CNCiv., Sala F, 28/05/2010. - Cassinelli, Ulises Andrés y otro c. Mutto, Antonio José s/prescripción adquisitiva

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 28 días del mes de mayo de dos mil diez, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente, resultó el siguiente orden de votación: Zannoni - Posse Saguier - Galmarini.

A la cuestión propuesta el doctor *Zannoni*, dijo:

1. La sentencia dictada a fs. 414/17 de estos autos rechaza la demanda por usucapión deducida por Violeta Ana y Ulises Andrés Cassinelli contra Antonio José Mutto respecto del 10% indiviso, en condominio, que a este último corresponde en la Unidad Funcional n° 6 de la Planta Baja del edificio de calle Ciudad de La Paz ... de esta Capital Federal.

2. Según el testimonio de la escritura pública autorizada por el Escribano Raúl E. Berrotarán el 5 de octubre de 1981 que en copia obra a fs. 10/18 de estos autos, las partes adquirieron en condominio la unidad referenciada, correspondiéndoles en las siguientes proporciones indivisas: Violeta Ana Cassinelli el 50%, Ulises Andrés el 40% y Antonio José Mutto el restante 10%. Véase, además, el informe registral con la matrícula del inmueble a fs. 386.

Sostuvieron los actores que hacia julio de 1982 su condómino, Mutto, se retiró de la propiedad por razones de salud manifestando que se trasladaría a vivir al interior. Los actores afirman que, desde entonces, se encuentran en posesión pública, pacífica y no interrumpida del bien, con ánimo de dueños, y en tal carácter han pagado todos los impuestos del bien y han realizado todos los arreglos que fueron necesarios para la conservación de la unidad, sin reclamo alguno por parte del señor Mutto.

A fs. 47 quedó acreditado el fallecimiento de Mutto acaecido el 19 de julio de 1990, sin poder acreditarse la iniciación del proceso sucesorio. Por ello, previa citación por edictos de los herederos del accionado, sin haberse presentado persona alguna, se dio intervención a la Defensora Oficial de Ausentes a fs. 92.

3. Sostiene el Señor Juez *a quo,* después de valorar las pruebas producidas, que a la luz de los principios que rigen el proceso de usucapión, “no surgen elementos de prueba fehacientes y suficientes que acrediten la necesaria interversión del título sobre el inmueble de autos, que haya tornado a los pretendientes en poseedores *animus domini* del 10% indiviso restante [del condominio]... que permitan darle favorable acogida a la pretensión contenida en la demanda”. Añade el juzgador que “los accionantes debieron acreditar fehacientemente la posesión exclusiva del bien que pretenden adquirir y que realizaron los actos posesorios que en forma regular ejerce el dueño de la cosa y mientras esto no suceda, la insuficiencia probatoria gravita en su contra, debiéndose en consecuencia rechazar la acción...”.

4. Los apelantes presentan su memorial a fs. 438/39 que fue contestado por el Defensor Oficial a fs. 455/57.

5. A mi juicio no deben pasarse por alto en este juicio diversas consideraciones que resultan insoslayables. La primera, y quizá liminar, es que los pretensores a la usucapión no son terceros, ajenos a la relación real, que pretenden situarse como *poseedores animus domini* frente a quien goza de un *título de dominio del inmueble* es decir del derecho a poseer. En el presente caso se trata de condóminos que pretenden usucapir una parte indivisa perteneciente a otro condómino. Considero que en tal caso es menester tener en cuenta que cada uno de los condóminos goza de los derechos inherentes al dominio sobre la cosa común conforme lo establecen los arts. 2673 y sigtes., Cód. Civil.

De esto se colige una segunda consideración que tampoco puede ser pasada por alto: el condómino no es un poseedor a título precario, como lo es un usucapiente tercero, puesto que, por hipótesis, *posee como propietario* (art. 2676, Cód. Civil) y puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella (art. 2684). De tal modo los actos que habitualmente habilitan la prueba de la posesión para el usucapiente no son suficientes en el caso del condominio, si no se prueba que el condómino *ha excluido cualquier acto de posesión de los otros condóminos.* Sucede algo similar al caso del coheredero que pretende usucapir, como dueño exclusivo, un bien del acervo hereditario cuya posesión ostenta frente a sus coherederos. “Un sucesor, para prescribir frente a otros herederos, debe ejercer una posesión exclusiva y excluyente [*pro possesore*] sobre los bienes del sucesorio, no bastando para ello, la posesión legalmente deferida [*pro herede*] a que aluden los arts. 3410, 3412, 3414, 3418 y concordantes del Código Civil” (Medina, Graciela, en *Código Civil comentado*, ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 511).

En cuanto al condominio bien se ha explicado: “no puede hablarse de una posesión exclusiva y excluyente apta para fundar una usucapión, en el supuesto del copropietario que usara de la cosa común, pues en tal caso no hace más que ejercer facultades reconocidas por la ley (art. 2684, Cód. Civil), mientras no intente desconocer en forma indubitable –pública y manifiesta– los derechos de los restantes condóminos (art. 2458, Cód. Civil)” (ver Andorno, Luis, *La usucapión pretendida por un condómino,* JA, 1985-II-9). O, como lo ha resuelto la Sala E de este tribunal: a los fines de la usucapión, los actos de posesión exclusiva que ejerce el condómino sobre el inmueble común deben ser inequívocos, de modo que deba descartarse la hipótesis de un mero reparto en el uso” (Sala E, 13/5/96, primer voto del doctor Dupuis, LL, 1997-B-552, con nota de Cura Grassi, Domingo, *Prescripción adquisitiva. Posesión del condómino,* y cita de Borda, *Tratado. Derechos reales,* 5ª ed., t. I, n° 386. En igual sentido, Sala J, 24/9/2003, sentencia libre en autos: *“Guarnieri, Marta H. y otros, c./ Guarnieri, Gabriela).*

6. En el presente caso, la prueba rendida en modo alguno permite colegir que los actores, durante el plazo de la usucapión, hayan excluido al demandado, desconociendo su carácter de copropietario; la prueba rendida no hace sino avalar el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos emergentes del derecho de propiedad por parte de los condóminos actores con los alcances que establece la ley a su respecto. El pago de impuestos o servicios que podría en cierto contexto coadyuvar a la prueba del *animus domini* carece de virtualidad en este caso. En suma, lo único que se ha probado es que el demandado, condómino con los actores, falleció en el año 1990, pero este hecho, como lo destaca el Señor Juez *a quo* no demuestra que los actores hayan realizado actos posesorios excluyentes, inequívocos, que signifiquen una interversión del título.

7. Por todo lo expuesto, voto por confirmar la sentencia apelada. Si mi criterio es compartido, correspondería que las costas de esta instancia carguen sobre la parte actora por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los doctores *Posse Saguier* y *Galmarini* votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, mayo 28 de 2010

Y *Vistos*:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia cargarán sobre la parte actora por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC). Los honorarios profesionales serán regulados una vez definidos los de la instancia anterior. Notifíquese y devuélvase. – *Eduardo A. Zannoni. – Fernando Posse Saguier. – José L. Galmarini.*