

Partes: Pérez Jorge Alberto S/ **fijación y cobro de canon locativo**

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro

Sala/Juzgado: Segunda

Fecha: 5 -jun-2012

Se hizo lugar a la demanda y se condenó a la ex concubina del actor a pagarle un canon mensual en concepto de indemnización por no poder el actor usar el inmueble del que era usufructuario, pues si bien la demandada era la nuda propietaria, y el actor se había retirado del mismo al término de su relación sentimental, el usufructo continuó vigente y la falta de uso y goce debe ser indemnizada.

Sumario:

1.-Corresponde hacer lugar a la demanda y condenar a la demandada a pagar un canon locativo a la actora, pues si bien aquella es la nuda propietaria del inmueble, el actor es el usufructuario, y al haber aquella cambiado la cerradura y no poder el actor gozar del uso del inmueble y de sus frutos, es procedente la condena al pago de un cánon locativo como indemnización de ese daño patrimonial, pues la concubina del usufructuario -que lo fue la demandada de la actora- no es poseedora sino tenedora, y aunque nuda propietaria del inmueble en que ambos habitaban, permaneció en el mismo por tolerancia del usufructuario (art. 2352 CCiv.), quien se alejó del inmueble por problemas sentimentales, y no con el ánimo o propósito de renunciar a la posesión en relación a su derecho de usufructo.

2.-No hubo expreso desconocimiento del derecho que asiste al actor, ni se han exteriorizado actos con entidad suficiente que determinen la pérdida de la posesión, sino más bien y, en todo caso, lo que pudo generar una ruptura entre concubinos, por lo que el mero alejamiento del actor respecto del inmueble en que vivía con su pareja, no justifica por sí sólo que haya debido accionarse por acción petitoria o reivindicatoria.

3.-El usufructo perfecto es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia (arts. 2807 y 2808 del CCiv.), debiendo conservarla para su devolución al dueño una vez acabado el usufructo (art. 2810 del cit. cód.), este derecho se ejerce a través de la posesión de la cosa por parte del usufructuario, quien obtiene de tal modo un beneficio sin intermediario alguno ni participación del dueño.

4.-De las desmembraciones del dominio, el usufructo es la mayor o más extensa pues comprende el uso y también la habitación, y además le permite al usufructuario la percepción de los frutos que la cosa da con la sola limitación de no alterar su sustancia, esto último no sólo porque así lo dispone el art. 2807 del CCiv., sino también porque de lo contrario se le estaría concediendo al usufructuario el derecho de disponer de la cosa (ius abutendi), lo que sería incompatible con el derecho del nudo propietario, porque es él, precisamente, el único titular del ius abutendi.

5.-Aún cuando al contestarse la demanda no se argumentó para nada que al actor jamás se le hubiera hecho tradición del inmueble -con lo cual bastaría con el ello para rechazar el agravio-, la conclusión contraria a tal argumento emerge por cuanto la demandada ha admitido que el actor vivió varios años en el inmueble, habiendo también reconocido por carta documento que la pérdida de la posesión -lo que significa que el actor sí la tuvo- se había originado por exclusiva voluntad del actor, quien había abandonado el hogar.

6.-La apelante no demuestra que el actor, pese a haber residido durante varios años en el inmueble, no hubiera nunca con ello tomado posesión del usufructo, y que ella, a su vez, le hubiera excluido de tal derecho.

7.-La posesión se retiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro, juzgándose que continúa dicha voluntad mientras no se haya manifestado una voluntad contraria (art. 2445 CCiv.), y es perdida, entre otras cosas, por el abandono voluntario con intención

de no poseer en adelante, desposesión, e interversión del título (arts. 2451 a 2459 CCiv.).

8.-La interversión del título exige condiciones rigurosas, supone una pugna efectiva que implique impedir realmente el ejercicio de las facultades que asisten al titular del derecho; deberán ejecutarse actos de contradicción o de naturaleza material: expulsión u oposición al ingreso del inmueble.

9.-Si bien el actor intimó por carta documento a la demandada a que le restituya el usufructo -ya que se le había privado del ejercicio del mismo por haberse cambiado la cerradura del inmueble y tomado la posesión sin derecho, privándosele de ingresar a la casa-, de allí no puede necesariamente interpretarse que mediara contradicción y que la única acción que pudiera después intentar el actor fuese la reivindicatoria (arg. art. 331 del CPCC).

10.-Constituye una cuestión de hecho aplicar a un caso dado la doctrina de los propios actos, ésta, aunque de innegable importancia, no es una regla absoluta, y constituye un principio general del derecho a aplicar por los jueces en consonancia con la realidad del caso, sobre todo en la especie, en que fue la propia demandada quien respondió -también por carta documento- que rechazaba aquellos términos y que la pérdida de la posesión se había originado por la conducta del actor, quien había abandonado voluntariamente el hogar.

11.-Contrariamente a lo afirmado en el recurso que se analiza, al contestar la demanda la ahora apelante admitió tener un dominio imperfecto sobre el inmueble porque existía un usufructo a favor del actor; añadiendo que se oponía a pagar un canon locativo porque ella era la nuda propietaria del bien (por lo que fue ella misma quien así se tituló); y que el actor lo único que podía reclamar era el usufructo que le pertenecía pero por una vía procesal diferente a la intentada porque se había ido del inmueble y por ende abandonado la posesión.

12.-El abandono de la posesión debe ir acompañado de actos efectivos en dicho sentido, es decir, debe ser expreso, puesto que en caso de duda, el abandono no se presume, como tampoco se presume la voluntad de renunciar, según lo

dispone el art. 874 del CCiv. Para que medie abandono en los términos del art. 2454 del CCiv. es menester un desprendimiento material de la posesión con intención de ya no

ejercerla; exigiéndose una manifestación de voluntad clara y categórica, debiéndose la interpretar restrictivamente y en función del tiempo transcurrido; no configurándose por el simple alejamiento del bien, como cuando en el caso, uno de los integrantes de la pareja decide marcharse, justificándose ello, no porque se quiera renunciar a la posesión o al usufructo, sino porque la conflictiva convivencia entre las partes se torna insostenible para seguir habitando juntos el mismo inmueble.

13.-No es razonable considerar que la tradición de la cosa al usufructuario se hubiera producido -solamente- de haber sido la nuda propietaria quien se marchara del inmueble, ni que el actor dejara que la propiedad la ocupara un tercero cualquiera.

14.-El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no pruebe lo contrario (art. 2353 CCiv.), el poseedor o tenedor no puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión o tenencia: su voluntad se halla subordinada a la voluntad abstracta que le impone su título, salvo el caso de interversión (art. 2353 del CCiv.), ésta no puede tener lugar por un acto de propia y exclusiva voluntad, sino que ha de exteriorizarse por actos que no dejen lugar a dudas, revelando claramente su propósito (art. 2458).

15.-No hubo expreso desconocimiento del derecho que asiste al actor, ni se han exteriorizado actos con entidad suficiente que determinen la pérdida de la posesión, sino más bien y, en todo caso, lo que pudo generar una ruptura entre concubinos, por lo que el mero alejamiento del actor respecto del inmueble en que vivía con su pareja, no justifica por sí sólo que haya debido accionarse por acción petitoria o reivindicatoria.

16.-No es poseedora sino tenedora, la concubina del usufructuario que, aunque nuda propietaria del inmueble en que ambos habitaban, permanece en el mismo por tolerancia del usufructuario (art. 2352 CCiv.), quien se alejó del inmueble por problemas sentimentales, y no con el ánimo o propósito de renunciar a la posesión en relación a su derecho de usufructo.

17.-La consolidación del dominio en cabeza del nudo propietario sólo se produce en las circunstancias taxativamente previstas en los arts. 2918 , 2921 , 2924 , 2926 y 2928 a 2931 del CCiv., por ello, no se extingue el usufructo por el hecho de que el nudo propietario haya sido llamado por el usufructuario a habitar con él la finca objeto del usufructo, ni porque haya realizado en ésta algunas construcciones, sin que importe que lo hiciera con o sin la conformidad del usufructuario.

18.-Si bien en el caso no existe comunidad hereditaria indivisa, ni condominio, ni disolución de sociedad conyugal -en que por el uso exclusivo del bien común por parte de un coheredero, condómino o cónyuge, se prive al restante del goce o aprovechamiento de la parte que le corresponde (y por eso se fija un canon locativo)-, lo cierto es que como se dijo en la demanda, el usufructuario, al no poder ejercer su derecho sobre la cosa, sufre un daño patrimonial, ya que no puede usar ni gozar del inmueble, ni rentarlo, ni obtener frutos del mismo, lo que implica que el canon locativo constituya el parámetro de la indemnización al daño reclamado.

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los. días del mes de junio de dos mil doce, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores MARIA CARMEN CABRERA DE CARRANZA y ROGER ANDRE BIALADE, para dictar sentencia en el juicio: "PEREZ JORGE ALBERTO C/ CHAVEZ STELLA MARIS NOEMI S/ FIJACION Y COBRO DE CANON LOCATIVO" causa nº SI-21344-2009; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código

Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Bialade y Cabrera de Carranza, resolviéndose plantear y votar

la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es justa la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A la cuestión planteada el señor Juez doctor Bialade, dijo:

l) La sentencia de fs. 252/256 hizo lugar a la demanda promovida por Jorge Alberto Pérez contra Stella Maris Noemí Chaves, a quien condenó a pagar la suma de \$2.800 mensuales desde el día 2.12.2009 y hasta tanto dure la exclusiva ocupación del inmueble por parte de la demandada; ello con más intereses y costas. Además rechazó el pedido de temeridad y malicia formulado por la parte demandada.

Para así decidir, el Juez de Primera Instancia consideró que no había controversia entre las partes acerca de que el actor revestía la condición de usufructuario del inmueble sito en la calle Rosario nº 2139 de la localidad de Del Viso (Ptdo.de Pilar), así como que aquél ya no habitaba el inmueble; mientras que la demandada, quien sí lo ocupaba, revestía la condición de nuda propietaria, negándose por eso a pagar un canon locativo.

Al respecto el juzgador consideró que el usufructuario puede usar y gozar de la cosa como el propietario mismo; que aquél tiene derecho a gozar de la posesión de la cosa y que ello importa el disfrute de la misma, incluso económicamente, haciéndola producir frutos; y que en este sentido el usufructuario se halla dotado de todas las acciones para la realización de su derecho.

Asimismo, el Juez estimó probado que la casa había sido habitada por ambas partes desde el año 1993 conjuntamente con la hija de ellas, y que si bien el actor se alejó de su pareja y del hogar, lo cierto es que al encontrarse el inmueble ocupado exclusivamente por la demandada y su hija, tal circunstancia, impeditiva del ejercicio del uso y goce del bien por parte del actor en su condición usufructuario -al permitirle a su ex pareja residir allí-, no puede derivar en la pérdida del rédito que es propio de la esencia del usufructo, aún cuando el actor resulte beneficiario de otros usufructos. De allí que conforme al peritaje presentado y no cuestionado por las partes, fijó el precio de la compensación locativa a pagar por la accionada.

Tal pronunciamiento ha sido apelado por la demandada a fs. 260, quien expresa agravios a través del escrito de fs. 278/296.

II) Sostiene la demandada que cuando convivía con el actor constituyó a favor de éste, sobre el inmueble, usufructo vitalicio y gratuito, y luego un bien de familia. Que años después el actor abandonó el inmueble yéndose con la empleada doméstica.

La apelante alega que en rigor el actor no ostenta condición de usufructuario del inmueble, puesto que si no goza de la posesión de la cosa, deja de ser usufructuario. Que el usufructo que se establece por contrato sólo se adquiere, como el dominio de las cosas, por la tradición de ellas (arts. 577, 2820 del CPCC). Y considera que el actor no ha tenido el modo suficiente como para haber nacido el derecho real de usufructo, pues nunca se le hizo tradición del bien, ya que la posesión siempre estuvo en poder de ella; en tanto él abandonó el inmueble y por ende la posesión (que fue compartida por razones de concubinato), sin haberse perfeccionado el derecho de usufructo. Agrega que de haber sido ella quien abandonara la propiedad voluntariamente, entonces sí se habría producido la tradición.

primero debe lograrla para luego alcanzar el derecho real de usufructo; y por consiguiente, es incorrecto que se la llame nuda propietaria, pues no hizo tradición de la cosa y por tanto es dueña perfecta del inmueble. Entonces, para la apelante, al actor, como carece de la posesión, sólo le queda la acción reivindicatoria.

Para la demandada, además, el actor perdió la posesión, fundamentalmente por lo dispuesto en el art. 2456 del C.Civil; añadiendo que el actor intentó extrajudicial y extemporáneamente, por carta documento, reivindicar la posesión que había dejado, por haber hecho abandono voluntario del hogar (abandono de la propiedad como renuncia tácita a su derecho), tal como se le respondió oportunamente por carta documento. Por eso la demandada hace hincapié en que, si ella permaneció en el inmueble por más de un año y como poseedora legítima de la cosa, el actor debió ejercer acción reivindicatoria, para recién después estar en condiciones de reclamar una compensación locativa. Esto es que, sólo puede pedir alquiler aquél a quien se hizo tradición y tiene la posesión de la cosa, y no el que la abandonó y dejó que la ocupara un tercero que reviste la condición de actual poseedor.

Así, aduce la apelante que el actor tiene el instrumento pero carece del objeto, y que dentro de la renuncia a la posesión merece computarse el abandono del inmueble, siendo que el art. 2918 del C.Civil se refiere a la causas de extinción en sentido amplio, comprendiendo en su parte final al abandono.

Asimismo, refiere que el actor no reviste condición de usufructuario, no sólo por lo expuesto sino porque tampoco satisfizo los impuestos a que se refiere el art. 2894 del C.Civil. Por otro lado afirma que el usufructo se extingue, análogamente, como en materia de donación, por revocación de ingratitud del beneficiario, dado que el actor no paga alimentos a su hija menor, pese a que el accionante tiene otros usufructos, e incluso aprovecha el que le corresponde en parte a su hija.

Por otra parte, se agravia que no se haya sancionado al actor en los términos del art.45 del CPCC, por litigar sin razón valedera, sin perjuicio de criticar la imposición de las costas.

Por último la demandada hace referencia a que inscribió el inmueble como bien de familia luego del usufructo vitalicio y gratuito que generara hacia el actor; que el bien de familia tiende a satisfacer necesidades de vivienda y de sustento del constituyente y de su familia, siendo que en el caso el bien es habitado por la hija de ambas partes (que al ser beneficiaria del régimen, hace a la subsistencia del mencionado instituto), lo cual está íntimamente ligado a la materia alimentaria, a la cual no contribuye el actor.

III) No está discutido que por escritura pública nº 11 del día 8.1.1993, labrada por el escribano Juan José Cinqualbrez, Stella Maris Noemí Chaves adquirió el inmueble de que se trata (cuya nomenclatura catastral es: circunsc. IX, secc. L, fracción XXXd, parcela 1ª, matrículas 14888 a 14891), así como que en el mismo acto constituyó derecho real de usufructo a favor de Jorge Alberto Pérez en forma vitalicia y gratuita (fs. 6/8, 146/152).

El usufructo perfecto es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia (arts. 2807 y 2808 del C.C.), debiendo conservarla para su devolución al dueño una vez acabado el usufructo (art. 2810 del cit. cód.). Este derecho se ejerce a través de la posesión de la cosa por parte del usufructuario, quien obtiene de tal modo un beneficio sin intermediario alguno ni participación del dueño (arts. 2863 y ss. del C.C.; SCBA, Ac. 101.208 S del 4.11.2009, Ac.88.438 S 8-3-2007).

De las desmembraciones del dominio, el usufructo es la mayor o más extensa pues comprende el uso y también la habitación, y además le permite al usufructuario la percepción de los frutos que la cosa da con la sola limitación de no alterar su sustancia. Esto último no sólo porque así lo dispone el artículo

2807 del Cód. Civil, sino también porque de lo contrario se le estaría concediendo al usufructuario el derecho de disponer de la cosa (ius abutendi), lo que sería incompatible con el derecho del nudo propietario, porque es él, precisamente, el único titular del ius abutendi (Papaño; Kiper; Dillon; Causse, "Derechos Reales"

TºI, pag. 584, Ed. Astrea, 2004, 2º ed.; causa 109.741 del 26.8.2010 reg. 270 de esta Sala IIª).

IV) El usufructo que se establece por contrato, sólo se adquiere como el dominio de las cosas, por la tradición de ellas (art. 2820 C.Civ.). No es más que la aplicación del derecho común: se aplica el principio general que antes de la tradición, no existe adquisición del derecho real (art. 577 del C.Civ.; conf. Salvat-Argañaraz, "Derecho Civil Argentino", Derechos Reales III, pág. 269).

La tradición es recaudo de la posesión (art. 2377 del C.Civil), y antes de cumplida el acreedor no adquiere sobre la cosa ningún derecho real (art. 577 del C.Civil). Además, es específica y concretamente requerida en los casos de derechos transmisibles por contrato (art. 3265 del Civil; causa nº 107.177 rsd. 69/09 del 12.5.09 de esta Sala IIª).

Según resulta del art. 2378 del C.Civil, lo que no basta para operar la tradición es la sola declaración de darse por desposeído o de dar la posesión. Pero ésta vale como manifestación de consentimiento del tradens con que el accipiens la tome y entre a ocupar la cosa transmitida. Y por disposición del art. 2379 del C.Civil la posesión de los inmuebles solo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe, o por actos materiales del que la recibe con asentimiento del que la entrega (causa nº 111.328 rsd. 109/11 del 8.9.11 de esta Sala IIª).

Pero los hechos no afirmados por los contendientes en los escritos constitutivos deben reputarse como inexistentes por el juez; ni éste ni las partes pueden apartarse del marco fijado por la litiscontestación, y éste no puede modificarse a través del material probatorio (causa 107.281 r.i. 164/09 del 5.5.09 de esta Sala IIª).

Así, aún cuando al contestarse la demanda no se argumentó para nada que al actor jamás se le hubiera hecho tradición del inmueble -con lo cual bastaría con el ello para rechazar el agravio-, la conclusión contraria a tal argumento emerge por cuanto la demandada ha admitido que el actor vivió varios años en el inmueble,

habiendo también reconocido por carta documento que la pérdida de la posesión - lo que significa que el actor sí la tuvo- se había originado por exclusiva voluntad del actor, quien había abandonado el hogar (fs. 142/144, art. 394 CPCC). Al contestar demanda, la ahora apelante señaló que el actor se había retirado del inmueble para marcharse con la empleada doméstica en el año 2005, tras 16 años de convivencia; añadiendo que en una charla mantenida antes de su partida, le pidió que definiera si se retiraba él o lo hacía ella con la hija de ambos, ya que era imposible la convivencia, y que entonces fue el actor quien decidió marcharse de la casa (art. 354 del CPCC). La testigo María R. Hamud declaró a fs.130 que la demandada vive en el inmueble de que se trata desde hacía aproximadamente el año 1993; que lo hizo junto a su hija y el actor, con quien convivió en esa casa hasta el año 2005; y que aquél se alejó del hogar por desinteligencias en la pareja y porque estaba con otra persona (arts. 384, 456 del CPCC).

Además, la apelante no demuestra que el actor, pese a haber residido durante tantos años en el inmueble, no hubiera nunca con ello tomado posesión del usufructo, y que ella, a su vez, le hubiera excluido de tal derecho.

No obstante, antes de continuar, conviene descartar aspectos que, introducidos en el recurso, no lo fueron en la instancia de origen; y tratarlos en esta instancia importaría quebrantar el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 272 del CPCC). Así pues, en la contestación de demanda (fs. 47/53), no se plantearon argumentos tales como: la pérdida de la posesión en los términos del art. 2456 del C.Civil; que el usufructuario deje de ser tal por no haber satisfecho impuestos según lo dispuesto

por el art. 2894 del C.Civil; y que el usufructo se haya extinguido por aplicación análoga a la figura de la revocación por ingratitud del beneficiario, como sucede en materia de donaciones.

V) La posesión se retiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro, juzgándose que continúa

dicha voluntad mientras no se haya manifestado una voluntad contraria (art. 2445 C.Civil). Y es perdida, entre otras cosas, por el abandono voluntario con intención de no poseer en adelante, desposesión, e interversión del título (arts. 2451 a 2459 C.C.).

La interversión del título exige condiciones rigurosas. Supone una pugna efectiva que implique impedir realmente el ejercicio de las facultades que asisten al titular del derecho; deberán ejecutarse actos de contradicción o de naturaleza material: expulsión u oposición al ingreso del inmueble (conf. Bueres-Highton, ob. cit., Tº 5, pág. 239).

Si bien el 13.4.07 el actor intimó por carta documento a la demandada a que le restituya el usufructo -ya que se le había privado del ejercicio del mismo por haberse cambiado la cerradura del inmueble y tomado la posesión sin derecho, privándosele de ingresar a la casa (fs. 10)-, de allí no puede necesariamente interpretarse que mediara contradicción y que la única acción que pudiera después intentar el actor fuese la reivindicatoria (arg. art. 331 del CPCC). Constituye una cuestión de hecho aplicar a un caso dado la doctrina de los propios actos (SCBA. Ac. 54.008 del 26.9.95, DJBA 149-263, AyS 1995-III-677; Ac. 62.203 del 25.8.98). Ésta, aunque de innegable importancia, no es una regla absoluta, y constituye un principio general del derecho a aplicar por los jueces en consonancia con la realidad del caso (causa nº 110.368 rsd. 39/11 del 5.4.11 de esta Sala IIª). Sobre todo en la especie, en que fue la propia demandada quien respondió -también por carta documento- que rechazaba aquellos términos y que la pérdida de la posesión se había originado por la conducta del actor, quien había abandonado voluntariamente el hogar (fs. 142/144). Más aún, al responder la demanda (fs. 47/53), la accionada negó haber cambiado cerraduras, impedirle al actor el ingreso a la casa, o que lo hubiera echado. Y la sentencia determinó que no fue acreditado que la demandada hubiera realizado tales actos (arts. 260, 375 CPCC).

Es más; contrariamente a lo afirmado en el recurso que se analiza, al contestar la demanda la ahora apelante admitió tener un dominio imperfecto sobre el inmueble

porque existía un usufructo a favor del actor; añadiendo que se oponía a pagar un canon locativo porque ella era la nuda propietaria del bien (por lo que fue ella misma quien así se tituló); y que Pérez lo único que podía reclamar era el usufructo que le pertenecía pero por una vía procesal diferente a la intentada porque se había ido del inmueble y por ende abandonado la posesión.

Empero, el abandono de la posesión debe ir acompañado de actos efectivos en dicho sentido, es decir, debe ser expreso, puesto que en caso de duda, el abandono no se presume, como tampoco se presume la voluntad de renunciar, según lo dispone el art. 874 del C.Civil (conf. Bueres-Highton, "Código Civil...", Tº 5, pág. 233, Ed. Hammurabi). Para que medie abandono en los términos del art. 2454 del C.Civil es menester un desprendimiento material de la posesión con intención de ya no ejercerla; exigiéndose una manifestación de voluntad clara y categórica, debiéndose la interpretar restrictivamente y en función del tiempo transcurrido; no configurándose por el simple alejamiento del bien, como cuando en el caso, uno de los integrantes de la pareja decide marcharse, justificándose ello, no porque se quiera renunciar a la posesión o al usufructo, sino porque la conflictiva convivencia entre las partes se torna insostenible para seguir habitando juntos el mismo inmueble. De hecho, eso es lo que se advierte en la exposición civil del 21.9.05, aportada por la demandada a fs. 32, donde se consigna que por los problemas de pareja, aquélla le pedía a su concubino -con quien había convivido varios años y tenido una hija- que se retirara de la vivienda. Es asimismo lo que se desprende de la denuncia del 16.10.06, también acompañada por la demandada (fs. 34), con el aditamento allí de que la demandada reconoció que al actor le asistía el derecho real de usufructo sobre el inmueble que habitaban y que

aquél se había retirado por decisión personal el 19.8.05. De ahí que no sea razonable considerar que la tradición de la cosa al usufructuario se hubiera producido -solamente- de haber sido la nuda propietaria quien se marchara del inmueble, ni que el actor dejara que la propiedad la ocupara un tercero cualquiera.

El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no pruebe lo contrario (art. 2353 C. Civil). El poseedor o tenedor no puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión o tenencia: su voluntad se halla subordinada a la voluntad abstracta que le impone su título, salvo el caso de interversión (art. 2353 del C.Civil). Ésta no puede tener lugar por un acto de propia y exclusiva voluntad, sino que ha de exteriorizarse por actos que no dejen lugar a dudas, revelando claramente su propósito (art. 2458; conf. Salas-Trigo Represas, "Cód. Civ. Anotado", Tº 2, págs. 597/598, ed. Depalma). Y en el caso, según se expuso, no hubo expreso desconocimiento del derecho que asiste al actor, ni se han exteriorizado actos con entidad suficiente que determinen la pérdida de la posesión, sino más bien y, en todo caso, lo que pudo generar una ruptura entre concubinos. Por lo que el mero alejamiento del actor respecto del inmueble en que vivía con su pareja, no justifica por sí sólo que haya debido accionarse por acción petitoria o reivindicatoria.

Así, no es poseedora sino tenedora, la concubina del usufructuario que, aunque nuda propietaria del inmueble en que ambos habitaban, permanece en el mismo por tolerancia del usufructuario (art.2352 C.C.), quien se alejó del inmueble por problemas sentimentales, y no con el ánimo o propósito de renunciar a la posesión en relación a su derecho de usufructo.

VI) El art. 2918 del C.Civil dispone en su parte final que el usufructo se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales.

Al respecto se ha dicho que el art. 2505 anterior a la reforma de la ley 17.711, se manifestaba contrario a la fijación de tales reglas generales, poniéndose de relieve en su nota que, de conformidad con la posición de Maynz -con la que Vélez Sársfield se muestra de acuerdo- resulta inútil tratar de establecer reglas generales de adquisición y pérdida de derechos reales. Tal pensamiento es evidentemente inarmónico con lo que se dispone en la última parte del art. 2918 citado. La incorrección se debe a que, mientras que el art. 2505 y su nota se inspiraron en Maynz, el art. 2918 fue tomado de Freitas, en cuyo Esboço sí se establecían causas generales de adquisición y pérdida de derechos reales. Por lo

que de acuerdo a lo expuesto, en nuestro Código Civil, la mención de que el usufructo se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales cae en el vacío (conf. Mariani de Vidal, "Curso de Derechos Reales", Tº II, pág. 279, Ed. Zavallía).

Con todo, en el caso del usufructo, la renuncia que hace el usufructuario de sus derechos puede asumir dos formas: emanar de su voluntad única, en cuyo caso es unilateral, y puede hacerse también de acuerdo con el nudo propietario y es entonces convencional. Pero la renuncia unilateral mencionada en el art. 2882 del C.Civil, que asume la forma de abandono de la cosa, se da por parte del usufructuario para eludir el cumplimiento de las reparaciones necesarias a su conservación, es decir, como una renuncia abdicativa, requiriendo la forma de escritura pública y su inscripción (arg. art.2932 C.Civ.). Mientras que la extinción por el no uso del usufructo, es decir, cuando el titular de un usufructo ha dejado de usar de los beneficios de su derecho y ha renunciado a prevalerse del mismo, requiere de un término de 10 años conforme lo prescribe el art. 2924 del C.Civ. (conf. Bueres-Highton, ob. cit., Tº 5, págs. 1031, 1039). Sin embargo, en el caso no se ha demostrado la concreción de ninguno de ambos supuestos.

La consolidación del dominio en cabeza del nudo propietario sólo se produce en las circunstancias taxativamente previstas en los arts. 2918, 2921, 2924, 2926 y 2928 a 2931 del C.Civil. Por ello, no se extingue el usufructo por el hecho de que el nudo propietario haya sido llamado por el usufructuario a

habitar con él la finca objeto del usufructo, ni porque haya realizado en ésta algunas construcciones, sin que importe que lo hiciera con o sin la conformidad del usufructuario (conf. Salas-Trigo Represas, ob. cit., Tº 2, pág. 780).

VII) La definición que del usufructo da el art. 2807 del C.Civil, al decir que es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, ha escindido el dominio en dos derechos reales independientes: el del nudo propietario y el del usufructuario, teniendo cada uno sus condiciones propias de

existencia y ejercicio. El dominio del fundo sometido al usufructo -expresa la nota al art. 2807 citado- pertenece bajo diversas relaciones tanto al usufructuario como al propietario. El usufructuario nada tiene en la propiedad; y por su parte el propietario nada tiene en el goce actual de ella, y no hay comunión en lo material de la cosa. Consecuencias del carácter exclusivo de estos derechos son las distintas prohibiciones que, con respecto al nudo propietario, contienen los arts. 2912 a 2914 y entre las cuales se destaca, como la más extensa y categórica, la de que nada puede hacer que dañe el goce del usufructuario, o restrinja su derecho. Y no se conforma a esta regla el nudo propietario que contra la voluntad del usufructuario detenta el inmueble: si la detentación es exclusiva impide el goce, y si es conjunta con el usufructuario, restringe el mismo. Para salvar la incolumidad de su derecho, la ley ha conferido al usufructuario la posibilidad de ejercitar todas las acciones que tengan por objeto la realización de los derechos que correspondan al usufructo (art. 2876 C.Civil), y es claro que estas acciones han de poder hacerse efectivas tanto contra los terceros como contra el nudo propietario, si es éste quien perturba el libre goce del usufructo. Y así como el usufructuario es a un mismo tiempo detentador precario y poseedor a título de dueño, de igual manera el nudo propietario tiene la posesión de la propiedad y puede ser a la vez tenedor precario del usufructo, ya que no hay incompatibilidad en ello por la independencia, precisamente de ambos derechos, lo que determina la imposibilidad de la alegada posesión animus domine por parte de la nuda propietaria (conf. SCBA, AyS 1957-III-453; C1ª Mar del Plata, 23.3.65, LL 118-728, DJBA 75-33; CC0100 SN 7052 RSD-42-5 S 30-3-2005, "Maurizi c/López y/o s/desalojo").

El nudo propietario debe abstenerse de todo acto material o jurídico que pueda dañar el goce del usufructuario o restringir su derecho (conf. Salvat-Argañaraz, ob. cit., III, pág. 377, nº 1682). De modo que si en el caso la nuda propietaria priva al usufructuario de obtener los beneficios que le corresponden, y no se ha demostrado causa de extinción del usufructo, o que se excluyera de la posesión al usufructuario, o que la nuda propietaria hubiera intervertido su título -con lo que queda descartado el ámbito de las acciones posesorias o reales-, revistiendo

aquella, pues, la condición de tenedora, entonces, la nuda propietaria, quien de acuerdo al art.2914 del C.Civil nada puede hacer que dañe el goce del usufructuario o restrinja su derecho, se somete a las acciones personales que el usufructuario pueda articular en defensa de los derechos que emergen del usufructo del cual es titular.

Al usufructuario le asisten todas las acciones reales y personales que tengan por objeto la realización del derecho de usufructo (art. 2876 C.Civ. (conf. Borda, "Tratado de Derechos Reales", II, pág. 46, 4ª ed. Abeledo Perrot). Y es que las facultades de uso y goce de la cosa constituyen el objeto principal de los derechos del usufructuario. Tales facultades son concebidas por la ley de modo muy amplio, al punto que ella misma (art. 2863 in fine) las concede para que sean ejercidas como lo haría el propietario mismo, claro que sin alterar la sustancia de la cosa. El usufructuario absorbe toda la utilidad y el disfrute del bien; nada de ello conserva el nudo propietario, por lo que ha perdido todas las ventajas del dominio; éste nada le da (conf. Bueres-Highton, ob. cit., Tº 5, págs. 900, 966/967). Por eso el art. 2876 brinda las acciones tendientes a la realización del derecho, que pueden efectivizarse tanto contra terceros como contra el nudo propietario.

El art. 2870 del C.Civil autoriza al usufructuario a dar en arriendo la cosa sometida al usufructo o ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito. El usufructuario puede habitar el inmueble, o servirse del mismo con fines de descanso o placer; y también, y esto es esencial, disfrutar económicamente de la cosa, es decir, hacerla producir frutos (conf. Borda, "Tratado de Derechos

Reales", II, pág. 33, 4ª ed. Abeledo Perrot), sean éstos naturales, industriales o civiles (art.2863 del C.Civil).

Si bien en el caso no existe comunidad hereditaria indivisa, ni condominio, ni disolución de sociedad conyugal -en que por el uso exclusivo del bien común por parte de un coheredero, condómino o cónyuge, se prive al restante del goce o aprovechamiento de la parte que le corresponde (y por eso se fija un canon

locativo)-, lo cierto es que como se dijo en la demanda, el usufructuario, al no poder ejercer su derecho sobre la cosa, sufre un daño patrimonial, ya que no puede usar ni gozar del inmueble, ni rentarlo, ni obtener frutos del mismo, lo que implica que el canon locativo constituya el parámetro de la indemnización al daño reclamado.

VIII) Al margen que la cuestión del bien de familia no fue introducida al trabarse la litis, y aún cuando el actor se hubiera marchado de la vivienda formando otra pareja, mientras que la demandada se habría casado con otra persona (según lo revelaría la documental por ella misma acompañada a fs. 37/38), en el caso, la constitución del bien de familia -según lo ha reconocido la misma apelante y surge de fs. 146- ha sido posterior a la constitución del usufructo (arts. 35, 43, ley 14.394); no advirtiéndose su influencia en la estricta relación que ha de regir entre la nuda propietaria y el usufructuario, ni median circunstancias que determinen la extinción del régimen tuitivo, sea por desalojo, embargo o ejecución (art.38, ley 14.394). Y sin perjuicio de que en el caso no corresponde debatir sobre el deber alimentario de cada una de las partes con respecto a su hija, puesto que ella no es parte de la relación debatida en este caso y tal discusión debe canalizarse mediante el juicio correspondiente, ha de ser en ese marco en que queden a salvo los derechos que puedan ejercerse, inclusive de lo que pueda resultar de este juicio y de lo que pudiera percibir el actor por otros usufructos de los que resulte titular (arts. 267, 287, 372, 825, 2908 y cc. del C.Civ.).

Por lo demás, siendo que la parte actora no ha resultado vencida en este pleito, ni siquiera parcialmente, no corresponde -al faltar el presupuesto legalmente requerido (ya que el actor resulta vencedor)- analizar la procedencia de la multa prevista por el art. 45 del CPCC que la demandada ha reclamado imponer; ni es dable modificar la condena en costas a quien en definitiva reviste la condición de vencida (art. 68 del CPCC).

Por eso propongo desestimar el recurso interpuesto.

No siendo necesario tratar más cuestiones que las conducentes a la adecuada solución del pleito, voto por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Jueza doctora Cabrera de Carranza por iguales consideraciones, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: **S E N T E N C I A**

Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, se confirma la sentencia apelada en todo aquello que ha sido materia de agravios. Las costas en esta Alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios (art. 31 D.L. 8904).

Reg., not. y dev. Roger Andre Bialade

Juez

María Carmen Cabrera de Carranza Juez

Guillermo D. Ottaviano

Secretario