CNCiv., Sala J, 19/10/2009. - Brea, Horacio José c. Brea de Serrano, María Paula y otro s/reivindicación - ordinario y Brea, Horacio José c. Brea de Serrano, María Paula y otros s/nulidad de acto jurídico – ordinario

Buenos Aires, a los 19 días del mes de octubre de 2009, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: “Brea, Horacio José c/ Brea de Serrano, María Paula y otro s/reivindicación - ordinario” y “Brea, Horacio José c/ Brea de Serrano, María Paula y otros s/nulidad de acto jurídico - ordinario” .

La Dra. *Marta del Rosario Mattera* dijo:

I. La sentencia única dictada en los expedientes acumulados (fs. 160/164, expte. Nº 41.554/2006) admitió las excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción deducidas por las codemandadas María Paula Brea y María Cristina Gagliolo en ambos procesos y la opuesta por Pedro Emilio Chacon, Carmen Diana Bruno, Hernán Luis Bruno y Alicia Mirtha Méndez en el expte. Nº 24.788/2006. Admitió, asimismo, la reconvención deducida por María Cristina Gagliolo en el expte. Nº 41.554/2006, disponiendo la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal el cese del usufructo vitalicio a favor del actor respecto del inmueble objeto de estas actuaciones, ordenando inscribir el 100% de dicho usufructo a favor de la reconviniente, e impuso las costas de ambos procesos al actor.

Contra dicho decisorio se alza el actor, quien expresa agravios en la pieza obrante a fs. 181/186, cuyo traslado es respondido únicamente por María Paula Brea y María Cristina Gagliolo en el escrito de fs. 193/198.

II. Reseña el recurrente que en la causa 41.554/2006 promovió acción de reivindicación reclamando a las demandadas María Paula Brea de Serrano –nuda propietaria– y María Cristina Gagliolo –cousufructuaria– la restitución de la posesión del inmueble, el resarcimiento por los frutos civiles de éste que por su conducta ha dejado de percibir, y la indemnización de los daños y perjuicios derivados de su ocupación y uso exclusivo, intereses y costas.

Aclara que, en rigor, del contenido de la demanda resulta que no se trata de una reivindicación sino del ejercicio de la acción confesoria (arts. 2795 y ss. del Código Civil), error que no ha sido salvado en la sentencia recurrida pero que deberá repararse en esta instancia en aplicación del adagio *iura curia novit.*

Con relación a la causa Nº 24.788/2006, explicita que demandó por nulidad de acto jurídico a la nuda propietaria –por alquilar el inmueble sin su consentimiento–, a los inquilinos y fiadores, solicitando se citara como tercera a la cousufructuaria.

Considera que existe una notable contradicción entre los considerandos, en los que el magistrado reconoció que no se encontraba controvertido el carácter de usufructuario del accionante, para luego admitir la excepción de falta de legitimación activa.

Se agravia, asimismo, de la admisión de la excepción de prescripción, por cuanto tal decisión resulta contradictoria con la anterior, ya que quien no se encuentra activamente legitimado para reivindicar un derecho o reclamar un crédito es porque jamás gozó de ese derecho o nunca fue titular del crédito y, en consecuencia, cabría preguntarse si es posible que prescriba un derecho o un crédito que nunca existió.

Cuestiona el hecho de que el sentenciante argumente en la sentencia que la finalidad del instituto que regla el art. 2924 del Código Civil es no mantener la desmembración que afecta el derecho del propietario cuando, en el caso, tal desmembración continuaría existiendo, ya que al disponer la inscripción del 100% del usufructo a favor de la Sra. María Cristina Gagliolo, en realidad no ha dispuesto la extinción del usufructo sino la transferencia de la parte indivisa de éste que le corresponde.

Señala, además, que su derecho de usufructo reviste carácter ganancial, y –en consecuencia– integra el patrimonio de la disuelta sociedad conyugal, cuya liquidación aún no han practicado, siendo la acción de partición imprescriptible mientras continúe de hecho la indivisión, salvo que haya cesado de hecho, en cuyo caso prescribiría a los veinte años (art. 3460 del Cód. Civil).

Afirma que –en virtud de ello– el plazo de prescripción habría comenzado a correr recién el 5 de enero de 2005, fecha en la que el inmueble fue arrendado por la nuda propietaria a un tercero, con la anuencia o complicidad de la cousufructuaria, quien de ese modo contribuyó a conculcar su legítimo derecho.

Argumenta que si no ha podido aprovechar del usufructo del departamento ha sido porque el bien era el asiento del hogar conyugal, por lo que de conformidad con el art. 211 del Código Civil, con posterioridad al divorcio continuaron ocupándolo ambos hijos, por entonces menores de edad, y su madre, situación que se prolongó hasta que María Paula contrajo matrimonio (26/06/1997).

Indica, además, que en la doctrina nacional se sostiene que a la ocupación del inmueble de carácter ganancial por uno de los cónyuges corresponde aplicar las reglas del comodato, por lo que, en los hechos, la Sra. María Cristina Gagliolo actúo a la vez como usufructuaria de la mitad indivisa y comodataria de la otra mitad indivisa, por lo que en ese segundo aspecto ejerció la tenencia del inmueble reconociendo la posesión del otro usufructuario, poseyendo parcialmente para sí y parcialmente para otro. De allí que ningún plazo de prescripción pueda haber corrido, siendo coposeedor representado por la cousufructuaria.

Continúa luego refiriéndose a la nulidad del contrato de locación.

III. En primer término, en relación con la verdadera naturaleza de la acción promovida, en esencia no modificaría el resultado del pleito, y el planteo ahora introducido por el recurrente parece más bien a apuntar a modificar el planteo originario que implicaba reconocimiento de la pérdida de la posesión.

No obstante, se efectuarán algunas breves precisiones al respecto. El ejercicio de los derechos reales cuenta con la tutela y el sistema defensivo que le brindan sus propias acciones, que llevan ínsito el “*ius persequendi*” y el “*ius preferendi*”, aunque con las excepciones y con las limitaciones impuestas por el mismo ordenamiento legal. Las acciones reales, pues, tienen como finalidad “declarar” la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, de acuerdo con la naturaleza o gravedad de las lesiones o ataques que puedan haber sufrido los titulares de tales derechos.

Cuando está en juego la existencia misma del derecho real se intenta la restitución con la acción reivindicatoria, la plenitud se vincula con la acción confesoria y la libertad está relacionada con la acción negatoria (conf. Gatti, Edmundo, Teoría General de los derechos reales, p. 367). El propio legislador al considerar cada una de las acciones reales, aclara el carácter de condena que ellas revisten (arts. 2758, 2786, 2793, 2794, 2795, 2799 y 2800 del Código Civil). Así, al ocuparse de la reivindicatoria cuando se ha perdido la posesión de la cosa inmueble “el demandado condenado a restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión” (art. 2794). En la confesoria, “las sentencias que se pronuncien, perjudicarán o aprovecharán a todos respecto a su efecto principal” (art. 2799), “con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan” (art. 2795). En cada caso, además, podrá requerirse la indemnización del daño causado, cuando hubiere lugar (conf. Arraga Penido, Mario O., “Acción confesoria”, L.L. 1982-C-469).

En cuanto a la acción confesoria, si bien algunos autores entienden que el art. 2795 incluye al usufructo, uso y habitación, por entender que éstos constituyen servidumbres personales, otro sector de la doctrina entiende que tales derechos no se encuentran incluidos (conf. Papaño, Kiper, Dillon y Causse, “Derechos Reales”, Tomo III, pag. 164 y ss., Depalma, 1993; Arean, Beatriz, en Bueres-Highton, “Código Civil...”, T° 5 B, Hammurabi, 2da. ed., tomo 5-B, ps. 452 y siguientes; Mariani de Vidal, Marina, “Curso de Derechos Reales”, Tomo 3, pág. 305 y sigs.; Allende, Guillermo L., “Panorama de Derechos Reales”, p. 327 y sigtes.; Allende, Guillermo L., “Ámbito de aplicación de las acciones reales”, LL 89-794; Borda, Guillermo, “Derechos reales”, Tomo II, p. 469; Alterini, Jorge H., “Legitimación en las acciones reales”, LL. 131-88; CNCivil, Sala “C”, 12/7/84, E.D. 112-548).

En síntesis, los usufructuarios podrán acceder, según la gravedad de la ofensa sufrida, a la acción reivindicatoria o a la negatoria. La reinvindicatoria corresponderá en el supuesto de extensión máxima de la lesión, cuando se ha impedido completamente usar la cosa (desposesión), en tanto que en caso de ataques menos graves, corresponderá la negatoria (nota al art. 2800).

En cualquier caso, la calificación de la acción ejercida –que entiendo era que la correspondía– no modificaría el resultado, cuando lo que está en discusión no es qué tan grave ha sido la afectación del derecho, sino si el mismo subsiste o se ha extinguido.

IV. A fin de delimitar la cuestión sometida a conocimiento, ha de señalarse que está reconocido por las partes que, con fecha 19/10/1989, los entonces cónyuges Ho­racio José Brea y María Cristina Gagliolo de Brea, intervi­niendo por sí y en representación de sus hijos menores Martín Horacio Brea (10/10/1970) y María Paula Brea (05/05/1972), efectuaron la compraventa del inmueble motivo de autos, y constituyeron usufructo vitalicio, mediante escritura Nº 177 (fs. 14/16).

La cláusula primera de dicho instrumento dice textualmente: “El señor y la señora Dufour venden a Martín Horacio y María Paula Brea, la nuda propiedad, reservándose los cónyuges Brea-Gagliolo el usufructo vitalicio con recíproco derecho de acrecer, del siguiente inmueble...” (fs. 14 vta.). Ninguna observación han efectuado los litigantes en relación con la redacción de dicha escritura, por lo que nada cabe expresar al respecto.

En el año 1994, María Paula Brea adquirió la parte indivisa de la nuda propiedad que correspondía a su hermano.

Los cónyuges se divorciaron por sentencia dictada el 11 de junio de 1991, permaneciendo en el inmueble la esposa y los dos hijos del matrimonio. En el año 1995 se fue Martín Horacio, y en 1997 se mudó María Paula, hasta que finalmente se retiró también la Sra. Gagliolo.

Es necesario en este punto efectuar algunas precisiones que resultan de las constancias del expediente Nº 21.313/91, “Gagliolo, María Cristina y Brea, Horacio José s/ divorcio vincular por presentación conjunta”, que tramitara ante el Juzgado Civil Nº 81 y que fuera requerido *ad effectum videndi*.

En dicha causa se presentaron ambos cónyuges el 22 de abril de 1991, manifestando el marido domiciliarse en Avda. Libertador General San Martín ... P.B., de Capital Federal, y la esposa en el inmueble motivo de autos. Expresaron, además, que se encontraban separados de hecho sin voluntad de unirse desde hacía más de tres años (fs. 9), y que el último domicilio conyugal estuvo asentado en la calle Juramento ... Piso ..., también de Capital Federal (fs. 9 vta.).

Las partes suscribieron personalmente dicho escrito asistidos por sus letrados patrocinantes, por lo que de ello resulta que toda la argumentación intentada por el recurrente en torno a la aplicación del art. 211 del Código Civil cae frente a este expreso reconocimiento del propio interesado al promover el divorcio, ratificado en la sede del Tribunal a fs. 10, con fecha 26/4/91.

Más aún, y a tenor de la declaración conjunta contenida en dicha pieza procesal, al momento de adquirirse el departamento de la calle O’Higgins, constituyéndose el usufructo a favor de ambos (19/10/1989), los cónyuges ya se habrían encontrado separados de hecho sin voluntad de unirse.

En ningún momento se ha discutido la veracidad de las afirmaciones contenidas en el expediente de divorcio, ni se ha acreditado en modo alguno que el inmueble de O’Higgins hubiera sido, en realidad, el asiento del último hogar conyugal hasta la fecha de la sentencia de divorcio, tal como vino a sostener el actor en su demanda (fs. 19 vta.) y más enfáticamente aún al contestar el traslado de las excepciones, donde introdujo además la cuestión de la ganancialidad (fs. 61 y vta.), escrito cuyos fundamentos solicitó se dieran por reproducidos al contestar la reconvención incoada por la Sra. Gagliolo (fs. 70/71).

No obstante, en su presentación de fs. 41/46 la cousufructuaria sostiene que el accionante ha confesado no haber tenido la disponibilidad del usufructo desde que se divorció, y en virtud de ello toma como inicio del plazo de diez años el mes de marzo de 1991 (fecha que erróneamente asigna a tal divorcio), estimando que la extinción se produjo en marzo de 2001, o, aún en la hipótesis de que se considerara que estaba impedido de hacerlo hasta la mayoría de edad de los hijos, el 5 de mayo de 2003 (fs. 42 vta.). También aquí se consigna equivocadamente la fecha en que habría alcanzado la mayoría de edad María Paula Brea, ya que conforme resulta de la partida de nacimiento obrante a fs. 3 del juicio de divorcio ya referenciado, nació el 5 de mayo de 1972, tal como se consigna en la escritura (fs. 14 vta. del expediente sobre reivindicación).

En similares términos se expresa la codemandada María Paula Brea, pero tomando el mes correcto de la sentencia de divorcio (julio de 1991, ver fs. 35 vta.). También alude a la confesión extrajudicial del actor en cuanto a que la única que ha usufructuado el inmueble ha sido su madre.

V. Ahora bien, el eje de la cuestión radica en determinar si el actor aún conserva su derecho al usufructo, o si lo ha perdido. Más allá del orden de tratamiento de las excepciones de falta de legitimación y prescripción, y del esfuerzo argumental del recurrente, lo cierto es que la conclusión del juez fue que su derecho se había extinguido y, en consecuencia, carecía de legitimación para promover las acciones ejercidas en ambos expedientes conexos.

Por ello, corresponde en primer término analizar el instituto contemplado en el art. 2924 del Código Civil.

Dicha norma dispone, escuetamente, que el usufructo se pierde, por el no uso, durante el término de diez años (texto según ley 17.940). El propio codificador aclara en la nota correspondiente que este modo de extinción no es, en el fondo, más que una prescripción liberatoria, por lo que no se exige que el que de ella se prevale ninguna condición de posesión, aunque el usufructo sea una propiedad (derecho real).

Explica luego, con cita de Marcadé, la diferencia entre el caso de adquisición de la propiedad, que exige posesión efectiva de un tercero, con el supuesto de prescripción liberatoria, señalando que cuando se trata de la liberación de un deudor ésta resulta de la falta de ejercicio y de reclamación del derecho de parte del acreedor, y finaliza señalando “Siendo el usufructo verdaderamente una deuda impuesta sobre los bienes en que se establece, la ley declara que por el no uso del derecho del usufructo se pierda sin necesidad de acto alguno del propietario” (ver nota completa al art. 2924, C. Civ.).

La causal del art. 2924 del Código Civil, por ende, juega como una suerte de prescripción extintiva, supone que el usufructo no ha sido ejercido ni por el usufructuario mismo ni por intermedio de un tercero, aun cuando el goce haya sido excesivo o abusivo y siempre que no haya sido incompleto. El plazo se cuenta desde el día en que se ejerció el derecho por última vez (Areán, Beatriz, “Derechos Reales”, 6ta. ed., Hammurabi, Tomo 2, pág. 751).

En el “no uso”, la falta de ejercicio, la inacción durante el término legal, se vincula a actos materiales respecto de la cosa. Esta causal extingue la relación sustancial, el derecho mismo, de modo que el usufructo no podría continuar legalmente sin una nueva constitución, y opera *ipso iure*, conforme lo dispuesto por el art. 2943, Cód. Civ., sin que sea necesaria ninguna actividad por parte del propietario.

El *a quo* afirma, en la sentencia recurrida, que el fundamento del instituto es, sintéticamente, que el no uso se fundaría en la renuncia del beneficiario, o porque ya no le es útil, frente a lo cual la ley entiende que no existe razón en mantener la desmembración que afecta al derecho del propietario. Transcribe párrafos de Marina Mariani de Vidal y Pablo D. Heredia cuya cita no efectúa (“Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Bueres-Highton, T. 5-B, “Derecho Reales”, pags. 818/819, Hammurabi, 2º ed.), que, en este aspecto, coinciden con el resto de la doctrina.

Señala el recurrente que, en este caso, tal resultado no se obtiene, por cuanto no se ha beneficiado a la nuda propietaria sino a la cousufructuaria, aspecto que debemos considerar.

VI. El art. 2821, Cód. Civil establece las modalidades a que puede estar sujeto el usufructo cuando tiene su origen en una relación contractual entre particulares, disponiendo, en lo que aquí concierne, que puede ser establecido conjunta y simultáneamente a favor de muchas personas, por partes separadas o indivisas.

En el supuesto de pluralidad de beneficiarios se configura el denominado cousufructo, instituto respecto del cual se prevé en el art. 2823 que “siendo dos o más los usufructuarios, no habrá entre ellos derecho de acrecer, a menos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare o dispusiere expresamente lo contrario”, que es lo que aconteció en el caso, conforme a las estipulaciones contenidas en la escritura pública cuya copia luce a fs. 14/16, en la que claramente se establece el derecho de acrecer recíproco entre los cousufructuarios.

Los mismos autores señalan que no ofrece dificultad alguna la hipótesis en que existe un único usufructuario, pues su derecho, cuando resulta extinguido por su no uso indudablemente vuelve al nudo propietario, quien tendrá entonces el dominio perfecto de la cosa. La duda se plantea –a su criterio– en el caso del cousufructuario, y sostienen que “si bien del art. 2408 parecería desprenderse lo contrario, cabe concluir que vuelve al propietario, pues en la duda ha de estarse a su favor, tanto porque, como principio, la prolongación de la desmembración no es nunca un fin querido por la ley, cuanto porque el art. 2823, que si bien regla otra situación, apoya esta interpretación favorable a los derechos del propietario” (Mariani de Vidal-Heredia, ob. cit., pág. 820).

En idéntico sentido, se ha sostenido que frente a este supuesto el usufructo se extingue para el inactivo y vuelve al propietario, quien tendría el dominio perfecto de la cosa en la proporción correspondiente, sin que el cousufructuario activo viera acrecido su derecho, convirtiéndose en el único titular de ese derecho real, porque en el cousufructo el derecho de acrecer debe haber sido establecido expresamente por el instituyente y no puede resultar consecuencia de la inacción de uno de los cousufructuarios (conf. Lavalle Cobo, Jorge E. y Fornari, María J. en “Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”, Dir. Zannoni-Kemelmajer, T. 11, págs. 1202/1203, Ed. Astrea).

En el caso de autos, quienes celebraron el acto jurídico que dio origen al cousufructo fueron los propios beneficiarios de éste, cuya redacción, observo, podría haber sido más precisa. No obstante, resulta indiscutible que adquirieron el inmueble en nombre y representación de sus hijos por entonces menores de edad –se alude a la adquisición de la nuda propiedad–, sin que en el instrumento se aclare el origen del dinero e instituyeron el usufructo vitalicio a favor de ambos –utiliza la expresión “reservándose”– estableciendo con absoluta claridad: “con recíproco derecho de acrecer” (fs. 14 vta.). Presumiblemente el dinero fue aportado por los propios cónyuges, quienes de este modo estaban realizando en realidad una donación a favor de sus descendientes.

Ahora bien, en lo que concierne a la cuestión en litigio, no sólo no cabe duda alguna acerca de que se estipuló concreta y expresamente el derecho de acrecer recíproco entre los cousufructuarios, sino que además no se estableció ninguna limitación a tal derecho, por ejemplo, previendo que operaría sólo en caso de muerte de uno de los instituyentes. Al no haberse establecido en qué casos sería operativo, ha de entenderse que resultaba aplicable en cualquier supuesto en que se produjera la extinción del derecho de cualquiera de ellos, lo cual incluye el supuesto de “no uso” planteado en autos.

Por lo tanto, en este caso al haberse pactado expresamente el derecho de acrecer, carece de trascendencia la posición que se adopte acerca de los efectos de la extinción por el no uso cuando existe un cousufructo, o sea si el *“ius utendi”* y el *“ius fruendi”* del renunciante vuelven al nudo propietario, consolidando así la plena propiedad o, por el contrario, acrecen el contenido del usufructo del titular ahora único.

VII. No puedo dejar de señalar, además, que habiendo sido el propio actor quien intervino personalmente en el contrato y en la constitución del derecho real instrumentados en la mencionada escritura, por sí y en representación de sus hijos, no podría cuestionar ahora que, dando estricto cumplimiento a las cláusulas que el mismo estableció, se reconozca a la Sra. Gagliolo su derecho de acrecer, quedando como única usufructuaria ante la extinción de su propio derecho.

Tal comportamiento resultaría violatorio de la doctrina de los propios actos, que se funda en la inadmisibilidad de una postura que contradiga una conducta anterior válidamente asumida por el litigante, fundando su accionar en el aporte de hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos, asumiendo una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su comportamiento previo jurídicamente relevante.

A nadie le es lícito ir contra sus propios actos cuando éstos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedecen al designio de crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. Esta doctrina guarda correspondencia con el postulado de la buena fe, por cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder con rectitud y honradez tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

Por ello, la teoría de los propios actos importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, exigiéndole a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas e impidiéndoles asumir pautas que susciten expectativas y luego se contradigan al efectuar un reclamo judicial (conf. Córdoba, Marcos M. y Díaz Solimine, Omar Luis, “Las limitaciones a la indagación de la realidad”, L.L. 19/10/2004, pág. 1).

Se la considera un principio general del Derecho, a los que alude nuestro Código Civil en su art. 16 y, también, precepto no escrito de imperativa vigencia. Se ha introducido también en el Derecho procesal, al supervisar y corregir la conducta de los litigantes que sostienen determinadas afirmaciones o reconocimientos, y, más tarde, hacen o dicen lo contrario, desconociendo su primitiva actitud, juzgándose que ello importa perpetrar una acción jurídicamente disvaliosa y, por lo tanto, descalificable (conf. Conil Paz, Alberto, “Borrador sobre la doctrina de los actos propios”, L.L. 1995-C-348).

Finalmente, he de observar que, en todo caso, quien podría haberse sentido agraviada frente a este aspecto de la cuestión habría sido la nuda propietaria, que es quien vería cercenado su derecho a consolidar la plena propiedad en la parte del usufructo extinguido, y no el cousufructuario, a quien lo que le afecta es la pérdida de su derecho, y no quién es el que resulta beneficiado a resultas de ello.

Todo lo hasta aquí expresado evidencia, a mi criterio, que los agravios en este aspecto no pueden tener acogida.

VIII. Despejadas ya las primeras cuestiones planteadas por el recurrente, en el orden en que las introdujera, resta analizar las relativas a las cuestiones propias del Derecho de Familia, determinando la incidencia que podrían tener en el caso los siguientes argumentos:

1) que su derecho integra el patrimonio de la disuelta sociedad conyugal, cuya liquidación aún no se ha realizado, siendo la acción de partición imprescriptible mientras continúe de hecho la indivisión, salvo que haya cesado de hecho, en cuyo caso prescribiría a los veinte años (art. 3460 del Cód. Civil), por lo que el plazo de prescripción habría comenzado a correr recién el 5 de enero de 2005, fecha en la que el inmueble fue arrendado por la nuda propietaria a un tercero, con la anuencia o complicidad de la cousufructuaria.

2) que si no ha podido aprovechar del usufructo del departamento ha sido porque el bien era el asiento del hogar conyugal, por lo que de conformidad con el art. 211 del Código Civil, con posterioridad al divorcio continuaron ocupándolo ambos hijos, por entonces menores de edad, y su madre, situación que se prolongó hasta que María Paula contrajo matrimonio (26/06/1997).

3) que a la ocupación del inmueble de carácter ganancial por uno de los cónyuges corresponde aplicar las reglas del comodato, por lo que, en los hechos, la Sra. María Cristina Gagliolo actúo a la vez como usufructuaria de la mitad indivisa y comodataria de la otra mitad indivisa, por lo que en ese segundo aspecto ejerció la tenencia del inmueble reconociendo la posesión del otro usufructuario, poseyendo parcialmente para sí y parcialmente para otro. De allí que ningún plazo de prescripción pueda haber corrido, siendo coposeedor representado por la cousufructuaria.

El supuesto de hecho, que es el no uso por parte del actor, no se encuentra controvertido. En estas condiciones, y aún con las dudas que suscitan las constancias del juicio de divorcio, de las que resultaría que el inmueble en cuestión no fue la sede del último hogar conyugal, e incluso que los esposos ya se habrían encontrado separados de hecho sin voluntad de unirse al momento de constituirse el usufructo, conforme expresa manifestación de ambas partes en dichas actuaciones –ver considerando IV– efectuaré algunas precisiones al respecto.

Aun admitiendo –por vía de hipótesis– que realmente el inmueble hubiera sido ocupado por el actor hasta la fecha de la sentencia de divorcio, y aun suponiendo que la utilización de éste por parte de la cónyuge y los hijos hubiera formado parte de una prestación alimentaria en especie no pactada en el acuerdo de alimentos presentado en el divorcio (ver fs. 9 y vta. de dicha causa), ésta habría cesado *ipso iure* al alcanzar la mayoría de edad la codemandada María Paula Brea, el 5 de mayo de 1993. Adviértase que ninguna reserva del derecho de alimentos se efectuó a favor de la cónyuge.

Ahora bien, la circunstancia de que al momento de constituirse el usufructo los instituyentes beneficiarios hubieran sido cónyuges no altera el régimen legal aplicable a éste en tanto que derecho real de goce o disfrute sobre la cosa ajena, sin perjuicio de la ganancialidad de lo percibido por cada uno de ellos en ejercicio del *ius fruendi*, si efectivamente hubiera generado ingresos de alguna índole.

Cualquiera haya sido su forma de constitución, el usufructo es, por su naturaleza , un derecho temporario, nunca perpetuo –aun cuando pueda ser vitalicio– por lo que resulta intransmisible, ya sea por vía hereditaria o de disolución de sociedad conyugal, a la que se aplican las mismas normas.

Ello implica que, en caso de que hubiera existido un “producido” podría haberse considerado la ganancialidad de dichos fondos a la hora de liquidar la sociedad conyugal, incluyéndolos en la masa a partir.

No fue éste el caso, ya que al momento de celebrarse el contrato de locación la sociedad conyugal se encontraba disuelta desde hacía ya aproximadamente catorce años.

A mayor abundamiento, el régimen de los bienes durante el período de indivisión postcomunitaria, cualquiera sea la posición que se adopte respecto a la naturaleza de ésta e incluso sobre su existencia como tal, no modifica la circunstancia de que los bienes comprendidos queden sujetos a las normas propias que los rigen, dentro del contexto legal que les corresponda.

Aun si se hubiera tratado de un derecho real de dominio sobre el inmueble, y no sólo de un derecho de usufructo, éste podría haberse extinguido, por ejemplo, por prescripción adquisitiva por parte de un tercero, sin que la situación de indivisión entre los cónyuges tuviera relevancia alguna en la cuestión.

En cuanto al régimen del art. 211 del Cód. Civil, tampoco resulta aplicable al caso. Dicha norma establece que dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si ésta se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo.

En el segundo párrafo, se dispone que en iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación, pudiendo cesar anticipadamente tanto la indivisión como la locación si desaparecieran las circunstancias que le dieron lugar.

Ninguna de estas hipótesis se configura en el presente caso. El inmueble no es ni propio ni ganancial, es ajeno. En ningún momento los cónyuges fueron titulares dominiales del mismo, ni conjunta ni separadamente, sólo cousufructuarios.

Conforme sus propias afirmaciones en el juicio de divorcio, tampoco fue sede del hogar conyugal, y aun cuando lo que se pretendiera es que al usufructo sobre el mismo se le aplicara analógicamente la norma en cuestión, ello implicaría un planteo inadmisible, máxime cuando ello llevaría a desvirtuar normas vigentes propias de la materia de la que se trata.

Finalmente, y aun cuando pretendiera encuadrarse la ocupación exclusiva de la cónyuge como un comodato en cuanto a la parte del usufructo que correspondía al actor, el mismo no habría sido instrumentado en modo alguno, y es un planteo recién introducido en los agravios (art. 277 del Cód. Procesal), lo que impide su tratamiento en esta Alzada.

Señala Kielmanovich, en la nota al art. 277, que el principio de congruencia sufre una doble limitación en lo que atañe a los poderes del tribunal de segunda instancia; por un lado, porque la alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia, y por el otro, porque no podrá decidir acerca de otras cuestiones que las que constituyeron materia de agravios expresados por el apelante. La apelación no importa un nuevo juicio, sino un control de la legalidad de la sentencia de primera instancia. Esta cuestión debe vincularse necesariamente con el contenido de la pretensión y oposición deducidas en la primera instancia, más que con la resolución apelada *per se* (Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo I, nota al art. 277, pág. 438 y ss., LexisNexis, Buenos Aires, 2003).

IX. Conforme se desprende de lo hasta aquí expuesto, partiendo de la base de que el plazo de diez años de no uso por parte del actor se encontraba cumplido ampliamente al momento de promover los distintos juicios, tomando incluso en consideración el expte. Nº 44.827/2005 “Brea, Horacio José c/ Gagliolo, María Cristina s/ diligencias preliminares”, no caben dudas acerca de que su derecho se había extinguido *ipso iure,* sin necesidad de declaración judicial alguna (art. 2943 del Cód. Civil), lo que hace igualmente procedente la excepción de falta de legitimación que determinó el rechazo de la demanda también en el expte. Nº 24.788/2006 “Brea, Horacio José c/ Brea de Serrano, María Paula y otros s/nulidad de acto jurídico - ordinario”.

Palacio sostiene que “la legitimación para obrar puede ser definida como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa” (Palacio, Lino, “Derecho Procesal Civil”, I, p. 406, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977).

Con similares términos, reitera que procede cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (Palacio, Lino, “La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar”, en Revista Argentina de Derecho Procesal, 1968-1, p. 78).

Sintéticamente, expresa Arazi que la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho procesal de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor. Hay legitimación pasiva cuando existe identidad entre la persona habilitada para contradecir y quien ha sido demandado. La falta de identidad entre la persona a quien la ley le concede la acción y quien asume el carácter de actor, o entre la persona contra quien se concede la acción y quien ha sido demandado, da origen a la excepción que el Código Procesal denomina “falta de legitimación”.

Señala el autor citado que, en general, la aptitud para demandar y para contradecir coincide con la titularidad del derecho subjetivo sustancial y con el carácter de sujeto pasivo de esa relación sustancial. La función de la legitimación es exclusivamente procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos los cuales, en relación a la providencia pedida, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente, de la tutela jurisdiccional.

Cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (legitimación “normal”). En las llamadas acciones reales, la facultad o derecho de peticionar a la jurisdicción a fin de obtener una sentencia de mérito se confunde con el derecho sustancial.

Quien entable una acción reivindicatoria tiene que acreditar su derecho de poseer, es decir, que es titular del dominio o de otro derecho real que se ejerza por la posesión. Más aún, conforme a la regla que consagra el art. 2774 del Código Civil, es necesario tener y mantener la titularidad del derecho real desde el comienzo hasta el final del proceso (conf. Areán, en Bueres-Highton, ob. cit., pág. 538).

La exigencia de la prueba del derecho de propiedad del reivindicante se justifica, porque tradicionalmente la reivindicación ha sido considerada como una acción nacida del derecho de propiedad destinada a ampararlo, cuando este derecho era desconocido. Si esta condición falta, la reivindicación no puede prosperar, como en el de habérsela perdido por cualquiera de los medios que la ley determina (conf. C.Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 5/7/1999, JA, 2002-II, síntesis).

La misma conclusión se impone aunque el que intenta reivindicar sea un ususfructuario o un cousufructuario, máxime si se tiene en cuenta que el término propiedad no ésta tomado en la regulación de las acciones reales como sinónimo de dominio, sino en un sentido más amplio, con el alcance de derecho real.

En el caso, el actor no ha probado la titularidad actual ni al tiempo de demandar del cousufructo, al haber quedado irremisiblemente extinguido por el no uso, lo que obsta al ejercicio de la acción reivindicatoria intentada.

No está en peligro la existencia del derecho real a que alude el art. 2756 del Código Civil, simplemente, ya no hay derecho real a proteger.

Ahora bien, resulta de toda evidencia que, si el actor ya no era titular del derecho real en virtud del cual promovió las distintas acciones, por haberse configurado la hipótesis del art. 2924 del Cód. Civil, carecía de legitimación sustancial para accionar como lo hizo, por lo que también corresponde la desestimación de los agravios en cuanto a este aspecto.

X. En cuanto a las costas de esta Alzada, atento el modo en que se resuelve, habiendo sido respondidos los agravios exclusivamente por las codemandadas María Paula Brea y María Cristina Gagliolo, corresponde respecto de éstas la imposición al recurrente vencido, no así en cuanto a los restantes codemandados en el expediente Nº 24.788/2006, con quienes no ha existido controversia en esta instancia (art. 68 del Código Procesal).

Por todo lo expuesto, propicio la confirmación de la sentencia recurrida, con costas en el modo indicado en el considerando X. Así lo voto

Las Dras. *Zulema Wilde* y *Beatriz A. Verón* adhieren al voto precedente.

Y *Vistos*: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal resuelve:

Confirmar la sentencia recurrida, con costas en el modo indicado en el considerando X.

Diferir regulación de los honorarios para su oportunidad.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Marta del Rosario Mattera. – Zulema Wilde. – Beatriz A. Verón*.