TOMO XIX **-SENTENCIA-** T.S.J..-

REGISTRO Nº 645

FOLIO Nº 3721/3727

PROT. ELECT. TSS1 006 S.191

Río Gallegos, 30 de abril de 2019.-

Y VISTOS:

Los presentes autos caratulados: **"NIETO PABLA CANDELARIA c/ ROMERO GUSTAVO Y OTROS s/ REIVINDICACIÓN Y DAÑOS Y PERJUICIOS"**, Expte. Nº **N-28.636/10** (N-2139/16-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 530/540, por los Sres. Héctor Osvaldo Romero, por derecho propio, y Diego Martín Romero, por derecho propio y como curador definitivo del Sr. Horacio Alejandro Romero, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 513/523 vta., por cuanto confirmó el pronunciamiento dictado en Primera Instancia a fs. 431/436. Este último rechazó la excepción de falta de legitimación activa, hizo lugar a la defensa de prescripción adquisitiva de dominio y, en consecuencia, rechazó la demanda entablada por la Sra. Pabla Candelaria Nieto.-

El caso, en lo que aquí interesa, se presenta en los siguientes términos: la Sra. Pabla Candelaria Nieto (actualmente fallecida), invocando su carácter de cónyuge supérstite y administradora judicial de la sucesión intestada de Don Víctor Antonio Romero, promovió demanda de reivindicación con más daños y perjuicios contra los Sres. Gustavo Romero e Irma Saldivia y/o la/s personas que se consideraran con derecho al dominio del inmueble sito en Pasaje Ona Nº 750 de la Ciudad de Caleta Olivia (cfr. fs. 11/16 vta.). A fs. 55/66 los Sres. Walter Gustavo Romero e Irma Saldivia se presentaron e interpusieron excepción de falta de legitimación activa y defecto legal (en lo tocante al reclamo por daños y perjuicios); y subsidiariamente contestaron la demanda, solicitando su rechazo oponiendo como defensa la prescripción adquisitiva de dominio.-

II.- Que en su casación, los recurrentes plantean que ha existido quebrantamiento de forma y arbitrariedad en el fallo atacado (cfr. foja 530). En atención a estos motivos, solicitan se declare su nulidad y se reenvíen las actuaciones a la instancia de grado para que se dicte nueva sentencia (cfr. foja 530 vta.).-

Expresan que el recurso merece, a título de excepción, el tratamiento de este Alto Tribunal a pesar de fundamentarse la impugnación en cuestiones de hecho y prueba (cfr. foja 531 vta.).-

Añaden que el recurso tiene andamiento en: "...la falta de subsunción correcta de los hechos y el derecho aplicable, sobre la base de una interpretación incongruente con la sana crítica, que autorizan a tachar de arbitraria y absurda la pieza sentencial en embate." (cfr. foja 533).-

Consideran como apreciaciones absurdas de la Excma. Cámara de Apelaciones a las siguientes: que se genera una presunción a favor de la posesión con *animus* de dueños de los demandados por el hecho de la instalación de una línea telefónica el 22 de marzo de 1995 y que la posesión veinteañal se acreditó mucho más allá del año 1995, lo que habría quedado demostrado con la absolución de posiciones de la Sra. Pabla Candelaria Nieto en la que quedó confesa (cfr. foja cit.).-

También califican a la sentencia impugnada de arbitraria pues, según entienden, omite valorar en su justa medida los elementos de juicio conducentes para la resolución de la causa, al conferirles un sentido inequívocamente distinto (cfr. foja 534).-

Expresan que se ha afectado el debido proceso legal y trastocado elementales derechos y garantías constitucionales de los actores, mencionan a los artículos 16, 18, 19, 28, 32, 33 y concordantes de la Constitución Nacional y los artículos 8, 15, 17 y concordantes de la Constitución Provincial (cfr. foja 535).-

Consideran que ha existido un abierto apartamiento del marco de razonabilidad y discrecionalidad consagrado en el artículo 364 del CPC y C (cfr. foja cit.).-

Estiman que las pruebas colectadas carecen de aptitud para enervar: "...la pretensión reivindicatoria articulada por los accionantes sobre la base de la defensa usucapiva (sic)." (cfr. foja 536).-

Plantean que no se puede colegir la existencia del *animus domini* de los demandados por el hecho de que tenían en su poder el acta de notificación de la adjudicación, los recibos otorgados por la Municipalidad de Caleta Olivia, el título de propiedad y el plano de edificación (cfr. fs. 536/537 vta.).-

Afirman que los demandados: "...no han demostrado el ejercicio de un derecho real subyacente sobre el inmueble sobre la base de la constitución de un título (ya no sólo en sentido instrumental), por lo cual, no puede invocar una posesión legítima." (cfr. foja 537 vta.).-

Dicen que es de una gravedad manifiesta fundamentar la pretensión sobre un plazo acotado para usucapir, presumiendo la legitimidad y buena fe de la posesión de los demandados, cuando la misma no estaría configurada en autos;

y habrían sido los propios usucapientes quienes postularían su pretensión sobre razones contrarias a las sostenidas por los jueces de grado (cfr. fs. 537 vta./538).-

Añaden que se debe aplicar el artículo 1899 del CC y C en lo que respecta al plazo de la prescripción adquisitiva de dominio (cfr. foja 538).-

Aducen que no se puede hacer prevalecer la confesión ficta por sobre un conjunto de elementos que por su peso, extensión y concordancia demostrarían el derecho a reivindicar de los actores, en atención a la reforma introducida por la Ley Nº 3435 (art. 188) que derogó el artículo 395 del CPC y C (cfr. foja 538 y vta.).-

Afirman que tampoco la tenencia de recibos de servicios del inmueble resulta ser un elemento de peso. Plantean que: "...En el fallo en embate se confunde el pago de impuesto (sic) con los actos posesorios, pese a que es bien sabido que son dos cuestiones totalmente distintas. El pago de impuestos genera simplemente una presunción, que debe estar cotejada con otros medios probatorios indubitables, resultando insuficiente a este respecto únicamente la prueba testimonial." (cfr. foja 538 vta.).-

Expresan que la Sra. Saldivia, en su condición de demandada, denunció un domicilio distinto al sito en Pasaje Ona Nº 750/754 por lo que infiere que no existió por parte de la nombrada *corpus* sobre el bien inmueble por el plazo veinteañal que requiere la norma. Asimismo manifiesta que: "...si habita el inmueble en forma 'transitoria', como lo ha constatado el auxiliar de justicia, por la regla de la intervención no puede a la postre alegar el animus domini (art. 1915 CCyCN)." (cfr. foja 539).-

Señalan que los demandados no han podido acreditar un solo acto posesorio sobre el inmueble, como tampoco la fecha exacta de ingreso a la posesión con *animus domini* (cfr. foja 539 y vta.).-

A fs. 542/543, la Excma. Cámara de Apelaciones declaró formalmente admisible el recurso de casación intentado.-

A foja 563 y vta. se declara bien concedido el recurso de casación por este Tribunal Superior de Justicia, poniéndose los autos a dispocisión de las partes conforme lo dispuesto en el artículo 8 del Libro I, Titulo IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-. Ambas partes presentaron el memorial, los actores a fs. 567/568 y los demandados a fs. 569/578 (cfr. certificación de foja 580).-

A fs. 581/584 dictamina el Sr. Agente Fiscal ante este Alto Cuerpo, quien por los motivos que allí expone y a los cuales nos remitimos *brevitatis causae*, señala: "…Lo hasta aquí expuesto me lleva a concluir que no debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto." (cfr. foja 584).-

A foja 586 se llaman autos para dictar sentencia y a foja 587 pasan los presentes a estudio.-

III.- Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria provincial articulada, ésta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo previsto en los artículos 2 y 3 inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15- por cuanto fundamentan su recurso en el quebrantamiento de forma y en la violación de la ley y arbitrariedad (cfr. fs. 530/535 vta.).-

Con carácter previo a ingresar en el análisis de los agravios de los recurrentes es menester determinar cuál es la legislación de fondo aplicable al *sub lite* en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Teniendo en miras que la cuestión esencial a dilucidar es la normativa que regulará los requisitos de procedencia de la acción real de reivindicación y lo tocante a la defensa por prescripción adquisitiva de dominio. Es oportuno hacer una digresión aquí y señalar que el rechazo del reclamo de daños y perjuicios de parte de la sentencia de Primera Instancia ha quedado firme pues la parte actora no se agravió de tal cuestión (cfr. fs. 431/436 y fs. 477/482 vta.).-

Las normas jurídicas tienen una vigencia limitada en el tiempo. Las mismas regulan hechos, situaciones y relaciones jurídicas que tienen una ubicación temporal. En función a las particularidades del caso se debe determinar la legislación que las disciplinará. En el caso bajo estudio el momento crítico a tener en cuenta es la fecha de interposición de la acción de reivindicación: 4 de febrero de 2010 (cfr. foja 16 vta.), pues la legislación vigente en aquel momento será la encargada de determinar los requisitos de fondo para la procedencia de la acción *sub examine* y si ya había transcurrido el plazo para usucapir. En dicha época se encontraba en vigor el derogado Código Civil. Recién el 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. art. 7 de la Ley Nº 26.994 y modificatorias).-

Lo tocante a la aplicación de la ley en relación al tiempo lo resuelve el artículo 7 del Código Civil y Comercial, el que dispone que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.".-

En atención al texto trascripto se sigue que las leyes, en principio, sólo operan hacia el futuro y que no tienen efecto retroactivo (cfr. art. 7 CC y C)

(cfr. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título Preliminar y Libro Primero, Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Directores), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, págs. 25/27), por lo tanto la legislación de fondo para resolver es el derogado Código Civil, vigente el 4 de febrero de 2010.-

Esta solución también es abonada por los dichos de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien nos ilustra: "La aplicación judicial de la parte correspondiente a los derechos reales no ha presentado problemas serios pues, como bien se ha señalado, no existen diferencias profundas entre el viejo y nuevo ordenamiento...Bono es el autor que, en mi opinión, hasta el momento, ha desarrollado el tema con mayor prolijidad. Distingue entre: (i) derechos reales cuya causa de adquisición se produjo antes de la entrada en vigencia del CCyC, y (ii) derechos reales que, dado que su ocurrencia requiere cierta prolongación en el tiempo, la causa ha iniciado antes del 1° de agosto de 2015 y ha concluido después de esa fecha. En lo que aquí interesa, para los primeros, que son cuantitativamente los más numerosos, sostiene que, mientras la constitución se rige por la ley vieja, el contenido y el ejercicio en las situaciones no consolidadas, a partir del 1° de agosto de 2015, se regulan por el CCyC...Usucapión. a) Los plazos. Las soluciones que propuse en torno a la aplicación de los nuevos plazos han recibido en general, apoyo doctrinal. Coincidentemente, desde la jurisprudencia se ha decidido que 'si los hechos que se invocan para la adquisición del dominio acaecieron antes de la entrada en vigencia del CCyC corresponde aplicar el régimen legal anterior', sin perjuicio de advertir que, 'aun cuando se adoptara una postura distinta en relación a la aplicación de la ley en el tiempo, la solución no variaría, habida cuenta de los principios contemplados en los artículos 1891, 1899, 1909, 1911, 1939 y concordantes del nuevo ordenamiento legal.' (CNCiv, sala L, 12-11-2015, el Dial. com - AA9496, del 22-2-2016; conf. CCCom. de Gualeguaychú, 4-2-2016, expte. 5028/C; CCCom de Dolores, 22-10-2015, RC 6809/15.)" (cfr. aut. cit. "La aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, págs. 247/248).-

Entonces, en lo relativo al derecho a poseer que pretende tener la parte actora se debe aplicar el Código Civil derogado y lo mismo cabe para la defensa por prescripción adquisitiva de dominio que invocan los demandados, pues el momento jurídicamente relevante es la fecha de interposición de la demanda.-

En consecuencia, sirviéndonos de las pautas apuntadas es que se resolverá el *sub lite*.-

Al ingresar al análisis de los agravios, se debe afirmar que no puede prosperar la denuncia de arbitrariedad efectuada, toda vez que no se observa en el pronunciamiento atacado un apartamiento ostensible de la solución jurídica previs-

ta para el caso o que adolezca de una decisiva ausencia de fundamentación (TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XIV, Reg. 490, Folio 2671/2677). Recuérdese que es tesis de este Tribunal Superior de Justicia que: "'...La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad excepcional en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación…' (confr. T.S.J. Santa Cruz, Tomo III, Interlocutorio, Reg. 282, Folio 457/458; ídem, Tomo VI, Interlocutorio, Reg. 881, Folio 1022/1025, entre varios)." (cfr. Sentencia, Tomo XIII, Reg. 446, Folio 2431/2439).-

Es que la cuestión medular que traen los recurrentes a decisión de este Alto Cuerpo radica en la determinación de si los demandados se hallaban en condiciones de adquirir el bien objeto de reivindicación mediante prescripción adquisitiva de dominio y si, por lo tanto, tal defensa era procedente.-

Los recurrentes critican a la Excma. Cámara de Apelaciones porque entienden que valoraron arbitrariamente las constancias probatorias al concluir que los demandados habían acreditado la posesión veinteañal del inmueble de marras. Sin embargo, de la lectura del resolutorio atacado y de las constancias de autos, se advierte que este no es el caso; y que la Alzada ha dado fundamentos coherentes, lógicos y logrado una correcta subsunción de los hechos en el derecho aplicable.-

Correctamente, la Excma Cámara de Apelaciones entendió que: "Los instrumentos acompañados por la demandada como el acta de notificación de la adjudicación en venta de lotes urbanos, fs. 30; los recibos otorgados por la Municipalidad de Caleta Olivia, fs. 32; título de propiedad, fs. 33/34 y el plano de edificación del Estudio Técnico de Lorenzo N. Juárez, fs. 35, todos ellos originales, generan una presunción a favor de la posesión con animus de dueño de los demandados, la no negación de la autenticidad podrá no tener efectos pero el hecho de que se encuentre en posesión de los demandados tiene el efecto reconocido por la Jueza…los argumentos acerca de que puede ser por una situación de familiaridad y confianza entre los hermanos fallecidos, jamás fue probado..." (cfr. foja 521).-

En el contexto del material probatorio colectado en autos estima que: "...si bien es cierto que instalar una línea telefónica es un acto que cualquier persona que ocupe legalmente un inmueble, como comodatario o locatario, puede realizar, esta fue instalada el 22/03/95 lo que me permite interpretarla, junto a las demás pruebas mencionadas por la Jueza, como un acto posesorio más que indica el ánimo de acceder al dominio del bien." (cfr. foja cit.).-

En cuanto a la extensión temporal de la posesión, la Alzada acertadamente expresó que: "...la posesión veinteñal (sic) se acreditó mucho más allá

del año 1995 a lo largo de los presentes autos, lo que ha quedado demostrado con la absolución de posiciones, en la que Pabla Candelaria Nieto, quedó confesa, por no concurrir a la audiencia fijada para el 18 de noviembre de 2010 de la que había sido debidamente notificada sin justificar su inasistencia por cuestiones de salud y evitar la aplicación del apercibimiento del art. 395 del CPCC.; ciertamente esta confesión ficta, cobra valor probatorio por la ausencia de prueba eficaz y por la documental acompañada que prueba que desde 1974 Miguel Nicolás Romero había poseído el inmueble y si bien los actores afirman haber pagado el impuesto inmobiliario desde la muerte de Antonio Víctor Romero, ocurrida el 14 de junio de 2003, los demandados son los que tienen en su poder los recibos pagados hasta el 2009." (cfr. fs. 521 vta./ 522). El pliego de absolución de posiciones a tenor del cual debía declarar la Sra. Pabla Candelaria Nieto se encuentra agregado a fs. 430 y vta..-

También pondera que los testigos Rodolfo Eduardo Quinteros y Nicolás Cesar Herrera dan cuenta que el Sr. Miguel Nicolás Romero hace más de 30 años que comenzó a vivir en la propiedad sita en Pasaje Ona Nº 750/754 (cfr. foja 522).-

En efecto, el Sr. Rodolfo Eduardo Quintero testificó que el Sr. Miguel Nicolás Romero vivió en el inmueble sito en Pasaje Ona Nº 750/754 de Caleta Olivia desde 1984 hasta su fallecimiento. También aseguró que el Sr. Miguel Nicolás Romero realizaba todos los actos de mantenimiento y conservación para mantener el inmueble en condiciones; que efectuó las conexiones de video cable y todas las demás (aunque no puede afirmar lo mismo respecto de la de gas porque lo desconoce); y que Miguel Romero era quien abonaba los servicios de electricidad, gas, inmobiliario y video cable del inmueble. Afirma que al momento de prestar su declaración, el 19 de noviembre de 2010, el Sr. Gustavo Romero e Irma Saldivia ocupaban la vivienda (cfr. fs. 175/176 vta.).-

A su turno, Nicolás Cesar Herrera, en su declaración testimonial, refiere que conocía al Sr. Miguel Nicolás Romero desde 1969 y desde dicha fecha tenía la casa de Pasaje Ona Nº 750/754; que él la construyó; y que él abonaba los servicios de la vivienda. También expresa que al momento de la declaración, 19 de noviembre de 2010, ocupaban el inmueble la Sra. Irma Saldivia y Gustavo Romero (cfr. foja 177 y vta.).-

La Sra. María Eduvijes Vargas Rivera testificó que el Sr. Miguel Nicolás Romero vivió en el domicilio de marras desde 1960 hasta su muerte; y que él mantuvo la casa pagando los impuestos, luz, gas y video (cfr. foja 184 y vta.).-

El Sr. Ernesto de Jesús Sánchez también dice que el Sr. Miguel Romero vivió en el inmueble desde 1970 hasta que falleció, que él siempre mantuvo la casa y que solventó todo lo referente a ella. También estima que los propietarios de

la vivienda son Doña Irma y su hijo pues son quienes viven allí y pagan los gastos de la vivienda (cfr. foja 185 y vta.).-

A su turno, la Sra. Encarnación Quintana expresa que el Sr. Miguel Nicolás Romero vivió en el inmueble desde 1962. También afirma que a la fecha de la declaración quienes pagan los servicios de electricidad, gas, inmobiliario, cable, deben ser la viuda del nombrado y su hijo (cfr. foja 187 y vta.).-

El Sr. Miguel Nicolás Romero falleció el 4 de abril de 2008 (cfr. fotocopia legalizada de certificado de defunción agregada a foja 28 y vta.).-

Sobre la ponderación de la prueba testimonial vinculada con la acreditación de los actos posesorios necesarios para usucapir se ha dicho: "Las pruebas en el juicio de prescripción adquisitiva no deben analizarse de manera individual, sino que deben ser meditadas en su inseguridad y con visión de conjunto, sin que quepa despreciar el examen de la prueba testimonial, ya que, tratándose de comprobar hechos y actos posesorios, adquiere singular relevancia, en conexión con los demás elementos probatorios. (CCiv. y Com. Santa Fe, Sala I, 21/6/95, Cantero, Jorge R. c/ Propietarios desconocidos, JA, 1997-I, síntesis)." (Norma Antuña -Directora-: Prescripción liberatoria y adquisitiva o usucapión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pág. 980). Afirmaciones extrapolables, *mutatis mutandis*, al *sub lite*.-

Tampoco puede prosperar el planteo del alegado absurdo porque la Sra. Saldivia tendría un domicilio distinto al de Pasaje Ona Nº 750/754 de Caleta Olivia al momento de la contestación de la demanda (cfr. foja 55) y al tiempo de la absolución de posiciones (cfr. foja 173), pues tal hecho es irrelevante ya que la prescripción adquisitiva de dominio ya había acaecido con anterioridad a la producción de tales actos procesales por lo que la defensa en tal sentido es totalmente atendible. Asimismo, es dable mencionar que el acta de inspección ocular no certifica que la Sra. Irma Saldivia habite el inmueble en forma transitoria como se afirma en la casación (cfr. fs. 301 y 539). Por otro lado, la Sra. Saldivia sucede -como ya se indicó- a Miguel Nicolás Romero en la posesión a título universal del inmueble objeto de la reivindicación.-

Entonces, en atención a las pruebas colectadas en autos debe tenerse por acreditado que el Sr. Miguel Nicolás Romero tuvo la posesión *animus domini*, pacífica, continua e ininterrumpida del inmueble que se pretende reivindicar (cfr. arts. 2351, 2479, 4015, 4016 y cctes. del CC. Ver sobre esta cuestión SMAYEVS- KY, Miriam y PENNA, Marcela, Usucapión, La Ley Buenos Aires, 2007, págs. 135/ 144). Asimismo debe afirmarse que luego de aquél continúa con tal posesión su esposa, Sra. Irma Saldivia (tal como se acredita con certificado de matrimonio de foja 29), en su carácter de sucesora universal de aquél (cfr. arts. 3417, 3418, 3570, 3571, 3572 y cctes.; y nota del art. 4005 del CC).-

En lo relativo a la aplicación del derogado artículo 395 del CPC y C y la confesión ficta de la extinta Sra. Pabla Candelaria Nieto, se debe señalar que tanto la audiencia de absolución de posiciones (a la que no concurrió la actora Sra. Pabla Candelaria Nieto y por lo que la Excma. Cámara de Apelaciones la tuvo confesa), del 18 de noviembre de 2010 (cfr. fs. 88, 138 y vta. y 174), como la sentencia de Primera Instancia, del 14 de octubre de 2014 (cfr. fs. 431/436), y las apelaciones del 30 y 31 de octubre de 2014 (cfr. fs. 445 y 446) son actos procesales anteriores a la vigencia del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz modificado por Ley Nº 3453 -Decreto Nº 2228/15- que entró en vigor a los 90 días del 1º de abril de 2016 (cfr. prórroga dispuesta por Resolución TSJ, Tomo CCXIX, Reg. 68, Folio 120 y cfr. art. 803 del CPC y C). Sólo la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones es posterior a esta fecha.-

El anterior artículo 395 del CPC y C establecía: "Confesión Ficta. Si el citado no compareciere a declarar dentro de la media hora de la fijada para la audiencia, o si habiendo comparecido rehusare responder o respondiere de una manera evasiva, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado.".-

En otras palabras, según el sistema del anterior Código Procesal si el absolvente no comparecía a la audiencia de absolución de posiciones el Juez al sentenciar lo debía tener, en principio, por confeso. Esta norma fue aplicada por el Juez de Primera de Instancia y también por la Excma. Cámara de Apelaciones. Estimamos que tal solución fue la correcta en atención a lo prescripto en el segundo párrafo del artículo 803 del CPC y C, que regula la vigencia temporal de las normas procesales, a saber: "Vigencia temporal. Las modificaciones a la Ley 1418 (Código Procesal Civil y Comercial) entrarán en vigor el día 01 de abril del 2016, plazo que podrá ser prorrogado hasta noventa (90) días por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. Serán aplicables a todos los juicios que se iniciaren a partir de esa fecha. Se aplicarán también a los juicios pendientes, con excepción de los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución, los cuales se regirán por las disposiciones hasta entonces aplicables." (incorporado por Ley Nº 3453).-

Quitarle trascendencia a la confesión ficta acaecida implicaría afectar la eficacia de actos procesales cumplidos bajo el imperio del derogado artículo 395 del CPC y C y, en consecuencia, vulnerar el principio de preclusión respecto de una etapa agotada el momento de dictarse sentencia: el período probatorio. Si aquél fuera el caso se cambiaría la posición relativa de las partes en el proceso por un hecho

ajeno a las mismas: la sanción de las modificaciones del Código Procesal. Esta circunstancia además comprometería la garantía constitucional de propiedad (art. 17 CN) y de defensa en juicio (art. 18 CN).-

En apoyo de la solución propuesta es oportuno transcribir la postura de Palacio: "La determinación del régimen intertemporal de las leyes procesales constituye una materia reservada, como regla, al arbitrio legislativo (...) Los procesos en trámite, finalmente, pueden ser alcanzados por la ley nueva, la cual es de aplicación inmediata siempre que ello no importe afectar la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior. La excepción se justifica cuando tales actos se hallan amparados por el principio de preclusión, al que prestan respaldo, en nuestro ordenamiento jurídico, las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio." (cfr. Lino Enrique Palacio, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, T. I, págs. 47/50). En la misma línea de pensamiento, Alsina nos ilustra: "En cuanto a las leyes de procedimiento propiamente dichas, o sea las que regulan la substanciación de los juicios, hay que hacer un nuevo distingo. Los actos cumplidos hasta el momento en que la ley entra en vigencia, permanecen inalterados: la ley no puede tener efecto retroactivo para destruir actos procesales definitivamente ejecutados." (cfr. Hugo Alsina, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil, Ediar, Buenos Aires, 1963, T. I, pág. 69).-

También abona la solución propuesta lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "Previo a resolver la cuestión traída a debate debo resaltar que tanto el vencimiento de plazo de caducidad como el concreto pedido en ese sentido hecho por la demandada…no así el pronunciamiento de primera instancia…se produjeron con anterioridad a la vigencia de la nueva legislación, y bajo ese cuadro normativo debe juzgarse la problematica en cuestión. [...] En consecuencia habiéndose desarrollado el debate bajo el marco de normas anteriores a la sanción de la ley 12.357, no corresponde la aplicación del nuevo art. 315 del Código Procesal Civil y Comercial tal como lo peticiona el recurrente, por lo que corresponde rechazar el recurso traído (conf. art. 289 del C.P.C.C.)." (cfr. SCBA, causa Ac. 86.454, "Municipalidad de Lomas de Zamora c/ Ebonova S.A.Q.M.I. Apremio", del 15 de marzo de 2006). Afirmaciones extrapolables, *mutatis mutandis*, al *sub lite*.-

Sin perjuicio de lo expuesto, en el Código de rito vigente también se prevé la confesión ficta. Razón por lo cual la parte que no comparezca a la audiencia de prueba confesional se lo tendrá por reconocido de los hechos afirmados por la contraria. Véase al respecto el CPC y C: "Art 382.- Oportunidad. Citación. En la oportunidad establecida para el ofrecimiento de prueba, cada parte podrá exigir que la contraria o quien tuviera en el pleito un interés jurídico distinto del propio, sea interrogada en la audiencia de prueba sobre las cuestiones controvertidas. La citación se

hará bajo apercibimiento de tenerse por reconocidos los hechos afirmados por la contraria, en caso de incomparecencia injustificada..."; y "Art. 387.- Forma de la citación. El que deba declarar será citado por cédula, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa será tenido por confeso en los términos del Artículo 391…". Es decir que aún si por hipótesis se hubiese aplicado el nuevo Código Procesal la solución hubiese sido la misma.-

Por los motivos expuestos, debemos concluir a este respecto, que fue adecuada la decisión de la Excma. Cámara de Apelaciones de tener por confesa a la actora, la difunta Sra. Pabla Candelaria Nieto, y de valorar tal circunstancia dentro del cuadro probatorio obrante en los autos de referencia.-

Así las cosas, vemos que la solución brindada por la Alzada para resolver el fondo de la cuestión ha sido acertada. Los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones explican cuáles son las pruebas que entienden conducentes a la resolución del conflicto, como el grado de convencimiento que aquellas han logrado producir, sin que dicho tribunal deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra, razón por la cual el agravio al respecto, no puede prosperar.-

En esta inteligencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, específicamente en un proceso de usucapión, ha concluido que: "…la selección de pruebas y la atribución de la jerarquía que les corresponde (que admite la posibilidad de inclinarse por algunas descartando otras) es facultad privativa de los jueces de grado, y no constituye supuesto de absurdo en sí mismo el ejercicio de la facultad legal de los tribunales de las instancias de mérito para seleccionar el material probatorio y dar preeminencia a unas pruebas respecto de otras, así como para apreciar la idoneidad de los testigos (conf. doct. C. 103.053, sent. del 15-IV-2009; C. 97.794, sent. del 3-XI-2010; C. 108.319, sent. del 16-V-2012)." (cfr. SCBA, "Altomari, Marta Elba y otro c/ Viñas, María Elena y otros s/ Usucapión", del 9 octubre de 2013). Por otra parte, ha señalado: "Esta Corte tiene dicho que determinar si el usucapiente justificó o no la posesión, mediante la existencia o no de actos posesorios que pudieran asumir el significado necesario para sostener la adquisición por prescripción -tal como se controvierte en el presente caso- constituye una típica cuestión de hecho, sólo revisable en casación si en el ataque se evidencia que la sentencia ha incurrido en valoración absurda de la prueba o ha transgredido las reglas que disciplinan el régimen de ésta (art. 384, C.P.C.C.; conf. Ac. 38.874, sent. del 1-III-1988; Ac. 55.635, sent. del 9-V-1995; Ac. 59.057, sent. del 10-VI-1997; C. 90.284, sent. del 12-XII-2007; C. 97.486, sent. del 15-IV-2009; C. 98.866, sent. del 11-XI-2009)." (cfr. SCBA, causa C. 119.916, "Club Sirio Libanés c/ Ciganda, Héctor y Otra. Prescripción adquisitiva vicenal-usucapión", del 31 de mayo de 2017). Circunstancias es-

tas últimas que no se presentan en el caso *sub examine*.-

Desde otro cuadrante, tampoco es atendible el pretenso agravio vinculado con que hubiese correspondido la aplicación del plazo de prescripción largo -20 años-, haciendo referencia al artículo 1899 del CC y C (cfr. foja 538). Pues es precisamente este lapso el que tuvo en cuenta la Alzada para resolver (cfr. fs. 521 vta. y 522). Específicamente la Excma. Cámara de Apelaciones concluyó que: "...la posesión veinteñal (sic) se acreditó mucho más allá del año 1995 a lo largo de los presentes autos..." (cfr. fs. 521 vta.). Por lo tanto no existe gravamen sobre tal cuestión, pues en definitiva se tiene en consideración para subsumir al caso, la exigencia de los veinte años de posesión ininterrumpida, requisito idéntico exigido tanto por el artículo 4016 del CC como por el actual artículo 1899 del CC y C.-

Sobre este tema se ha dicho: "Hemos advertido que para que los recursos tengan cabida debe invocarse un vicio de la sentencia que, a su vez, cause un agravio al impugnante (véase nº 14), ya que de no darse esta situación carecería de sentido el ataque, pues se estaría actuando en el solo interés de la ley, o para satisfacer pruritos formales, o por vocación ateneísta o académica, por lo que el embate se tornaría insustancial. El vicio del decisorio se erige en el antecedente de los recursos ya que, en definitiva, a través de éstos se pretende enmendar a aquél y todo ello con evidente finalidad de evitar el agravio al litigante. Tenemos entonces a nuestra consideración esta trilogía: vicio (error o defecto), agravio y recurso, de cuyo ligamen y correlación nos ocuparemos a partir de ahora. El primero es antecedente del segundo y, a su vez, éste es la antesala del último." (cfr. Juan Carlos Hitters: Técnica de los recursos ordinarios, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, pág. 59).-

En definitiva, al no existir gravamen para los recurrentes es inatendible el planteo, pues aquel es un requisito liminar de todo recurso, incluido el de casación (cfr. art. 4 inc. a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-).-

Además, como ya indicamos al analizar la legislación aplicable al *sub lite*, la disposición que regula la cuestión es el artículo 4016 del CC en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del CC y C.-

En cuanto a la alegada afectación de elementales derechos y garantías constitucionales de los actores (arts. 16, 18, 19, 28, 32, 33 y cctes. de la Constitución Nacional y arts. 8, 15, 17 y cctes. de la Constitución Provincial), se advierte que los recurrentes se circunscriben a invocarlo sin realizar una relación concreta al caso de autos con la debida fundamentación. Es que la sola mención de normas, garantías o principios constitucionales sin hacer referencia de su aplicación concreta en el caso y sin explicar de qué manera se habrían vulnerado no constituyen ba-

se idónea de agravio (cfr. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XVIII, Reg. 601, Folio 3444/3452 y Reg. 613, Folio 3522/3530).-

En atención a lo expuesto, se advierte que el Tribunal de grado ha valorado las constancias probatorias obrantes en autos conforme a las reglas de la sana crítica (cfr. art. 364 CPC y C). En consecuencia, deben tenerse por acreditados los extremos que hacen viable la defensa de prescripción adquisitiva de dominio deducida y confirmarse la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones (cfr. arts. 3948, 3962, 4015, 4016 y cctes. del CC).-

IV.- Por lo tanto, corresponde rechazar el recurso extraordinario provincial de casación interpuesto por los Sres. Héctor Osvaldo Romero, por derecho propio, y Diego Martín Romero, por derecho propio y como curador definitivo del Sr. Horacio Alejandro Romero a fs. 530/540, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 513/523 vta., con costas a los recurrentes vencidos en virtud de lo establecido por el artículo 68 del CPC y C. -

Por todo lo expuesto, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación interpuesto por los Sres. Héctor Osvaldo Romero, por derecho propio, y Diego Martín Romero, por derecho propio y como curador definitivo del Sr. Horacio Alejandro Romero a fs. 530/540, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 513/523 vta..-

2º) Imponer las costas a los recurrentes vencidos (cfr. art. 68 del CPC y C).-

3º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvanse.-

PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS
Presidente
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ENRIQUE OSVALDO PERETTI
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

ALICIA DE LOS ÁNGELES MERCAU
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

RENEÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia