

## **Reivindicación Legitimación Pasiva Ley Aplicable**

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Necochea con fecha 7 de Diciembre de 2016 en los autos "RUSSO, Ricardo Omar c/ARIAS, Beatriz Teresa y otros s/Reivindicación" confirmó la sentencia de grado atento la procedencia de la acción contra el tenedor del inmueble.

### **Expte. 9718; Reg. 131 (S) del 07/12/2016**

En la ciudad de Necochea, a los        días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "**RUSSO, Ricardo Omar c/ARIAS, Beatriz Teresa y otros s/Reivindicación**" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo loiza, habiendo cesado en sus funciones el Dr. Garate (Decreto n° 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

¿Es justa la sentencia de fs. 125/127vta.?

¿Qué pronunciamiento corresponde?.

#### **A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

I. Conforme surge de las constancias de autos a fs. 125/127vta. el Sr. Juez de grado dicta sentencia y resuelve en los siguientes términos: 1- Haciendo lugar a la demanda deducida por Ricardo Omar Russo contra Beatriz Teresa Arias, Fernando Ezequiel Arias y Alejandro David Parvis por reivindicación respecto del inmueble sito en calle 65 N° 2162 de la localidad de Necochea, identificado catastralmente como Circunscripción I, Sección C, Manzana 224, Parcela 14 "A", matrícula 076-52578. 2- Condenando a los demandados a restituir el inmueble, en el en el término de 10 (diez) días de quedar firme la presente sentencia. 3- Imponiendo las costas del juicio a los demandados vencidos. 4- Difiriendo la regulación de honorarios de la profesional interviniente para la oportunidad en que obren pautas para tal fin (art. 51 ley 8904).

Contra dicho pronunciamiento a fs. 143/vta. interpone recurso de apelación la parte demandada con el patrocinio letrado del Dr. Pablo Adolfo González, obrando sus agravios a fs. 162/165vta.

II) Comienza su expresión de agravios el recurrente expresando que "ante todo corresponde indicar que en el presente asunto se encuentra comprometido el derecho constitucional de una familia a habitar una vivienda digna (...)."

Continúa su fundamentación indicando que "la índole del derecho puesto en juego en estos obrados, consagrado por la normativa supra legal en el bloque de constitucionalidad, nos proporciona las líneas directrices para resolver el presente asunto, despojados de todo exceso ritual y haciendo foco en la protección del derecho humano que está en vilo en el caso, porque no se cumplen en legal forma los recaudos para la admisión de una acción de reivindicación."

Aduce que "(...) no constituye óbice para el tratamiento de cuestiones cuya decisión comprometa derechos de naturaleza constitucional o convencional, la circunstancia procesal de que no hubieran sido planteadas en la primera instancia. El orden público y el interés general deben prevalecer."

Arguye que "(...) la cuestión esencial que se plantea en la segunda parte de este capítulo, en realidad se refiere a una afirmación sorpresiva de la resolución recurrida, que en esa parcela se aparta de los términos en que fue interpuesta la demanda, dado que la parte actora en ningún momento hizo referencia a la pérdida de la posesión y ello aparece recién en la sentencia definitiva, sin que haya mediado petición al respecto. Es decir, que aun sin haber mediado una rebeldía derivada de la carencia de dinero para pagarle a un abogado que contestara la demanda, dados los términos de la interposición de la acción, esta parte no tenía que pronunciarse sobre una cuestión que no estaba propuesta al demandarla y hubiera de todos modos podido someter a la segunda instancia la misma."

Sostiene que la sentencia en crisis "ha sido dictada sin observarse debidamente los recaudos que son necesarios para la procedencia de la acción reivindicatoria, siendo que de acuerdo a las constancias de autos, no ha quedado acreditado el requisito de la desposesión, elemento indispensable para que pueda tenerse por configurada la legitimación pasiva que habilitaría la procedencia de esta acción real."

Manifiesta que "es errónea la parte de la resolución apelada que en su considerando quinto afirma, sin motivación alguna, que el accionante habría cumplido con la carga probatoria que le compete respecto de "la pérdida de la posesión". Ello no ha quedado por algún medio de prueba y ni siquiera lo postuló la parte actora en su escrito de demanda, que en ningún momento adujo acción violenta o clandestina de los recurrentes."

Argumenta que "el accionante en su demanda (fs. 26 vta. y 27) ha reconocido que los apelantes accedieron a la ocupación de la cosa por entrega voluntaria efectuada por un copropietario (arts. 1701 y 2709, CC), lo que deja sin asidero la supuesta pérdida de la posesión, tal y como la han entendido la doctrina y la jurisprudencia para viabilizar esta acción real."

Manifiesta que "Inclusive, existe una acción personal de desalojo en trámite, que persigue también la finalidad de desahuciar a los recurrentes de la vivienda que ocupan, la que paradójicamente es procurada por idéntica dirección letrada. Fallecido Osvaldo Juan Russo, la acción de desalojo no tiene movimientos impulsivos por parte de sus herederos, pero no ha sido desistida. Desconcierta lo errático del proceder procesal, sobre todo porque ambos propietarios coinciden con una misma asistencia jurídica, la que no termina de elegir el encuadre de la cuestión y se contradice de manera ostensible, pivoteando entre una acción real y una personal, sin definirse por ninguna de las dos."

Continúa aduciendo que "lo cierto es que desde las posiciones puestas por la parte actora (art. 409 CPCC), no solamente surge que hubo una entrega voluntaria inicial, sino que luego la parte propietaria, uno personalmente y otro a través de su apoderada, consintió la ocupación (posiciones 12 y 13), lo que desmiente absolutamente la existencia de la 'pérdida de la posesión', tal y como la han entendido jurisprudencia y doctrina."

Expresa que "no se ha acreditado en autos que hubiera existido violencia o clandestinidad (art. 2382 Cód. Civil) imputables a los aquí quejosos, sino por el contrario ha quedado expresamente admitido que los ocupantes recibieron la cosa de un propietario de la misma que la entregó por su propia voluntad (arts. 2701 y 2709 del código civil)."

Hace reserva de caso federal.

III) Como cuestión previa, cabe señalar que conforme sostiene el recurrente corresponde abocarse al agravio vertido atento la índole de la materia en tratamiento y en virtud de los fundamentos dados en los autos "Bruno, Jorge Raul c/ Villalba, Jorge Albino s/ Cobro ejecutivo" (expte. 10557, de fecha 01/09/16) en el sentido que "...la argumentación del recurrente que podría entenderse como no planteada en la instancia anterior, se sostiene en normas convencionales y constitucionales que no requieren alegación para ser utilizadas por los magistrados como fundamento de sus decisiones, tal como su naturaleza lo impone (CSJN, in re "Mazzeo", 13 de julio de 2007, considerando 21°, con cita de la Corte IDH (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo.124; Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007)."

Ello sentado e ingresando a la consideración del agravio, corresponde en primer lugar abocarse a cuál resulta la normativa aplicable en atención a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación con fecha 1° de Agosto de 2015 (Ley 26.994).

Ello así y conforme lo edicta el art. 7 de dicho plexo legal ha de adelantarse que resulta aplicable al caso lo normado en el artículo 2255 de ese ordenamiento en cuanto dispone que resulta legitimado pasivo de la acción reivindicatoria "el tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante."

En efecto, en primer lugar el caso queda enmarcado en la órbita del nuevo código, puesto que el mismo se aplica "a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes." Máxime en el caso en virtud de tratarse de una norma procesal que ha de aplicarse a un proceso en curso (Descalzi, José Pablo, "El derecho procesal en el Código Civil y Comercial unificado", DJ 10/12/2014, cita on line: AR/DOC/4217/2014; ver en particular III. 28; en el mismo sentido Iturbide, Gabriela A. y Pereira, Manuel J. "Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios"; RCCyC 2015 (Julio ), 01/07/2015; cita on line AR/DOC/1423/2015; ver en particular IX, 10; Rivera, Julio C. "Instituciones de Derecho Civil", T.I, P. 259. Edit. Abeledo Perrot, 1994; Aída Kemelmajer de Carlucci "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2015; Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial Comentado", T. I, P. 48; Edit. La Ley; SCBA LP 114166 S 15/07/2015; Corte Suprema, fallos: "Medina" (fallos: 220:30), "Pluspetrol S.A." (Fallos: 323:1285), "Jorge García" (Fallos: 321:1757), "Francisco Costa" (Fallos 319:1915).

Zanjado lo anterior y en tanto el único agravio que introduce el recurrente se ciñe a que resulta ser tenedor y no poseedor del inmueble que se reivindica, no cabe sino su desestimación en virtud de la regla del citado artículo 2255 del Código Civil y Comercial. (Conf. Rivera Julio C. y Medina, Graciela "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", T° V, P. 954 y Sgtes., Edit. La Ley; Kiper, Claudio, "Derechos Reales, novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), P. 773, Edit. Rubinzal Culzoni, 2015; Kiper, Claudio "Tratado de los Derechos Reales" T. II, P. 476, Edit. Rubinzal Culzoni, 2016; Lorenzetti, Ricardo L. "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado" T. X, P. 316 y Sgtes., Edit. Rubinzal Culzoni).

A mayor abundamiento, como ha sostenido nuestro Superior Tribunal respecto del anterior ordenamiento civil, "Se ha puntualizado que la acción reivindicatoria puede dirigirse tanto contra el poseedor, en sentido técnico, como contra el simple tenedor que tiene la cosa en nombre del reivindicante, según resulta de la nota al art. 2758 del Código Civil (conf S.C.B.A.,

causa "Branca Alonso H. y otros c/ Ugarte de Maritens Esther y otro", sent. Del 16-VIII-1955 en La Ley, 1956-T° 81-pag. 386)."(Scba, causa 90.755 del 19 de Agosto de 2009, "Blasetti, Rubén Omar c/ Jaduch, Josefa María y otro. Reivindicación de daños y perjuicios"). En ese sentido ha de interpretarse la jurisprudencia de este Tribunal que menta el apelante (Mosti, Sandra Beatriz c/ Fernandez, Daniel Jorge y otra s/ reivindicación, C. 9615), el cual amén de no guardar analogía con el presente no hace sino seguir la doctrina legal citada con el alcance que de ella misma emana, como se viera.

En consecuencia, a la cuestión planteada voto por la AFIRMATIVA.

**A LA MISMA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:**

Adhiero al voto de mi colega preopinante y siendo que fui el Juez ponente en el precedente que cita como sustento de su agravio, entiendo por ello que debo ahondar en la fundamentación dada.

Reitero que en aquel antecedente no resultaba aplicable la norma que dirime la cuestión (art. 2255 primer párrafo, último apartado, del CCyC) pues en aquel no se arguyó una relación contractual entre las partes, como se hace aquí, de donde el recaudo de la desposesión importaba un elemento a valorar a la luz del art. 2758 del CC, regla reiterada en el nuevo régimen (art. 2248 CCyC) cuando refiere la finalidad de la acción reivindicatoria (contra "actos que producen el desapoderamiento").

Y más allá que, en mi opinión personal, tal requisito sigue vigente para los restantes supuestos de legitimados pasivos que no sean el tenedor a nombre del reivindicante (como lo ilustran las opiniones doctrinarias citadas en el primer voto-v.gr. Kiper, ob. Cit. P. 473/475), lo cierto es que, en el presente caso, habiendo el legislador ampliado la legitimación pasiva hasta alcanzar a quien recibió la cosa de manos del hoy reivindicante, no hay razones jurídicas que autoricen al mantenimiento de la demandada en la relación de poder.

Y ello es especialmente así cuando la propia demandada no da razones -fincadas en el supuesto contrato verbal- por las cuales podría continuar en una detentación legítima del bien, en tanto la alegada calidad (v. fs. 28/29 del expediente 39.742, agregado por cuerda) ha caído por influjo del reclamo del aquí actor (arg. art. 2285 CC; regla reiterada hoy en el art. 1536 inc. "e" del CCyC).

Por las razones dadas voto por la AFIRMATIVA.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

Corresponde confirmar la sentencia obrante a fs. 125/127vta., con costas al recurrente vencido (art. 68 CPC), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904).

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

Necochea, de diciembre de 2016.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia obrante a fs. 125/127vta., con costas al recurrente vencido (art. 68 CPC), difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904). Téngase presente la reserva del caso federal. Devuélvase junto con los expedientes "Russo Osvaldo Juan c/Arias Beatriz Teresa y ocupantes s/Desalojo" expte. 39.742, "Arias Beatriz s/Beneficio de litigar sin gastos" expte. 40.587 y "Russo Osvaldo Juan c/Arias Beatriz Teresa s/Incidente de desafectación de bien de familia" expte. 40.586. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase

Dr. Fabián M. Loiza  
Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo  
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy  
Secretaria