez le cedieron los derechos al actor Alberto Gabriel Machalinski.

Por consiguiente, es evidente que este último – de estado civil casado con la coactora Carina Fabiana Cerillo - recibió la posesión de quien le vendiera el inmueble, quien era la legítima propietaria en virtud de una cadena de transmisiones sucesorias (arts. 3262, 3263, 3279 y cctes. C.C.), por las que se le transfirió la que tuviera el primitivo propietario Maximiliano Casco y Casco. Esta posesión comenzó antes de la alegada por la demanda (1996), y, en todo caso, si se “perdió” en ese momento, el derecho a ejercer la acción real de reivindicación se cedió implícitamente al celebrarse la escritura de compraventa de autos (art. 2758 C. Civil), quedando notificada la cesión – como ya señalara - con la notificación de la demanda (art. 1459 C.C.).

A todo lo arriba expuesto, cabe añadir que si no se entendiera así todo inmueble poseído por terceros estaría fuera del comercio. O sea, no podría ser vendido y ello no es así. Cualquiera puede comprarlo y, continuando los derechos que tenían sus antecesores, ejercer las acciones correspondientes. Por supuesto que corre un serio riesgo, dado que puede ocurrir que los ocupantes aleguen y prueben que

son poseedores por más de veinte años; o sea que han adquirido el inmueble por prescripción (art. 4015 C.C.). Pero esto no ha ocurrido en autos. La presentante de fs. 61/62 dijo que junto a Eduardo A. López habían comenzado a poseer el bien – en virtud de una cesión de derechos – en diciembre de 1996, lo que implica que, al momento de interponerse la demanda el plazo del art. 4015 del C.C. no estaba cumplido.

Nada importa – reitero - que la demandada Díaz sea poseedora del inmueble (dejando de lado si está probado o no). Precisamente la acción del art. 2758 del C.C., a diferencia de la acción de desalojo, se entabla contra quienes alegan el carácter de poseedores con ánimo de dueño, y por ende, mientras no se alegue y pruebe que lo son por un plazo mayor a veinte años, la acción debe prosperar. En consecuencia Susana Margarita Díaz y sus hijos Victoria López Díaz, Lautaro Benjamín López Díaz, Abril López Díaz deberán entregar el inmueble a los actores en el plazo de diez días de notificados, con costas en ambas instancias en su calidad de vencidos(arts. 68 y 274 C.P.C.).

Respecto de los codemandados Genovese y Monzón la rebeldía declarada a su respecto ha quedado firme y por ende surte los efectos del art. 60 del C.P.C.. A su respecto debe prosperar también la demanda, debiendo entregar el inmueble a los actores en el plazo de diez días de notificados, con costas de primera instancia en su calidad de vencidos (arts. 68 y 274 C.P.C.).

VOTO POR LA NEGATIVA.

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION

PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar la sentencia apelada, y en consecuencia hacer lugar a la demanda de reivindicación de la propiedad ubicada en Tomás Alba Edison, esquina Bouchard, de Moreno, lote 449 de la Manzana 24 según título, Nomenclatura Catastral Circ. VI, Sec. G, Quinta 16, Parcela 11, contra Susana Margarita Díaz, Victoria López Díaz, Lautaro Benjamín López Díaz, Abril López Díaz, María Rosa Genovese y Juan Monzón, quienes deberán entregar el inmueble a los actores en el plazo de diez días de notificados.

2°.- Imponer las costas de primera instancia a todos los demandados y las de segunda instancia a los apelantes vencidos.

ASI LO VOTO.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **REVOCAR** la sentencia apelada, y en consecuencia hacer lugar a la demanda de reivindicación de la propiedad ubicada en Tomás Alba Edison, esquina Bouchard, de Moreno, lote 449 de la Manzana 24 según título, Nomenclatura Catastral Circ. VI, Sec. G, Quinta 16, Parcela 11, contra Susana Margarita Díaz, Victoria López Díaz, Lautaro Benjamín López Díaz, Abril López Díaz, María Rosa

Genovese y Juan Monzón, quienes deberán entregar el inmueble a los actores en el plazo de diez días de notificados.

2°.- **IMPONER** las costas de primera instancia a todos los demandados y las de segunda instancia a los apelantes vencidos.

3°.- **NOTIFIQUESE** a la Sra. Asesora e Incapaces en su despacho.- **NOT. Y DEV.-**

Firmado: Dr. Roberto A. Bagattin – Dr. Emilio A. Ibarlucía

Ante mí, Dra. Gabriela A. Rossello - Secretaria