



PODER JUDICIAL
PROVINCIA DEL NEUQUEN
REPUBLICA ARGENTINA

**ADU: GINOBI, EMANUEL DAVID S/ ACCIÓN MERAMENTE
DECLARATIVA (JVACI1 559/2007)**

En la Provincia de Neuquén, al 7 de octubre del año 2026, la Sala A de la Cámara de Apelaciones 2 integrada por los Dres. Pablo G. Furlotti, Manuel Castañón López y la Dra. Nancy N. Vielma, con la intervención de la Secretaría de Cámara, dicta sentencia en estos autos caratulados: “**GINOBI, EMANUEL DAVID S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA**”, (JVACI1 559/2007) y en su acumulado “**GINOBI EMANUEL DAVID C/ COMUNIDAD MAPUCHE LOF PAICHIL ANTRIAO Y OTROS S/ ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN**” (JVACI1 11397/2019).

De acuerdo al orden de votos sorteado, el **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

I.- Llegan las actuaciones conocimiento de esta Sala con motivo de los recursos de apelación interpuestos por el actor y la Comunidad Mapuche codemandada contra la sentencia definitiva de primera instancia por medio de la cual se procuró concluir dos procesos acumulados.

Por un lado, en cuanto a la acción declarativa de certeza (expte. 559/2007), se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por algunos de los demandados y se admitió la misma defensa interpuesta por otros.

Por otro lado, respecto de la acción reivindicatoria (expte. 11397/2019), se admitió la demanda interpuesta por el Sr. Emanuel David Ginóbi y se condenó a la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y demás ocupantes a restituirle al primero la posesión de un inmueble, bajo apercibimiento de lanzamiento.

Asimismo, se impusieron las costas de los procesos y se difirió la regulación de honorarios.

II.- A.- Agravios parte actora

El apelante critica que el juez le haya impuesto las costas por la admisibilidad de la defensa de falta de legitimación pasiva opuestas por varias personas físicas.

Considera que es erróneo el único argumento expuesto por el magistrado para fundamentar su decisión.

Sostiene que él no podía desistir unilateralmente de la demanda contra estas personas físicas y, mucho menos, hacerlo al contestar la excepción de falta de legitimación pasiva porque en ese momento aún no había comparecido al proceso la propia Comunidad.

Destaca que su parte realizó diligencias preliminares (expte. 295/2006) para individualizar a los futuros demandados y, finalmente, dirigió su pretensión contra las personas que el INAI informó que se consideraban miembros de la Comunidad que por entonces pretendía su reconocimiento como tal.

Menciona que la demanda no se dirigió en forma personal contra cada una de estas personas, sino de modo genérico contra *“todos aquellos que se consideren miembros de la Comunidad y que invoquen derecho de propiedad sobre las tierras del actor”* (sic.).

Explica que, quienes no eran miembros de la Comunidad o no pretendían derechos de propiedad sobre las tierras en disputa no tenían la carga de comparecer al proceso. Sostiene que la mención de las personas en el edicto era meramente enunciativa, no identificatoria de demandados.

Aduce que los excepcionantes –en rigor- no eran demandados, por lo que no debió acogerse la defensa que presupone una acción dirigida en su contra.

Solicita que se revoque este tramo de la sentencia y se rechace la excepción, con costas; o bien, en caso de mantenerse el acogimiento de la defensa, se exima de costas a su parte o se las imponga en el orden causado.

Contestación parte demandada

Las personas físicas co-demandadas sostienen que la admisibilidad de la defensa se encuentra firme para el actor porque cuando éste interpuso el recurso de apelación en la instancia de grado aclaró que lo hacía únicamente en lo que respecta a la imposición de costas, no así en cuanto al fondo del planteo.

Invocan el art. 73 del CPCyC y explican que, de haber desistido el actor, también habría cargado con las costas.

Dicen que a fs. 57 el actor mencionó con precisión y exactitud respecto de quienes dirigía su demanda.

Solicitan que se declare desierto el recurso o se rechace, con costas.

B.- Agravios parte demandada (Comunidad Mapuche)

1.- Acción meramente declarativa

Sostiene que la sentencia no trató adecuadamente el análisis de los recaudos de admisibilidad formal de esta acción. Cita el art. 322 del CPCyC y explica por qué entiende que no se verifican los recaudos allí previstos.

Insiste con que no mediaba un supuesto de incertidumbre en torno a la relación jurídica y aduna que la promoción posterior de una acción reivindicatoria respecto del mismo inmueble demuestra la existencia de un medio legal más idóneo para resolver el planteo actoral.

Dice que es contradictoria e incongruente la procedencia de ambas acciones (declarativa y de condena) porque el éxito de la segunda demuestra la presencia de un medio legal más idóneo para dirimir el conflicto; ergo, el necesario fracaso de la primera.

Aduce que el objeto de ambos procesos es determinar cuál de las partes tiene un derecho preferente sobre las tierras en litigio.

Destaca que el magistrado eludió el análisis de admisibilidad formal con el único argumento de que él se avocó al conocimiento del pleito justo antes del dictado de la sentencia, mientras que aquello debió hacerse al inicio del trámite.

Sostiene que ello es inaceptable y erróneo porque de ese modo se omitió tratar las defensas opuestas por su parte con relación a la inadmisibilidad de la vía (ausencia de los recaudos previstos en el art. 322 del CPCyC).

Considera que esta falta de motivación acerca de la admisibilidad formal de la acción causa la nulidad de la sentencia.

Insiste con que el mero hecho de haberse sustanciado la demanda no legitima la excusación del juez en verificar los recaudos de admisibilidad formal de la acción al momento de sentenciar, máxime cuando ello había sido objeto de concretos planteos de su parte.

Cita doctrina alusiva al carácter subsidiario de la acción.

Transcribe un fragmento de la sentencia y explica por qué sería incoherente el razonamiento seguido por el juez: por un lado, admite la vía y, por el otro, decide que no puede resolver la pretensión negativa (inexistencia de derecho de la Comunidad) porque ello sería una facultad del Congreso de la Nación.

Agrega que esto último también configura una incongruencia al cotejarlo con el criterio seguido por el magistrado en el análisis de la acción reivindicatoria, cuando decidió que el actor tenía un derecho preferente respecto de la Comunidad.

Cuestiona igualmente -por incongruente- la decisión de no aplicar al caso el art. 75 inc. 17 de la CN con sustento en el resultado del estudio de títulos.

Enfatiza en el hecho de que su parte ocupa tradicionalmente las tierras, mientras que el testimonio del Sr. Martínez no acreditaría la posesión alegada por el actor.

En otro orden, también plantea la nulidad de la sentencia porque aduce que no puede entender si el juez admitió o rechazó esta acción (art. 253 del CPCyC). Denuncia que no existe un pronunciamiento específico en la parte dispositiva del fallo e individualiza incoherencias entre los fundamentos vertidos en los considerandos y la imposición de costas.

2.- Acción reivindicatoria

Critica la valoración de la prueba efectuada por el juez a partir de la cual concluyó que su parte no había demostrado la alegada posesión ancestral.

Dice que se trató de un análisis deficiente, parcial y carente de objetividad.

Cuestiona la respuesta del INAI porque allí no se analizaría el informe técnico catastral, sino que se trataría de la mera opinión del titular del organismo.

Señala que el juez debió valorar los trabajos de campo realizados por la Provincia del Neuquén en el marco de los informes presentados ante el INAI y su aval respecto del relevamiento de la Comunidad; todo lo cual fue informado por el INAI en el mismo informe. Refiere que las cartografías que integran la carpeta técnica dan cuenta de que la Comunidad ejerce una ocupación tradicional de las tierras en litigio y que ello basta para repeler la acción reivindicatoria, aunque todavía no medie una declaración formal del Estado en ese sentido.

Invoca la existencia de otro informe previo emitido por el INAI, como así también, el dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Popik” (expte. 846/2005), por medio del cual se sugiere admitir el recurso extraordinario federal interpuesto por la misma Comunidad en aquellas actuaciones.

Critica que el juez no haya mencionado cuáles fueron las pruebas en virtud de las cuales juzgó como acreditado el desapoderamiento, base de esta acción.

Insiste con que su parte demostró con testigos y abundante prueba documental (no desconocida por el actor) su ocupación tradicional, en los términos previstos por diferentes normas internacionales. Argumenta acerca del alcance del término “ocupación tradicional” y su distinción con el concepto “posesión”, propio del derecho privado.

Aduce que la causa penal referida por el juez no acredita el desapoderamiento porque se trató de una mera denuncia efectuada por un morador (Sr. Guillermo Martínez), que jamás tuvo vínculo alguno con el actor. Además, agrega que resultaron sobreseídos todos los imputados (miembros de la Comunidad), sin que esto último tampoco fuera valorado en la sentencia, pese a resultar un hecho de gran repercusión pública en la ciudad de Villa La Angostura donde vive el magistrado.

Entiende que, desde una perspectiva del derecho especial indígena, era carga del actor destruir las presunciones acerca de la ocupación tradicional y ancestral ejercida por su parte.

Dice que el juez interpretó erróneamente los alcances de la ley 23.302, en cuanto

decidió que era el Estado Nacional y/o Provincial quien debía reconocer el eventual derecho de propiedad de la Comunidad. Aduna que este fue un proceso de conocimiento amplio ante un juez y que, como tal, este último tenía el deber de expedirse acerca de cuál de las partes tiene un derecho preferente sobre las tierras. Cita el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aduna que el juez también es parte del Estado en un sentido amplio.

Denuncia que la sentencia es incongruente porque, por un lado, se reconoce que la posesión material de la Comunidad no es un requisito para su derecho sobre las tierras y, por el otro, se admite la acción reivindicatoria cuando en rigor se debió ordenar que el actor encauce su reclamo pecuniario contra Estado.

Menciona que el juez no solo omitió ponderar debidamente el plexo probatorio, sino que directamente lo soslayó de manera sesgada, en favor de la parte actora. Insiste con que las declaraciones testimoniales aportadas por su parte dan cuenta de su ocupación ancestral.

Destaca que la Comunidad contaba con personería jurídica al tiempo en que el actor dijo haber sido despojado, por lo que su preexistencia como pueblo indígena estaría fuera de debate al tiempo que ello legitimaría sus acciones de resguardo territorial (expulsión de moradores ilegítimos).

Sostiene que la existencia de un título (escritura pública) no acredita sin más la posesión del actor, ni su buena fe. Remarca que la escritura por medio de la cual el Sr. Salamida (vendedor del actor) adquirió el terreno de parte del Sr. José María Paicil da cuenta de que este último firmó a ruego (impresión de dígito pulgar), dejando asentada su condición de analfabeto. Agrega que el actor compró el lote por la suma de USD150.000; un valor bajo porque sabía que el bien forma parte del territorio ancestral mapuche.

Invoca el plexo normativo que contempla los derechos de los pueblos indígenas y su superioridad jerárquica respecto del derecho privado, y argumenta acerca del genocidio del pueblo mapuche.

Relata los antecedentes históricos de ocupación y adjudicación del Lote 9 en favor de Don José María Paisil e Ignacio Antriau en el año 1902, y su posterior subdivisión y

transferencia a manos de particulares. Aunque insiste con que la Comunidad siempre mantuvo la posesión real de las tierras.

Cuestiona que el juez no haya valorado prueba documental agregada al expediente (no desconocida por la parte actora) y que sería útil para acreditar la ocupación ancestral de la Comunidad.

Finalmente, dice mantener la cuestión federal y solicita que se declare la nulidad de la sentencia, se revoque el fallo y se rechacen ambas demandas, con costas.

Contestación parte actora

El demandante contesta los agravios y expone las razones por las cuales entiende que el recurso debe rechazarse, con costas.

III.- A.- Atento la facultad conferida a este tribunal como juez del recurso -que puede ser ejercida aún de oficio-, corresponde examinar si las expresiones de agravios reúnen los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del CPCyC –vigente a la fecha de interposición del recurso- y art. 262 del CPCA.

En ese cometido, ambos apelantes expresaron las razones de su disconformidad con la sentencia, por lo que sus recursos son admisibles, sin perjuicio de las consideraciones puntuales que puedan hacerse al tratar cada uno de los agravios.

B.- Reiteradamente esta Cámara se ha remitido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que sostiene que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y relevantes para decidir el caso[1]. En mérito a esto, no seguiré al recurrente en todos y cada uno de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean esenciales o determinantes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes[2] o singularmente trascendentes[3].

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para

proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido la CSJN sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión[4], ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos[5]. Por este motivo, la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

Por su parte, la CSJN ha resuelto en forma recurrente que la jurisdicción de las Cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Carta Magna[6].

Además, con cita aural, nuestro TSJ tiene dicho que *“el tribunal de alzada no está limitado en su razonamiento por los argumentos tanto de la recurrente como de la contestataria de aquéllos; si bien el tribunal ad quem está sujeto a los puntos objetados, a los fines de la solución de éstos tiene la más amplia facultad en la misma extensión que le cabría al a quo y por ello puede, sin afectar el derecho de las partes, utilizar distintos fundamentos que los invocados por las partes y por el juez de primera instancia”* (cfr. *“El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”*. Roberto G. Loutayf Ranea. Astrea. Tomo II, pág. 164)”[7].

IV.- Establecido lo anterior y reseñada sintéticamente la posición de ambas partes (apartado II) he de abordar los cuestionamientos traídos a consideración.

A.- Recurso de la Comunidad Mapuche (demandada)

1.- La apelante sostiene –entre otras críticas- que la sentencia es incongruente, incoherente, auto-contradictoria y que carece de motivación suficiente. La eventual verificación de estos vicios conllevaría la declaración de nulidad del fallo, por lo que razones de lógica jurídica aconsejan comenzar el estudio del recurso por estos reproches. El resto de las críticas que ponen en crisis la justicia intrínseca de la decisión solo podrían ser atendidos si nos encontráramos ante una sentencia válida.

2. - En efecto, nuestra Constitución Provincial prevé que *“Las sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad”* (art. 238). En línea con ello, el art. 34 inciso 4° del CPCyC –vigente a la fecha del fallo de primera instancia- contempla como uno de los deberes de los jueces, *“Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia”*.

A su vez, el art. 163 del ordenamiento de rito citado regula los recaudos que debe contener una sentencia de primera instancia. Entre otros, el inciso 6° exige *“La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. (...)”*.

Sobre esta materia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con base reiterados precedentes, *“ha consolidado como regla que la sentencia debe entenderse como una unidad lógico-jurídica en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas efectuadas en sus fundamentos (Fallos: 344:1266; 344:545; 321:1642; 320:985 disidencia de los jueces Fayt y Boggiano; Fallos: 316:609, entre muchos otros). Dicha enunciación se ha visto reafirmada por la aseveración de que la sentencia constituye un todo indivisible (Fallos: 347:596; 346:1234; 344:3585; 330:4040; 330:1366; 329:5074 voto del juez Fayt; 328:412; 315:2291). Por lo que no cabe admitir antagonismos entre la parte dispositiva y los fundamentos que la sustentan (Fallos: 324:1584), ya que existe una recíproca integración (Fallos: 327:3660 disidencia del juez Petracchi; 311:2120; 311:509).*

Existen numerosos y antiguos precedentes donde la Corte resaltó que es la parte dispositiva de la sentencia lo que constituye el fallo y no sus considerandos o la apreciación de los elementos de prueba (Fallos: 118:243; 113:64; 111:339 y 28:129). Pero también señaló que si bien para establecer el alcance y los límites de la decisión que emana de un fallo ha de atenderse a su parte dispositiva, no lo es menos que no debe prescindirse de sus fundamentos, pues toda sentencia constituye una unidad, en la que aquella parte no es sino la conclusión final y necesaria de los análisis de los presupuestos de hecho y legales tenidos en cuenta en su fundamentación (345:1101 (Voto de los jueces Rosatti y Lorenzetti Moro

324:2210; 324:547; 324:132; 314:1633; 308:732).

Destacó el Tribunal que la sentencia debe configurar un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica ya que no es el imperio del tribunal ejercido en la parte dispositiva lo que le da validez y fija sus alcances, sino que estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento (Fallos: 343:2098; 342:2183; 339:873)”[8].

3. En el presente caso, la sentencia definitiva de primera instancia se propuso concluir dos procesos acumulados: una *acción meramente declarativa* (expte. 559/2007, iniciado el 22/02/2007) y una *acción reivindicatoria* (expte. 11397/2019, iniciado el 03/03/2020); ambos instados por la misma parte actora.

Ahora bien, para dar respuesta a los reproches de la apelante, es necesario confrontar los *considerandos* de la sentencia con su parte *dispositiva*.

a. En este orden de ideas, de los *considerandos* de la sentencia impugnada extraigo –en lo que aquí importa– que el magistrado de grado siguió el esquema de razonamiento que sintetizo a continuación.

** Acción meramente declarativa*

En primer lugar, analizó la *excepción de falta de legitimación pasiva* opuesta por las personas físicas codemandadas en esta acción. Distinguió diferentes situaciones entre ellas y, por las razones que expuso, dijo que resolvería lo siguiente: **i)** respecto de cuatro personas (Cynthia Espindola de Leon, Claudia Edith Olivero, Ana María Cerda e Iris Santana) no las tendría como parte en el proceso y, además, rechazaría la excepción, con costas a su cargo; y, **ii)** respecto de las restantes treinta y una personas (25 + 6), admitiría la excepción, con costas al actor.

En segundo lugar, analizó la *excepción de falta de legitimación pasiva* opuesta por el tercero citado al proceso (Sr. José Salamida, vendedor) y, por las razones que expuso, adelantó que rechazaría la excepción -aunque aclaró que no sería mencionado en la sentencia (textual)- y que impondría las costas por su intervención “*a la parte vencida*”.

En tercer lugar, repasó el marco jurídico que entendió aplicable al caso y tuvo por verificados los recaudos de admisibilidad de esta acción meramente declarativa porque entendió que aquellos debieron analizarse al inicio del proceso, mientras que él se avocó al conocimiento de la causa cuando ya se habían llamado los autos para sentencia.

En cuarto lugar, analizó el fondo de esta acción y destacó que el actor pretendía una declaración *positiva* y otra *negativa*.

Respecto de la primera, valoró el material probatorio y juzgó que estaba en condiciones de declarar *perfecto* el título de propiedad del actor.

En cuanto a la segunda, consistente en declarar que la Comunidad Mapuche no tiene derechos de propiedad sobre el lote (negativa), sostuvo: **i)** que no existía ningún informe que actualmente determine que las tierras en cuestión gozan de la protección de la propiedad comunitaria indígena; **ii)** que la ley 23.302 definió cómo debe hacerse el reconocimiento y otorgamiento de las tierras; **iii)** que no le correspondía a él expedirse sobre la colisión normativa de derechos de propiedad (privada vs. comunitaria) porque éste último no está declarado, ni tampoco le correspondía a él hacer esa declaración; **iv)** que el INAI emitió informes contradictorios porque en el último se indicó que “*no se constató la ocupación categorizada en el marco de los instrumentos vigentes*”; **v)** que las tierras en cuestión no están alcanzadas por la aplicación del art. 75 inc. 17 de la CN porque no fueron tradicionalmente ocupadas por la parte demandada; y, **vi)** que si bien las tierras fueron habitadas por antepasados, luego fueron transmitidas por sucesión a los herederos y estos a terceros mediante actos jurídicos válidos.

En base a estas premisas, el magistrado dijo que no haría lugar a la declaración *negativa* porque ello debería determinarse de conformidad con lo previsto en la ley 23.302 y porque él ya había declarado que el actor tenía un título perfecto.

*** Acción reivindicatoria**

Una vez concluido el análisis anterior, el juez de grado avanzó con el estudio de la *acción reivindicatoria*. Sostuvo: **i)** que el actor es titular registral del inmueble; **ii)** que la Comunidad no demostró la alegada posesión ancestral; **iii)** que el título del actor y sus

antecedentes es anterior a la posesión de la Comunidad [art. 2256 inc. c) del CCyC]; **iv)** que el desapoderamiento del actor quedó demostrado con la prueba testimonial, con las denuncias penales y la causa penal (legajo 24980/2018), con el mandamiento de constatación judicial (fs. 26/7, 31/10/2019), con el reconocimiento judicial (fs. 524/535, 03/11/2023), con el informe del INAI del 19/11/2024 (fs. 580/5); y, además, con la propia postura de la Comunidad demandada que siempre refirió su intención de poseer el inmueble; y, **v)** que la Comunidad demandada no probó ser la legítima propietaria de las tierras.

Con sustento en estas premisas, concluyó que correspondía admitir la acción reivindicatoria y condenar a la Comunidad Mapuche “y *demás ocupantes*” a restituirle al actor la posesión del inmueble; sin perjuicio de que el Estado (Nacional y/o Provincial) tenga la obligación de compensar a la Comunidad (con otras tierras), si así lo considera de conformidad con la normativa vigente.

b. Luego, agotado el estudio de ambas pretensiones, ya en el *fallo* (parte dispositiva de la sentencia) se aprecian las siguientes decisiones que, por una cuestión de claridad expositiva, agruparé de la manera que sigue a continuación.

En cuanto al *fondo* de los planteos, se resolvió: **i)** rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Cynthia Espindola de Leon, Claudia Edith Olivero, Ana María Cerda e Iris Santana; **ii)** hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta treinta y un personas físicas; **iii)** rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Sr. Salamida; y, **iv)** hacer lugar a la demanda por reivindicación y condenar a la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y demás ocupantes del inmueble en cuestión para que le restituyan la posesión al actor.

En cuanto a las *costas* de los procesos, se impusieron haciendo la siguiente distinción:

i) Respecto de la *acción meramente declarativa*: **a)** en cuanto a la Comunidad Mapuche, a ella en su condición de vencida; **b)** en cuanto al letrado de Cynthia Espindola de Leon, Claudia Edith Olivero, Ana María Cerda e Iris Santana, a estas personas; **c)** en cuanto a las demás treinta y una personas físicas, a la parte actora; y, **d)** en cuanto al Sr. Salamida, a la parte demandada en su calidad de vencida.

ii) Respecto de la *acción reivindicatoria*, a la parte demandada vencida.

Expuesto de este modo el esquema de la sentencia impugnada, el mero confronto entre sus *considerandos* y el *fallo*, como así también de los fundamentos entre sí, permite colegir que le asiste razón a la apelante en cuanto se verifican los vicios nulificantes denunciados en el memorial de agravios.

4. Comenzaré por la ***acción meramente declarativa***.

a. Omisión de resolver la acción

Este es el vicio más grave que contiene la sentencia y que causa su nulidad sin mayores comentarios.

Concretamente, si bien en los considerandos se analizó el fondo de esta acción y se adelantó cómo se resolvería en sus dos aspectos (declaración positiva y declaración negativa), luego en el fallo no se verifica ninguna decisión expresa, positiva y concreta acerca de esta acción (cfr. art. 163 inc. 6° del CPCyC y art. 111 inc. 7° del CPCAdv.).

Es decir, no existe en el fallo una decisión que condense aquello que fue objeto de análisis en los considerandos.

De mínima, la sentencia luce, a mi entender, incoherente porque no se concreta la norma singular que se había delineado en los considerandos. El Tribunal Superior de Justicia ha resuelto que “...vislumbrada la incoherencia que presenta el fallo entre las razones fundantes y la norma singular que dicta, cabe concluir su invalidez por violación del principio lógico de no contradicción. Por ende se impone decretar su nulidad”**[9]**.

De máxima, dado que ello implica en el caso –lisa y llanamente- omitir la resolución de este litigio, la sentencia también adolece del vicio nulificante de incongruencia por omisión.

En otras palabras, dado que el fallo, entendido como la parte dispositiva de la sentencia donde debe constar la decisión que resuelve el conflicto, se erige en un elemento esencial y, como tal, presupuesto de validez del acto jurisdiccional; su ausencia no admite

otra solución más que la declaración de nulidad del acto.

b. Omisión injustificada de analizar los recaudos de admisibilidad de la acción

Sin perjuicio de aquello, entiendo que la sentencia también pone de manifiesto el vicio de falta de debida motivación a partir de que el magistrado decidió –sin un fundamento válido- no expedirse respecto de los recaudos de admisibilidad de esta acción.

Sobre el particular, Palacios enseña que la pretensión procesal debe reunir dos requisitos: de admisibilidad y de fundabilidad[10].

“La pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del órgano judicial. Es, en cambio, fundada, cuando en razón de su contenido resulta apropiada para obtener una decisión favorable a quien la ha interpuesto.

De lo dicho se sigue que el examen de los requisitos de admisibilidad debe ser necesariamente previo al examen de la fundabilidad y que un pronunciamiento negativo sobre la existencia de los primeros excluye, sin más, la necesidad de dictar una sentencia relativa al mérito de la pretensión”[11].

En pocas palabras, existe consenso en cuanto a que la acción en estudio exige la conjunción de al menos tres presupuestos procesales específicos: el estado de incertidumbre, la potencialidad de perjuicio y el carácter subsidiario de la vía (art. 322 del CPCyC, parte final). Sin una decisión previa, debidamente fundada y favorable a la verificación de estos recaudos, es improcedente avanzar en el análisis de la fundabilidad de la pretensión.

Luego, en cuanto al deber de motivar las decisiones, el TSJ tiene dicho que “...en tanto el dispositivo sentencial carezca de la fundamentación mínima que la valide como acto judicial o incurra en errores de gravedad extrema que la descalifiquen como tal, deviene arbitraria porque en ambos supuestos adolece de falta de fundamentación que es recaudo de su validez”[12].

En el presente, el juez de grado omitió toda consideración acerca del juicio de admisibilidad de la acción y decidió tener por cumplidos sus recaudos con el argumento de

que ello debió hacerse al inicio del proceso, según la CSJN en el caso “Echegaray” (ver páginas 76 y 77 de la sentencia).

Sin embargo, este modo de abordar el asunto no se corresponde con las exigencias propias de una sentencia válida. Tampoco se condice con lo resuelto por la Corte en el caso citado porque en aquella ocasión el cimero tribunal no hizo ninguna apreciación acerca de este tópico específico (oportunidad del análisis de los recaudos de admisibilidad).

La sola circunstancia de haberle dado trámite a una demanda no justifica de ningún modo que, al momento de dictarse la sentencia, se eluda el análisis de los recaudos de admisibilidad.

Es más, esta solución que aquí propicio se condice –casualmente– con las circunstancias del caso y las directrices que sí emanan del fallo dictado por la Corte en el precedente invocado en la sentencia.

En efecto, en el caso “Echegaray”^[13] la Corte recordó *“que la admisibilidad de la pretensión mere declarativa está sujeta a una serie de recaudos que condicionan necesariamente su interposición, de tal manera que si tales requisitos no se verifican, no corresponde la consideración de la materia de fondo o sustancia de la controversia”* (Consid. 5°).

Luego, tras repasar sus requisitos, juzgó *“Que los agravios del apelante resultan ineficaces para descalificar la decisión recurrida en tanto resolvió la inadmisibilidad de la vía intentada (...)”* (Consid. 6°).

Va de suyo que el recurso del actor procuraba revisar la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había confirmado el pronunciamiento de primera instancia en la cual se había decidido la improcedencia de la vía elegida por no reunirse los requisitos exigidos para su viabilidad.

Por lo demás, dadas las circunstancias de este caso, era imprescindible una definición acerca de la –eventual– subsistencia del recaudo de subsidiariedad de esta particular acción, a partir de la promoción posterior de la acción reivindicatoria. Nótese que en esta última las partes debatieron ampliamente acerca del alcance de las relaciones jurídicas que cada una

alegó sobre las tierras en litigio.

Además, desde una perspectiva que va más allá de los recaudos de admisibilidad, en un contexto donde el marco de conocimiento de la acción reivindicatoria (posterior) parece comprender (absorber) la sustancia de la acción meramente declarativa (anterior), definir la utilidad de dictar un pronunciamiento que resuelva esta última también era una decisión jurisdiccional que no podía omitirse.

La verificación del mantenimiento de un interés procesal en la resolución del litigio es una actividad oficiosa de la magistratura porque está ligada directamente con la noción de causa (en términos constitucionales locales, art. 226 de la CP), único supuesto ante el cual este Poder Judicial puede desplegar válidamente su función de juzgar.

c. Omisión de resolver la situación procesal de algunas personas

En otro orden, además de la omisión principal de resolver directamente la acción (en todos sus aspectos), en la decisión impugnada también se pasó por alto considerar y fallar acerca de la situación procesal de Ernesto Antriao, Amandina Pérez de Chavol, Elma Quiroga y Hugo Muñoz Namuncurá.

En efecto, estas cuatro personas habían comparecido originariamente al proceso invocando su calidad de autoridades de la Comunidad Mapuche demandada y en su nombre dijeron contestar la acción (fs. 63/101). No obstante, dado que omitieron acreditar la investidura alegada, mediante providencia de trámite (fs. 539, 2º párrafo) se los tuvo por presentados por derecho propio y por contestada la demanda en tal carácter.

De la lectura de la sentencia se advierte que en las resultas el magistrado efectivamente pasó revista de este avatar (ver págs. 3 y 44 de la sentencia); sin embargo, no se aprecia respecto de estas cuatro personas ninguna consideración en el análisis del caso ni –mucho menos– se define su situación en el fallo.

Este modo de sentenciar también es incompatible con la garantía constitucional del debido proceso, que tenemos el deber de resguardar quienes integramos este Poder Judicial. Toda persona sometida a juicio tiene el derecho supremo de que su situación judicial se resuelva y en un plazo razonable (art. 18 del CN y art. 58 de la CP).

d. Ambigüedad en la imposición de costas

Llegado a este punto, también observo que la ausencia de una decisión expresa acerca del resultado concreto de la acción obsta identificar cuál de las personas y/o partes del proceso ostenta la calidad de ganadora – vencida; y esta circunstancia igualmente torna incomprensible el modo en el que se impusieron las costas devengadas con motivo de esta acción. A ello se suma que la imposición de costas efectuada en el ap. “V.- a)” del fallo es igualmente incompleta.

En efecto, por un lado, no logra descifrarse quién cargaría con las costas generadas por la actuación de la parte actora (incongruencia por omisión). Es que, los cuatro apartados comienzan su redacción haciendo referencia a las costas generadas por cada uno de los sujetos que allí se individualiza, pero ninguno de esos refiere a la actividad de la parte actora.

Por otro lado, en el sub-apartado “i.” se lee que “*En cuanto a la demandada Comunidad Lof Paichil Antreao, serán soportadas por la misma parte en su calidad de vencida (...)*”. Sin embargo, ya vimos que no solo se desconoce quién reúne esa calidad (porque el propio fallo no lo dice), sino que tampoco podría –si quiera- inferirse con certeza de los considerandos porque el magistrado había adelantado que admitiría una de las declaraciones (positiva) y rechazaría la otra (negativa).

En este escenario, el adjetivo vencida es insuficiente (por ambiguo) para representar fielmente la voluntad del juzgador.

Y una situación similar se presenta respecto de las costas generadas por la actuación del tercero (Sr. Salamida), en tanto se decidió que sean soportadas por “*la parte demandada en su calidad de vencida*” (sic.). Aquí la ambigüedad del alcance de esta condena en costas es doble: no solo se desconoce quién resultó vencida, sino que también se desconoce cuál o cuáles de todos los sujetos involucrados en esta acción ostentarían la calidad de parte demandada.

Esto último es así porque en los considerandos el juez había dicho que no mencionaría al Sr. Salamida en la sentencia, pero, aunque no se comprenda el alcance jurídico de esta expresión, luego rechazó su excepción de falta de legitimación pasiva al igual que lo hizo

con otras cuatro personas físicas que también habían opuesto esta misma defensa. Y a esto cabe adicionar la indeterminación de la situación procesal de las otras cuatro personas también intervinientes en el litigio (como se explicó en el apartado anterior).

Las circunstancias descriptas, sumadas al particular modo en que había quedado trabada esta litis, impiden conocer qué sujetos concretos serían el o los deudores de las costas causadas por la actuación del Sr. Salamida.

5. Corresponde ahora continuar con el análisis de la *acción reivindicatoria*.

a. La nulidad de este tramo de la sentencia como consecuencia de la nulidad anterior

La sentencia impugnada procuró resolver dos procesos acumulados e intrínsecamente relacionados.

En el apartado anterior se destacaron las vicisitudes que nulifican el primer tramo de la sentencia en el cual se analizó la acción meramente declarativa. En el estudio y decisión de la acción reivindicatoria el magistrado se valió de las consideraciones que había esbozado en el abordaje de la primera acción.

Por ello, dada la conexidad lógica causal entre ambas acciones, la declaración de nulidad del primer segmento de la decisión necesariamente conlleva a declarar también la nulidad este segundo tramo en el cual -aquí sí- se consideró y falló la acción reivindicatoria.

b. Auto-contradicción lógica

Sin perjuicio de la nulidad de este fragmento de la decisión como una derivación del anterior y dada la unidad inescindible de la sentencia que se propone resolver procesos acumulados, el abordaje específico de la acción reivindicatoria también presenta vicios propios que justifican su declaración de nulidad.

En efecto, como agudamente lo señala la apelante en su memorial de agravios, el magistrado incurrió en una auto-contradicción lógica insalvable que, como tal, no puede fundamentar válidamente su decisión.

Así, mientras que en el marco de la acción meramente declarativa sostuvo que él no

podía resolver si la Comunidad Mapuche tenía un mejor derecho a las tierras en litigio; luego, en la acción reivindicatoria, sí juzgó que aquella no tenía ese mejor derecho porque no había acreditado la alegada ocupación ancestral.

Ninguna decisión jurisdiccional puede preciarse de válida si se apoya en argumentos que se excluyen entre sí.

c. Incongruencia (sentencia extra petita)

Por último y no menos importante, la sentencia también incurre en el vicio de incongruencia por extra petita, es decir, por conceder más de lo que fue pedido.

En efecto, surge del escrito de demanda que la acción reivindicatoria fue interpuesta contra la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antreao y “demás ocupantes” (ver hoja 1/18 y 28/38 del expte. 11397/2019). Sin embargo, antes de que se trabase la litis, la parte actora desistió expresamente de su acción respecto de los “demás ocupantes”, tal como se desprende del escrito presentado en la hoja 237 y proveído favorablemente.

El desistimiento anterior tuvo la lógica consecuencia de no haberse librado una cédula dirigida a los “demás ocupantes” del inmueble, por lo que con estas otras eventuales personas la litis no quedó trabada de ningún modo.

Sin embargo, en el ap. IV del fallo, se condenó a restituir la posesión a la Comunidad Mapuche y a los “demás ocupantes”. Es decir, la norma individual que contiene la sentencia alcanza a sujetos que no formaron parte del proceso.

Este modo de decidir el asunto vulnera los principios de congruencia y legalidad, y el derecho constitucional y convencional de defensa en juicio que detenta toda persona.

6. En síntesis, en cuanto a la acción meramente declarativa, no existe una decisión concreta acerca del resultado del litigio; es injustificada la omisión de verificar los recaudos de admisibilidad de la acción y, en especial, el de utilidad de dictar una sentencia que intenta pronunciarse sobre el fondo de una acción subsidiaria sin considerar la eventual sustracción de materia a raíz de la interposición posterior de la acción reivindicatoria; no se define la situación procesal de cuatro personas involucradas en la causa; y, resulta incomprensible el

modo en que se impusieron las costas.

Y, respecto de la acción reivindicatoria, su nulidad es una consecuencia inevitable de la anterior; contiene una auto-contradicción lógica; y se incurre en el vicio de incongruencia por extra petita.

Los déficits apuntados atentan contra la validez intrínseca de la sentencia en su totalidad como acto jurisdiccional. Por ello, considero que no existe más remedio que declarar su nulidad y, dada la intensidad de las vicisitudes, ordenar que, en la instancia de grado y por quien corresponda en el orden de subrogancia, se dicte un nuevo fallo con arreglo a las constancias de la causa (art. 274 del CPCAdv.).

Nuestro TSJ tiene dicho que *“Según lo sostiene la jurisprudencia y doctrina especializada (cfr. -entre otros- Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004), el derecho al recurso queda comprendido dentro de la garantía constitucional al debido proceso legal (Arts. 21º, 63º y ccdtes. de la Constitución Provincial; 75º, inc. 22, Constitucional Nacional, y 8.2, inc. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

Mediante los recursos correspondientes, las partes tienen derecho a impugnar lo decidido. Su alcance puede derivar a un amplio reexamen por el superior. Y tal proceso revisor puede continuar con la instancia extraordinaria, a través de los recursos casatorios -según las causales y motivos previamente tipificados en la Ley 1.406-, ante este Cuerpo” (“Fuentes Pacheco, Víctor y otro c/ Vitranser SA s/ daños y perjuicios inconstitucionalidad ley 24.557”, Acuerdo 6 del 12/02/2015, Sala Civil).

Y en otro precedente agregó: *“En el ámbito local, el legislador ha estructurado el proceso civil sobre la base de una doble instancia ordinaria, a la que se añade una extraordinaria.*

A través de la primera, los litigantes tienen derecho, entre otros, a una sentencia definitiva que examine la totalidad de los hechos, pondere el valor de las probanzas, determine la plataforma fáctica, califique jurídicamente el factum, y fundamente todas sus conclusiones.

Finiquitada esa etapa, mediante los recursos correspondientes, las partes tienen derecho a impugnar lo decidido. Su alcance puede derivar a un amplio reexamen por parte del superior, comprensivo tanto de los hechos fijados como del derecho aplicado, así como de las formas que debe cumplir el pronunciamiento.

El proceso revisor puede continuar con la instancia extraordinaria, a través de los recursos ante este Cuerpo, según las causales y motivos previamente tipificados en la Ley 1.406” (“Vilches, Héctor y otros c/ García, Antonio s/ d. y p. res. contractual particulares”, Acuerdo 13 del 24/05/2018, Sala Civil).

B.- Recurso parte actora

Llegado a este punto, atento el modo en que debe resolverse el recurso anterior, la impugnación de la parte actora deviene abstracta.

V.- En virtud de la manera en la que a mi entender deben resolverse los recursos deducidos –conforme los argumentos expuestos en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos traídos a consideración- corresponde: 1.- Admitir el recurso de la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y, consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y remitir las actuaciones al juzgado de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento por quien corresponda según el orden de subrogancia y 2.- Declarar abstracto el recurso de la parte actora, lo que así propongo al Acuerdo.

VI.- Atento a como se decide estimo que las costas de esta instancia procesal deben ser impuestas en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del CPCyC y art. 57 último párrafo del CPCAdv.).

VII.- Regular -por su actuación en esta instancia- los honorarios del Dr. José Ricardo Mena (letrado de la parte actora) y los del Dr. Luis Virgilio Sánchez (letrado de la Comunidad codemandada) en el 30% para cada uno de lo que se les liquide a cada profesional por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado; con más IVA en caso de corresponder (art. 15 y concordantes de la ley 1594, modificada por las leyes 2933 y 3532).

VIII.- Ordenar que, por Secretaría, se agregue una copia de este Acuerdo en el expediente acumulado n. 11397/2019.

Mi voto.-

Luego el **Dr. Manuel Castañon López** dijo:

I. Introducción

Adelanto que no acompañaré el voto de mi colega preopinante.

Para fundar mi postura, primero reseñaré los agravios introducidos por la parte demandada y abordaré su tratamiento. Allí explicaré por qué no coincido con la fundada propuesta del juez Furlotti, y analizaré los tramos del recurso sobre el *fondo* de la cuestión.

Luego abordaré el recurso de la actora.

Pero antes, haré una muy breve reseña de las dos causas acumuladas, para mejor exposición, con referencia a algunos medios probatorios practicados que resultan relevantes.

II. Los procesos traídos a conocimiento

1. Pretensión declarativa de certeza (Expte. 559/2007)

El 22/2/2007 el actor promovió, por medio de su apoderado, una pretensión declarativa de certeza contra *“todos los integrantes de la auto-proclamada comunidad Pachil-Antreao, y contra la Comunidad misma para el caso que S.S. la considere con legitimación”*, con la finalidad de que *“se declare oportunamente la inexistencia por parte de éstos de derecho de propiedad alguna en relación a las tierras de nuestro mandante; así como también se declaren perfectos los títulos de propiedad de éste”* (fs. 38 del expediente 559/2007, al que aludiré en este apartado en lo sucesivo).

Explicó para ello que un grupo de personas *“que dicen ser mapuches y miembros de una comunidad llamada Paichil-Antreao, reclaman la propiedad de las tierras”* que adquirió mediante una compraventa al Sr. José Salamida, a quien citó como tercero. Agregó luego que *“un grupo de personas impiden con actos materiales el ejercicio de los actos*

proprios de la propiedad a nuestro mandante, arrogándose derechos que no tienen, invocando la conformación de una comunidad indígena que no tiene antecedente alguno en la zona, sin posesión ni ocupación ancestral...” (fs. 44 vta.).

Indicó que estaba siendo extorsionado por este grupo de personas *“turbando primero y desposeyendo para la ley civil después a nuestro mandante en su posesión sucedida singularmente, por títulos perfectos, a título oneroso y de buena fe”* (fs. 45).

Agregó que hasta el 2/12/2005 poseyó el bien sin inconvenientes, pero que luego de dicha fecha comenzaron los actos turbatorios.

Resaltó que la propiedad nunca fue ocupada por la Comunidad indígena, sino que *“ha sido materia de transferencias legales de dominio, con intervención provincial desde sus comienzos y a partir de allí con sucesivas transmisiones entre particulares, hasta la propiedad y posesión de nuestro mandante”* (fs. 45 vta.).

Solicitó al juez que *“en primer término se expida sobre la legitimación”* de la Comunidad, alegando que si bien no estaba inscripta en el “Registro Nacional y tampoco en el local”, por alguna interpretación jurisprudencial previa correspondía que el juzgado *“se expida sobre la legitimación de los demandados como Comunidad, y mediante el análisis de todas las normas que a tal fin le ponemos en evidencia; en segundo término y en subsidio, se corra traslado de la demanda contra todos los miembros de la auto-proclamada Comunidad Paichil Antreao, transcribiendo los nombres informados por el INAI pero haciéndolo extensivo a todos aquellos que se consideren miembros de la comunidad...”* (fs. 38 vta./39).

Esa solicitud la reiteró en su demanda bajo el apartado “VIII. Primera Providencia”: *“Se solicita (...) que S.S. se expida en primera providencia en los términos de la última parte del artículo 322 del CPCyC y, a su vez (...) se expida sobre las consideraciones objetivas relativas a la legitimación de la demandada”* (fs. 41).

El juzgado se limitó a proveer el traslado de la demanda *“a los accionados y al tercero citado”* (fs. 49). Luego ordenó la citación por edictos de las personas informadas por la actora (fs. 58).

Así transcurrió el proceso, y al presentarse algunos demandados a contestar la

demanda, a fs. 66 se agregó la constancia de inscripción de la personería jurídica de la Comunidad Lof Pachil Antreao, conforme la Resolución 220/2007, del 5/6/2007.

Al contestar la demanda los Sres. Ernesto Antriau, Amandina Pérez de Chavol, Elma Quiroga y Hugo Muñoz Namuncurá (fs. 69/101), alegaron estar ejerciendo la posesión comunitaria y tradicional indígena del inmueble en cuestión, explicando que *“al menos cinco de nuestras generaciones anteriores vivieron, crecieron, amaron, trabajaron y hasta murieron en el Lote 9”* (fs. 72). Explicaron que tras la asignación de las tierras por medio de un decreto del Presidente Roca a Andreu (Antriau) y Paisil (Paichil), y tras una sucesión, el Sr. Francisco Paisil y Raileo vendió el inmueble al Sr. Salamina, mediando engaño y lesión.

Negaron por ello *“la existencia de transferencia válida alguna entre nuestro antepasado Francisco Paisil y Raileo y el Sr. Salamida”* (fs. 71) e insistieron en que las tierras conforman un territorio indígena de ocupación ancestral, donde incluso hay asentado un “Rewe” ubicado en el Cerro Belvedere (fs. 82). Hicieron una extensa justificación de los derechos que asisten a las comunidades indígenas.

Lejos de establecer con precisión la legitimación pasiva, tal como había solicitado el propio actor, el juzgado insistió a fs. 102 con que: *“Acreditada la publicación de edictos y las cédulas libradas se proveerá”*.

El desatino de las decisiones en el trámite del proceso -que no corresponde analizar aquí, para no hacer perder tiempo al lector- llevaron a un desgaste jurisdiccional y social absolutamente innecesario, puesto que el actor había sido claro en su postulación que el conflicto social lo era con la Comunidad, y que por ello decidía litigar en primer término contra la Comunidad y sólo subsidiariamente contra las personas humanas que la integraban. Y los integrantes de la Comunidad se presentaron en nombre de ella, aclarando que el asunto involucraba exclusivamente a la Comunidad.

Pero el juzgado insistió con citar a un sinnúmero de personas, incluso a varias que negaron la pertenencia a la Comunidad misma y su vinculación con el caso (alegando, algunas, un rol de “mero espectador”, como lo hizo Espíndola de León a fs. 139).

Al presentarse el Sr. José Salamida como tercero a fs. 526/533, resaltó el derecho de

propiedad del Sr. Emanuel Ginobili sobre el inmueble que vendió. Explicó que *“La propiedad la compré en el año 1969 al señor José María Paisil y Raleo mediante escritura pública de fecha 07 de noviembre de ese año, número 787, folio 1168 del registro 2 de la ciudad de San Martín de los Andes, pasada por ante la notaría de la Dra. Blanca H. Egurza, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble en mayor fracción en el Tomo 138, Folio 218, Finca 6060”* (fs. 532 vta.).

Explicó que detentó la posesión del inmueble *“por treinta y cinco años en forma pública, pacífica y continua, sin ningún tipo de interrupción u oposición. En el año 2004 vendí al actor, también en perfecto estado y mediante escritura pública y con la tradición efectiva, la superficie de 124.687,10 m², que el comprador recorrió, accedió, comprobó amojonamiento y tomó posesión del lote que adquirió con consiguiente correspondencia de los planos...”* (fs. 532 vta.).

En el marco de dicho proceso, se produjeron algunos medios probatorios de relevancia, que pasará a reseñar.

A fs. 676/692 la Municipalidad de Villa La Angostura informó que el titular catastral del inmueble es el actor, en carácter de “titular con escritura” (fs. 679).

A fs. 702/711 se acompañó el informe extendido por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén, de donde se desprende la inscripción de la Escritura N° 787 pasada ante el Registro Notarial N° 2 de San Martín de los Andes, celebrada el 27/11/1969, mediante la cual el Sr. José Salamida compró el inmueble en cuestión al Sr. José María Paisil y Raileo, a quien le correspondía el bien *“por adjudicación que en mayor fracción se le hiciere en los autos caratulados “José María Paisil Tránsito Raileo de Paisil e hija Tránsito Paisil de Barría s/ sucesiones...”* (fs. 705).

La copia certificada de la escritura matriz fue remitida a fs. 714/719 por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Neuquén.

Tras ello, obra la minuta de inscripción ante el RPI de la compraventa celebrada entre Ginobili y Salamida, ingresada el 27/2/2004 (fs. 706), sin que obre allí la escritura traslativa de dominio.

Del peritaje elaborado por el Escribano Carlos Baltanás, acompañado a fs. 872/932 surgen algunas conclusiones que destaco por su relevancia. En primer lugar, el objeto del peritaje fue definido en estos términos: “*expedirse sobre el análisis y su eventual existencia y perfección de la titularidad dominial que le correspondería al demandante*” (fs. 874).

Tras detallar la metodología empeñada, el perito reseñó cronológicamente diversos antecedentes normativos, que recabó desde las fuentes indicadas en su informe.

En este punto, corresponde aclarar que el experto detectó diversas normas (leyes y decretos) de relevancia para el caso, que presumiblemente por la fecha en que fueron dictadas, no están publicadas en el Boletín Oficial ni en Infoleg. Ello implica que el derecho reseñado debe calificarse como *derecho no publicado* y es, por lo tanto objeto de prueba, tal como lo establece el flamante Código Procesal Civil Adversarial en su art. 288, segundo párrafo.

De allí que el prolijo peritaje, al cual el experto anexó documentación de respaldo conforme detalló en la metodología utilizada, es un medio de prueba idóneo para justificar el contenido y la vigencia de dichas normas.

El perito indicó que la ley 1265, del año 1882 -cuya publicación en el Boletín Oficial no consta en el sitio Infoleg ni en el sitio oficial del BORA, por lo que adjuntó una copia certificada del Archivo General de la Nación- permitió la enajenación de tierras de propiedad de la Nación Argentina por parte del Poder Ejecutivo, estableciendo una serie de obligaciones y procedimientos para los compradores.

Explicó también que por medio de la ley 1501, promulgada el 2/10/1884 -a la cual también tuvo acceso mediante copia certificada emitida por el Archivo General de la Nación, y a la cual yo no pude acceder desde el Boletín Oficial ni desde Infoleg por tratarse, presumiblemente por la época, de derecho no publicado-, “*acordó el título de propiedad del lote 9 a Paisil y Antriao*”, mediante la “*donación de tierras nacionales para distribuir las entre los nacionales y extranjeros que quieran poblarlas y cultivarlas*” (fs. 881/882).

Según explicó el experto, el art. 6 de dicha ley concedió la posesión de los lotes a los beneficiarios y, en caso de cumplirse ciertas condiciones, se les otorgaría el título de

propiedad (art. 12).

Similar regulación estableció la ley 1552, según informó el perito a fs. 886.

El perito explicó que mediante decreto 627/1902, el presidente Roca “concedió” el lote pastoril 9 a Ignacio Andreu y José María Paisil (fs. 891), en los términos de la referida ley 1501, autorizando a la División de Tierras y Colonias a “*exigir de los concesionarios (...) que justifiquen su ciudadanía argentina y demás condiciones prescriptas*” (fs. 891).

La posesión de los lotes fue otorgada por el Estado Nacional, mediante el agrimensor designado por Decreto del 27/12/1902, según se informó a fs. 891, lo que se materializó mediante actas de entrega de la posesión del año 1903 (fs. 893).

Fallecido el Sr. Paicil en 1914, el año siguiente el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto del 24/7/1915 mediante el cual se acordó “*de conformidad con la ley de 2 de octubre de 1884 (ley 1501) y decreto del 18 de enero de 1911, a los siguientes señores, los títulos de propiedad que solicitan de las tierras de que son concesionarios (...): A don Ignacio Adriaio y sucesión de don José María Paicil, lote 9 de la Colonia Pastoril Nahuel Huapi...*” (fs. 894).

Dicho lote fue luego sometido a mensura (fs. 896).

Tras el fallecimiento de Ignacio Antriao en 1936 (fs. 901), la transferencia finalmente se registró ante el Registro de la Propiedad Inmueble el 6/4/1943, según indicó el perito a fs. 902, en la que se constó la “*Transferencia de Nación a Sucesiones de José María Paisil e Ignacio Antriao*” (fs. 902).

El inmueble luego se subdividió en el marco de los procedimientos sucesorios y de división de condominio (fs. 906), y el 26/12/1950 se aprobó la adjudicación a José María Paisil y Raileo el lote 4 de la fracción III del lote 9 (fs. 907), el que luego fue subdividido mediante plano protocolizado al T° 12, F° 8 según informó a fs. 908.

El 27/11/1969, el Sr. José María Paisil y Raileo vendió el Lote 4a de la Fracción III del lote 9 al Sr. José Salamida (fs. 908). Dicha escritura fue, según el perito, “*otorgada de acuerdo al derecho positivo argentino*” (fs. 909).

Finalmente, el 15/1/2004, José Salamida vendió el mismo lote a Emanuel David Ginóbili, nuevamente en una “*Escritura notarial otorgada de acuerdo al derecho positivo argentino*” (fs. 912). Se aclaró que el lote fue nuevamente mensurado en 1997 y que se designa como Lote 4a1 según registro ante la Dirección de Catastro del 11/12/1997.

El experto también indicó que “*El Estado Nacional Argentino fue primer titular de dominio del lote pastoril 9 de la Colonia Nahuel Huapi*” (fs. 915).

Y concluyó, en definitiva, que el título del actor es un título perfecto (fs. 923).

Por otro lado, del “Informe Final de los resultados del Relevamiento Territorial histórico, social y cultural de la comunidad mapuche Lof Paichil Antriao” (fs. 1218/1321) remitido por la Confederación Mapuche del Neuquén, surge la calificación de un “Primer despojo” con la “*llegada del Estado Argentino*” (fs. 1259).

Ello coincide con lo informado a fs. 1770 en un informe del INAI.

2. Pretensión reivindicatoria (Expte. 11397/2019)

El actor promovió el 3/3/2020 la pretensión reivindicatoria -que fue proveída en el expediente 11397/2019 originalmente caratulado “Ginibili Emanuel David c/ Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y otros s/ interdicto”, el que se recaratuló a fs. 39-.

Solicitó allí que se condene a la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y a todo otro ocupante a restituir la posesión del bien y su vivienda, del mismo inmueble sobre el cual versó el título objeto de pretensión declarativa.

Allí el actor relató que adquirió el bien inmueble de parte de José Salamida, mediante compraventa celebrada el 15/1/2004 y explicó que poseía el bien en forma pacífica hasta que el 13/6/2018 un grupo de personas se constituyó en la vivienda que ocupa el cuidador del lugar, y le exigieron que se retire de la propiedad (fs. 29 vta.).

En dicha ocasión manifestaron que la “*ocupación es rotativa entre los integrantes de la Comunidad*” (fs. 30).

La Comunidad contestó el traslado de la demanda a fs.198/221 y acompañó diversa

documental -algunas de las cuales también fueron producidas en la pretensión declarativa-. Alegó, en lo sustancial, que *“La cuestión es simple: el actor no es propietario y jamás fue poseedor de las tierras”* (fs. 200). Fundó su postura en normas constitucionales, convencionales y legales sobre derecho indígena.

De la prueba producida, surge a fs. 283 que la Municipalidad de Villa La Angostura informó que el actor abonaba los servicios retributivos a través de una inmobiliaria local.

A fs. 337/338, el Registro de la Propiedad Inmueble de Neuquén informó que la titularidad del inmueble objeto de la pretensión le corresponde al Sr. Emanuel David Ginobili.

El testigo Faure declaró que el actor ejercía la posesión del bien, pero que en junio de 2018 se produjo una usurpación del inmueble, explicando que la posesión era también ejercida por el Sr. Guillermo Martínez, quien trabajaba para un Fideicomiso y el dueño lo *“autorizó a través de su apoderado a dormir en la casa y controlar el lote”* (fs. 370).

El Colegio de Escribanos remitió copia certificada de la escritura matriz de la compraventa efectuada (fs. 399/402 y 461/464), la que coincide con la producida en la otra causa.

El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) informó a fs. 580/592 que se realizaron tareas de relevamiento y cartografías, pero que *“según el relato de los distintos componentes, se presta a una ambigüedad con respecto al resultado de la caracterización de la ocupación (...). Se entiende por tanto que, este párrafo es insuficiente a los fines de clarificar y solventar la Ocupación Ancestral, Tradicional y Pública de manera integral en los componentes...”* (fs. 581 vta.). Se aclaró que la documentación anexada al Informe ETO *“no se construye de acuerdo a la metodología de aplicación de la Ley Nacional N° 26.160 y no hace a la caracterización de la Ocupación comunitaria”* (fs. 582).

Dicho informe también advierte que existieron *“tareas de relevamiento (que) se habrían realizado en 2015 momento en que relatan que la Comunidad ejercía posesión de ese espacio territorial; mientras que aclaran que en 2022 cuando el ETO retoma las tareas de relevamiento territorial, la Comunidad ya no continuaba haciendo uso de ese sector.*

Describiendo dos momentos y situaciones diferentes en el tiempo, sobre un mismo espacio territorial determinado” (fs. 583).

Ello motivó luego a un informe del Director del INAI (fs. 584/585) en el que concluyó que no se constata la ocupación tradicional de la Comunidad.

III. Recurso de la demandada Comunidad Lof Paichil Antriao

Los agravios pueden agruparse en dos temas: algunos fundan el pedido de nulidad de la sentencia, mientras otros atacan el fondo de la decisión. Los reseñaré de ese modo para mejor claridad.

*Agravios que versan sobre **la nulidad** de la sentencia:*

-Falta de análisis de admisibilidad formal de la pretensión declarativa y omisión del tratamiento de las defensas articuladas respecto de la vía procesal;

-Inexistencia de incertidumbre en que se funde la pretensión declarativa;

-Contradicción al considerar procedentes ambas pretensiones (declarativa y reivindicatoria), considerando que se rechazó la declaración negativa pretendida en la primera;

-Falta de pronunciamiento específico en la parte dispositiva respecto de la pretensión declarativa.

*Agravios que atacan **el fondo** de la decisión:*

-No aplicación al caso del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y de los “estándares jurídicos haciendo valer las presunciones en torno a la ocupación tradicional y ancestral de la tierra”, considerando que las normas sobre propiedad comunitaria prevalecen sobre las del Código Civil y Comercial; así como una interpretación errónea sobre la ley 23.302,;

-Prioridad al estudio de títulos respecto de los derechos de la Comunidad indígena;

-Falta de demostración del actor de haber poseído el inmueble por sí o por terceros

(alegando que el testigo Martínez, ocupante del inmueble, no conocía a Ginobili; que la Comunidad poseía el bien antes de su adquisición por parte del actor; y que la entrega de la posesión en la compraventa no es suficiente como para acreditar la misma); la Comunidad sostiene que el actor nunca adquirió la posesión del bien, por que *“la ‘compra’ realizada por Ginobili a Salamda no tuvo ningún efecto en la vida real de la Comunidad, que continuaba detentando la ocupación de ese lote y de los aledaños, sin mayor conocimiento de que el Estado y los particulares habían decidido que se trataba de ‘propiedades’ separadas. Las declaraciones realizadas en las escrituras pública acerca del ‘traspaso’ de la posesión no tienen ningún valor probatorio en este juicio porque se trata de manifestaciones de las partes en un acto al que la Comunidad le fue ajena”*.

-La contemplación del propio actor de que el lote fue adquirido por un valor que califica de bajo, *“es porque sabía perfectamente que las tierras eran parte del territorio ancestral”*;

-Valoración de la prueba (en torno al informe emitido por Claudio Avruj; al informe técnico acompañado por el INAI; la existencia de un relevamiento territorial finalizado, con informe de la Provincia de Neuquén y cartografías presentadas; la posesión ejercida por la Comunidad en ciertos sectores del inmueble).

IV. Recurso de la parte actora

La parte actora apeló la sentencia, cuestionando la imposición de costas por ausencia de legitimación pasiva de ciertas personas, que consideró no demandadas originariamente.

Me remito a la reseña efectuada por el juez Furlotti.

V. Resolución del recurso de la demandada

1. Improcedencia de la declaración de nulidad (y su eventual reenvío)

Abordaré en primer lugar los aspectos del recurso de la demandada que atacan la validez de la sentencia como acto jurisdiccional y que el juez Furlotti estimó procedente.

Adelanto que, según mi visión, el planteo de nulidad no procede y ello constituye el

motivo central de mi disidencia.

1.1. Sobre la nulidad de la sentencia

Sobre la nulidad de las sentencias, explica Kielmanovich que *“El recurso de nulidad, en cambio, se refiere a los defectos propios de la resolución, referidos a sus requisitos de tiempo, forma y lugar como también a los subjetivos y de idoneidad objetiva de tales actos, v.gr., contra la resolución pronunciada por el juez una vez que se ha desprendido de la competencia; vale decir, no contra sentencia injusta sino irregular, y sin que sea necesario que al interponerlo se lo califique como tal, aunque sí al expresar los agravios, oportunidad en la que deberá puntualizarse, crítica y razonadamente, el perjuicio y el interés que se pretenden subsanar, máxime que la nulidad no procederá cuando los agravios pueden ser reparados por la apelación per se. Así como se ha admitido que la interposición del recurso de apelación no excluiría la procedencia del de nulidad no calificado expresamente como tal, consideramos que la deducción del recurso sólo calificado como de nulidad debe entenderse como comprensivo del de apelación, y por ende debe ser concedido con tal alcance, máxime que, frente a una situación dudosa, debe estarse en favor de la apelabilidad, como hemos explicado en el comentario al art. 242, incluso por aplicación del principio del in dubio pro actione pacíficamente admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

En este sentido se ha dicho que la nulidad de la sentencia sólo procede cuando ésta adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional; o se circunscribe a los errores o defectos de la sentencia motivados por vicios nacidos en la construcción del decisorio, como, por ejemplo, la ausencia de fundamentación del fallo, la expresión oscura e imprecisa, la omisión de decidir cuestiones esenciales, el pronunciamiento sobre pretensiones no propuestas por las partes o ya la omisión de atender prueba esencial producida en autos” (Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, comentario al art. 253).

Al estudiar los requisitos de la sentencia, Alvarado Velloso y Calvinho resumen el tema del siguiente modo (ver Adolfo A. Alvarado Velloso y Gustavo A. Calvinho, Manual

de derecho procesal: teoría general del proceso, Ediciones AVI, Rosario, 2025, pág. 530 y ss.).

En primer lugar, la sentencia tiene requisitos de eficacia de carácter extrínseco, definidos como *“las condiciones que son necesarias de cumplir por el juzgador para que el documento que emite tenga eventualmente validez como norma jurídica que resuelva, al menos aparentemente, el litigio acerca del cual recae”*.

Dichos requisitos de eficacia pueden ser externos o internos. Los externos se vinculan con la autoridad que dicta la sentencia, quien debe estar legitimada constitucionalmente para hacerlo; con la necesidad de resolver el litigio; y con el momento y lugar de su dictado. Los requisitos extrínsecos internos, se refieren a los puramente formales que debe contener el documento.

En segundo término, la sentencia debe cumplir con requisitos de eficiencia, siempre de carácter intrínseco, que apuntan a la *utilidad* de la sentencia como norma jurídica individual para resolver definitivamente el litigio.

Ello implica que la sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes que *“enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto”*. Sobre ello, explican los autores citados que *“el juez debe comenzar por conocer y comprender cabalmente cuál es la pretensión demandada que es, precisamente, lo que el pretendiente espera obtener mediante la sentencia”*, añadiendo que en *“los denominados considerandos (...) explica sencillamente la razón por la cual considera regularmente confirmado el hecho litigioso, razonando (motivando) cómo ha valorado la respectiva prueba, analizando su fiabilidad, pertinencia, idoneidad, grado de acreditación, estándares probatorios, reglas de exclusión de pruebas, pruebas contradictorias, etcétera... y cómo subsume los hechos que considera regularmente confirmados en la normativa general y abstracta preexistente (motivación) y cuál es la consecuencia que tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos (solución). Por supuesto, al ser la sentencia un acto de clara esencia normativa, finaliza en una decisión o fallo relativo a la pretensión deducida...”* (Alvarado Velloso y Calvino, op. cit., pág. 534).

En palabras de Alvarado Velloso y Calvino, la declaración de nulidad es la sanción

que priva de efectos a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables: *“la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha) sino también en cuando a sus demás elementos”* (Adolfo A. Alvarado Velloso y Gustavo A. Calvinho, Manual de derecho procesal: teoría general del proceso, Ediciones AVI, Rosario, 2025, pág. 266).

El art. 273 del CPCA, hoy vigente, regula con claridad los supuestos de nulidad: *“La resolución recurrida por nulidad deberá ser dejada sin efecto cuando: 1. Contenga vicio de incongruencia; 2. No respete u observe los requisitos formales fijados a su respecto o sea dictada luego de que el procedimiento contenga un vicio sustancial no consentido que genere indefensión; 3. Sea incoherente la decisión con su motivación; 4. Exprese fundamentación aparente”*.

No coincido en que la sentencia resulte nulificable por observarse un vicio de incongruencia, como apunta mi colega preopinante y tal como sostiene la recurrente.

Analizaré los agravios de la accionada, en un orden diferente a los planteados. Veamos.

a) El inicio de una pretensión meramente declarativa y la integración de la litis

El actor inició en el año 2007 una pretensión declarativa de certeza a los fines de que se declarara, al mismo tiempo, la existencia de un título perfecto y la inexistencia del derecho de propiedad por parte de los demandados, sobre el inmueble que compró.

Como ya fue reseñado, en su escrito de demanda aclaró que procuraba la declaración de *“inexistencia del derecho de propiedad que invocan los demandados, mediante supuestos imperfección del título”* del actor (pág. 39 vta. del expediente papel 559/2007). Ello, porque *“los demandados ponen en duda el derecho de propiedad de nuestro mandante, le impiden ejercer derechos propios del dominio como lo es el de alambrar, no con violencia física directa aunque sí mediante amenaza...”* (pág. 39 vta.). Y sostuvo allí mismo que la *“auto-proclamada”* Comunidad y sus integrantes -así calificó a los demandados- promovieron *“acciones manu-propia, de manera de ‘presionar’ y tal vez ‘extorsionar’ o ‘privar de la*

libertad’ a los propietarios para el reconocimiento de derechos que no tienen legalmente, turbando primero y desposeyendo para la ley civil después a nuestro mandante en su posesión sucedida singularmente, por títulos perfectos, a título oneroso y de buena fe” (pág. 45).

Y el propio actor aclaró que pretendía demandar a los integrantes de la por entonces “auto-proclamada” Comunidad, o a la Comunidad misma en caso de que el juez la considerase susceptible de legitimación procesal. Ello quedó plasmado a fs. 50, cuando el propio actor solicitó al juez que *“informe si objetivamente considera que la Comunidad tiene legitimación o en caso contrario y conforme lo proveído con fecha 13/3/2007, se autoriza a la notificación de cada uno de sus integrantes”*.

Puede concluirse, en este punto, que la pretensión del actor se dirigió contra una Comunidad Indígena que, por entonces, no tenía personalidad jurídica propia y, por ello, solicitó al juez que integrara el polo pasivo del proceso o bien con la por entonces “auto-proclamada” Comunidad, o bien con sus integrantes.

Y si bien, como reseña el juez Furlotti, inicialmente se convocaron al proceso a personas humanas individuales, el propio juez de grado -con cita a un precedente de esta misma Cámara, dictado en el año 2011- resolvió a fs. 1066/1067, el 27/10/2011, que correspondía citar en calidad de parte demandada a la Comunidad Lof Paichil Antriao, disponiendo el traslado de demanda y su notificación.

La Comunidad fue así notificada y contestó demanda a fs. 1101/1113, por lo que el juez subrogante -quien comenzó a entender a raíz de la recusación formulada respecto del magistrado titular- tuvo por contestada la demanda a fs. 1184.

Todo ello ocurrió en virtud de la presentación espontánea que efectuó la comunidad a fs. 621, en la que manifestó que *“en virtud del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, el art. 14.1 del Convenio 169 de la OIT y el art. 53 de la Constitución Provincial, entre otras normas de derechos humanos, la posesión que ejerce nuestra mandante la constituye en propietaria del predio que la actora reclama”*.

Es decir que, finalmente, el juzgado dio respuesta a un asunto que fue requerido desde

la etapa postulatoria por el propio actor, cuando el promotor del juicio solicitó que “*se expida S.S. sobre la legitimación de los demandados, como comunidad...*” (fs. 39), aclarando que “*un grupo de personas, que dicen ser mapuches y miembros de una Comunidad llamada Paichil-Antreao, reclaman la propiedad de las tierras...*” (fs. 38).

De allí que corresponde concluir que tanto el actor como la Comunidad demandada - quien ingresó al proceso tardíamente, pero fue debidamente notificada y contestó la demanda- coinciden en que los actos fueron desplegados por integrantes de la Comunidad como tales, y no a título personal.

Así, advierto que más allá de las irregularidades procedimentales -que son, en este punto, meras “desprolijidades”- **ha quedado claro el objeto de la pretensión, los sujetos activo y pasivo, y la causa de la misma.** El actor pretendía, frente a una situación fáctica que **no está discutida por la Comunidad** -cual es el reclamo sobre la posesión y propiedad de las tierras-, la declaración de su título perfecto y la declaración negativa sobre el derecho de propiedad de la Comunidad.

Aclarar esto parece importante, por dos motivos. Por un lado, porque las omisiones apuntadas por el juez Furlotti en su voto no pueden, a mi modo de ver, constituir errores groseros que tornen nula la sentencia por violación al principio de congruencia, sino que deben ser leídas a la luz del desarrollo del proceso, en el cual el propio juzgado de primera instancia primero consideró legitimados pasivos a ciertas personas humanas, para luego “advertir” que la verdadera legitimada pasiva era la Comunidad.

La omisión apuntada de resolver la “situación procesal” de algunas personas - estrictamente, de hacer lugar o no a la pretensión simplemente declarativa respecto de un demandado a título *subsidiario*- no parece en este caso relevante, dado que el propio devenir del proceso permitió tener claro el origen del conflicto y la posición jurídica asumida por los distintos litigantes.

A todo evento, dicha omisión podría haberse salvado mediante una simple aclaratoria.

En palabras de Falcón, la aclaratoria, tanto de oficio cuanto a pedido de parte, no pretende un cambio de la decisión, fundamento y razón de la decisión, que es la esencia del

concepto de recurso. Dice el prestigioso autor: *“La aclaratoria sólo viene a completar la decisión sobre aspectos accidentales y omisiones de la misma que no hacen a su esencia (...). No se impugna la sentencia (...), porque ella no se considera equivocada en cuanto a lo que decide; no se pretende su rescisión ni su sustitución por otra; no se aspira a modificar un error de fondo de contenido sino una deficiencia de expresión. (...). La aclaratoria se resuelve con una nueva resolución simple integrativa de la anterior. De acogerse la aclaratoria (dice con propiedad Morello, 1959, p. 619) la resolución consecuente integra la sentencia aclarada, formando con ésta un todo orgánico y lógico que debe computarse como única pieza, indivisible en cuanto a sus efectos, compuesta de dos actos procesales sucesivos en el tiempo, mas no en sus alcances jurídicos”* (Falcón, Enrique, “La aclaratoria (alcance y contenido)”, en Arazi, Roland, *Revista de Derecho Procesal: Medios de Impugnación. Recursos. I*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2021, versión online).

De allí que la omisión apuntada como esencial por mi colega, puede ser salvada mediante aclaratoria o mediante la facultad que asiste a la Alzada en el art. 278 del CPCyC hoy derogado o del art. 250 del CPCA.

Sobre dicha facultad, Palacio explica: *“Con anterioridad a la promulgación del CPCCN no existía unanimidad de criterio, en el ámbito jurisprudencial, acerca de si, no interpuesta la aclaratoria y deducido el recurso de apelación, el Tribunal de Alzada se hallaba facultado para suplir omisiones de la resolución apelada. El art. 278 del mencionado ordenamiento resuelve la cuestión en sentido afirmativo en tanto prescribe que ‘el tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios’. La norma debe considerarse extensiva a las restantes causales que autorizan la interposición del recurso analizado (errores materiales y conceptos oscuros)”* (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2022, t. III, ap. 618).

Pero en todos los casos, ello obedece a un pedido expreso de la parte interesada.

En nuestro caso, la accionada alega que *“resulta insólito que de la lectura de la Sentencia no se pueda leer claramente si hace lugar o rechaza la demanda, y que ni siquiera*

esta circunstancia se pueda apreciar claramente en la parte dispositiva del fallo”, lo que debe ser interpretado como un pedido de integración de la sentencia ante una omisión flagrante.

Ahora bien: es muy claro que la sentencia razonó la solución en sus considerandos, mas omitió expresarlo en la parte dispositiva en forma clara. Una visión integradora derivada de los arts. 278 del CPCyC y 250 del CPCA, permite lisa y llanamente expresar dicha omisión, sin perjuicio de la eventual revisión que se despliegue con motivo del recurso de apelación.

Es que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; por ello exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, ya que de lo contrario, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 349:269, del dictamen que la Corte hace suyo).

Ello, insistiendo en que no avizoro, como lo hace el juez Furlotti, una incoherencia entre *“las razones fundantes y la norma singular que dicta”*. Si bien la sentencia adolece de dicha oscuridad en su parte resolutive, ello es salvable mediante la aclaratoria o las reseñadas facultades de Alzada, dado que el fallo **sí razonó sobre su decisión** y fue claro respecto a que la declaración de certeza prospera respecto de la Comunidad codemandada.

Sólo una visión que priorice las formas sobre el fondo del asunto impediría verificar que el juez de grado razonó lo siguiente respecto de la pretensión: *“que se declare la inexistencia de derecho de propiedad alguna por parte de la Comunidad Lof Paichil Antreao, sobre las tierras adquiridas (declaración negativa) y que se declaren perfectos los títulos de propieda de este...”*.

La sentencia es clara respecto del único legitimado pasivo del proceso, todo lo cual guarda relación con la propia postulación del actor. El accionante fue claro al respecto desde su escrito de demanda, pero el desarrollo procedimental se tornó laberíntico y perdió el foco

sobre el verdadero eje de la cuestión.

Insisto: el actor dirigió su pretensión, desde el inicio, contra “*un grupo de personas, que dicen ser mapuches y miembros de una Comunidad llamada Paichil-Antreao-, reclaman la propiedad de las tierras...*” (fs. 38), por lo que solicitó que “*se expida S.S. sobre la legitimación de los demandados, como Comunidad...*” (fs. 39).

El foco perdido durante el desarrollo del procedimiento -que no privó a la Comunidad de ejercer su derecho de defensa- fue retomado en la sentencia y, más allá de cualquier válido cuestionamiento sobre su prolijidad, resolvió lo esencial del caso y dejó en claro que la única legitimada pasiva de la pretensión declarativa es la Comunidad demandada.

Por tal motivo, entiendo que la cuestión bien podría resolverse mediante la aclaración de omisiones, lo que será analizado más adelante.

Por otro lado, porque la pretensión esgrimida en 2007 tiene notas que quedan subsumidas, bien que con otro objeto, en la pretensión deducida en 2020. Ello también importa, puesto que, como se verá, resolver positivamente la acción reivindicatoria importa reconocer el derecho de propiedad sobre el actor -mismo sujeto- respecto de la misma legitimada pasiva -la Comunidad Indígena- y por ende, la apuntada omisión en la resolución expresa de la primera pretensión no hace a la regularidad o irregularidad de la sentencia.

En este escenario, creo que la exigencia que impuso mi colega preopinante a que la sentencia efectuara un análisis profundo de los recaudos de admisibilidad, deviene como un recaudo meramente formal que ningún gravamen genera para las partes.

Ello, nuevamente considerando que *el verdadero conflicto del plano social* que engloba ambos procesos, es precisamente el estado de incertidumbre generado por una persona que pretende invocar su calidad de dueño y ejercer todos los derechos derivados del dominio; y otra persona -una Comunidad Indígena- que invoca su posesión tradicional y los derechos de propiedad comunitaria indígena.

En ese marco, la declaración de certeza buscó despejar una incertidumbre propia que la demandada reconoció, relativa al debate sobre la propiedad y posesión tradicional del bien y su adecuada transmisión.

Repárese que el estudio de títulos en que se basó la declaración de certeza importa “*el examen idóneo de los antecedentes del derecho transmitido, lo que en muchos casos permitiría **conocer vicios u otro tipo de irregularidades** que el Registro no informa y no purifica (...). Es trascendente a veces conocer los antecedentes dominiales, no tanto por el acto notarial en sí mismo, sino por el negocio que subyace, lo que significa **saber el estado del inmueble que se transmite y los orígenes del derecho de quien enajena**”* (Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021, t. II, pág. 506). Todo ello se encontraba en discusión no sólo al momento de interponer la primera demanda, sino también al momento de la promoción de la pretensión real.

Promovida la pretensión reivindicatoria basada en el mismo conflicto social, lejos está de despejar la incertidumbre propia de la pretensión declarativa, sino que es un correlato de aquél conflicto originado antes del año 2007 entre el adquirente del inmueble y quienes invocan su derecho comunitario.

b) La pretensión reivindicatoria y el tramo negativo de la declarativa

Doce años después de iniciar el primer proceso, el actor promovió en el año 2020 una pretensión reivindicatoria, alegando ser el dueño de la propiedad, haber adquirido su posesión y haber sufrido un desapoderamiento por parte de los demandados. Ello, sobre los mismos inmuebles.

Como ya lo deslicé, no observo incompatibilidad absoluta entre ambas pretensiones y coincido, en esencia, con el argumento del juez Furlotti, en punto a que “*el marco de conocimiento de la acción reivindicatoria (posterior) parece comprender (absorber) la sustancia de la acción meramente declarativa (anterior)*”.

La vinculación entre ambas pretensiones es patente, pero no hallo ninguna incompatibilidad entre ambas, puesto que una pretende declarar la “perfección” del título, es decir, que exista una cadena de actos jurídicos válidos dispuestos por los legitimados que justifiquen la compraventa final que efectuó el actor; y otra pretende atacar el desapoderamiento sufrido invocando la calidad de dueño.

A más de hipotetizar que durante esos doce años que transcurrieron el estado de

incertidumbre pudo haber finalizado, tampoco puede olvidarse que si el actor se consideró finalmente titular del derecho de propiedad sobre el bien, y sobre esa base fundó su pretensión reivindicatoria, su actuar no sólo no es incoherente e incompatible, sino todo lo contrario: desde el año 2007, el mismo actor pretende ejercer los derechos dominiales que emanan de su título de propiedad.

En este marco, no comparto la conclusión del vocal preopinante en punto a que existe una contradicción lógica. Si bien el juez Furlotti cuestiona que *“en el marco de la acción meramente declarativa sostuvo que él no podía resolver si la Comunidad Mapuche tenía un mejor derecho a las tierras en litigio; luego, en la acción reivindicatoria, sí juzgó que aquella no tenía ese mejor derecho porque no había acreditado la alegada ocupación ancestral”*, no comparto tal conclusión.

Cuando el juez de grado entendió que no procedía acoger la declaración negativa (de que la Comunidad no tenía derecho de propiedad), lo hizo en el entendimiento de que la ley nacional 23.302 otorga competencia al Poder Ejecutivo para el “otorgamiento” de tierras. Y aclaró que ya había *“declarado positivamente la perfección del título”*.

Si bien no comparto dicha solución, que llega firme y no muta, en esencia, la declaración de título perfecto y la calificación del actor como “dueño” para el ejercicio de su pretensión reivindicatoria, no avizoro en qué punto hay una contradicción argumentativa como la apuntada en el voto que antecede.

Ello, más aún si el juez declaró que el título del actor era perfecto, al resolver parcialmente la acción declarativa. A diferencia de lo que entiende el juez Furlotti, no creo que el juez se apoye en argumentos que se excluyan entre sí, sino que al rechazar el tramo de declaración negativa de la pretensión declarativa, lo hizo no por la ausencia de derechos de Ginobili o de la Comunidad, sino que así lo dispuso por *“no sólo por ya haber declarado positivamente la perfección del Título, sino (...) no siendo el suscripto quien puede determinar eso conforme las disposiciones de la mencionada ley 23.302”*.

Una interpretación razonable de tal frase implica que el juez reconoce las facultades estatales vigentes en materia de reconocimiento de propiedad y posesión indígena (art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y ley 23.302), sin perjuicio de reconocer que el actor es

el dueño de las tierras.

Lo que interpreto que el juez quiso decir, en definitiva, fue que el art. 8 de la ley 23.302 establece que será “*La autoridad de aplicación*” quien “*elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras conforme a las disposiciones de la presente ley*”. Ese fue el argumento por el cual desecha la pretensión declarativa “negativa”, pero ello no resulta incompatible con lo resuelto respecto del título perfecto.

No se trata aquí de discutir si existe un “mejor derecho”, sino que debe analizarse si existe un reivindicante con derecho de propiedad y un reivindicado sin él, que esté despojando la posesión de un bien.

El hecho de haberse resuelto positivamente el tramo de la pretensión articulada en el año 2007 implica que su título fue perfecto y que no existió una adquisición *a non domino* o viciada de nulidades formales, sino una transmisión perfecta por parte de los titulares anteriores, conclusión a la que se arriba únicamente mediante un estudio de títulos como el practicado en el proceso declarativo.

Si a ello le sumamos que, conforme la reivindicatoria luego articulada, alegó ser el único dueño del bien y lo acreditó -esta vez, no sólo invocando un título, sino también invocando el modo (la posesión)-, el acogimiento de la pretensión reivindicatoria implica necesariamente considerarlo titular del derecho real de dominio, lo que equivale a concluir que ni la Comunidad, ni ninguna otra persona (puesto que no se alegó la existencia de condominio) tenga derecho de propiedad sobre el bien.

Es que el derecho de propiedad es excluyente y oponible *erga omnes* y, como tal, declarado dueño de un bien una persona, implica que nadie más será dueño de ese mismo bien.

Como sencillamente lo explica Kiper al aludir al art. 1943 del CCyC: “*Así como no pueden coexistir dos derechos de dominio sobre la misma cosa (salvo que haya condominio), tampoco pueden concurrir el dominio y otro derecho real en cabeza de la misma persona*” (Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021, t. I, pág. 252).

Así, estoy de acuerdo con la conclusión del juez Furlotti en cuanto sostiene que “*el marco de conocimiento de la acción reivindicatoria (posterior) parece comprender (absorber) la sustancia de la acción meramente declarativa (anterior)*”. Es que si el análisis de la reivindicatoria parte de la premisa de la legitimación activa en cabeza del titular dominial, entonces ello supone despejar cualquier incerteza respecto de la existencia de propiedad sobre el inmueble, adquirida de modo regular.

Así, dada la “comprensión” del carácter de dueño en que se basa el juicio de conocimiento sobre la meramente declarativa, el primero bien podría subsistir en forma autónoma aún si se compartiera la propuesta de nulidad de la segunda. No veo la dependencia que lleve a la declaración de nulidad “como consecuencia de la nulidad anterior”.

Finalmente, respecto del alcance de la sentencia, no advierto que la expresión “demás ocupantes” genere una nulidad de tal gravedad que amerite la solución postulada por mi prestigioso colega.

Si bien en palabras de Kiper “*la cosa juzgada extiende sus efectos respecto de todos los que pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio, aunque no hayan intervenido en el juicio...*” y “*La acción, por su naturaleza real, tiene efecto erga omnes*”, con el límite de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso en casos de actos nulos (Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021, t. II, pág. 464 y 465), lo cierto es que el actor dirigió su pretensión contra “*la Comunidad Mapuche LOF Paichil Antriao; y contra todo otro ocupante*” (fs. 28 del expediente 11397/2019), alegando que “*la cadena de títulos y el tracto ininterrumpido respecto de la propiedad objeto de esta litis*” lo tornan dueño del inmueble (fs. 29). Allí mismo hizo referencia a la pretensión declarativa iniciada en el año 2007.

Aclaró el actor en su demanda que, conforme surgía de un acta de constatación desplegada en el marco de un interdicto, el desapoderamiento ocurrió mediante una “*ocupación (que) es rotativa entre los integrantes de la Comunidad, motivo por el cual la presente demanda está cursada contra 1) la comunidad, 2) toda otra persona o comunidad que resulte ocupante actual o que pudiere ser colocada en el inmueble por la demandada,*

así como también 3) contra los posibles poseedores del lote y/o 4) quien detente la propiedad de mi mandante en nombre de otro” (fs. 30).

Luego, desistió a fs. 237 de la pretensión dirigida contra *“toda otra persona o comunidad que resulte ocupante actual del inmueble, quedando en consecuencia trabada la litis con la Comunidad Paichil Antriao con quien se mantiene la acción y quien ya ha contestado demanda”*.

Observo que la condena a “los demás ocupantes”, es efectivamente una decisión extra petita y que, como ha sido motivo de apelación -puesto que la accionada califica de incongruente la sentencia-, la solución debería pasar por analizar el recurso en cuestión en lugar de declarar la nulidad de toda la decisión.

En efecto, esta Alzada ha resuelto numerosas apelaciones que versaban sobre vicios de arbitrariedad e incongruencia, priorizando la solución final del pleito.

Por ejemplo, en “BARJAU ARIEL GUSTAVO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ACCIÓN CIVIL” (EXD 103813/2022, disponible en [Rauli](#)), esta Sala ha sosenido que: *“la sentencia de primera instancia es arbitraria en cuanto establece que mediaba un vínculo laboral (...); es incongruente porque introduce consideraciones fácticas ajenas al debate (fijación del hecho dañoso) y fundamenta la responsabilidad civil (...) en una imputación jurídica no invocada; y, por último, también es incongruente y carece de debida motivación en cuanto al factor de atribución (...).*

Por el contrario, en tanto la parte actora no logró demostrar la teoría del caso propuesta en su demanda (...), al tiempo que incurrió en deficiencias postulatorias insalvables (...); no cabe más que revocar la sentencia y rechazar íntegramente la demanda”.

En este escenario, no considero que el vicio apuntado -que existe- configure una causal de nulidad, sino que la crítica efectuada impone revocar la sentencia recurrida en cuanto condenó a “demás ocupantes” en el marco de la pretensión reivindicatoria.

c) La coexistencia de ambas pretensiones

No entiendo en qué medida la promoción de pretensiones diferentes puede agraviar a la parte condenada. A todo evento, lo que debería agraviar es el argumento de la decisión, mas no el derecho de peticionar ejercido por un ciudadano mediante la acción procesal.

Tampoco observo que ambos litigios pretendan decidir un “derecho preferente” sobre las tierras en litigio. Hay una parte que alega haber adquirido el bien, a título oneroso, explicando la cadena de adquisiciones previas. Solicita la declaración de que su título es perfecto y, doce años más tarde, se declara dueño y pretende reivindicar los bienes.

No hay aquí “preferencia” de derechos. O hay derecho de propiedad en una persona - el actor- o no la hay.

Y aquí me permito hacer una acotación, que será dirimente para resolver el agravio de la accionada sobre el punto: si la pretensión declarativa de certeza no reunía los recaudos para su análisis, la solución era rechazar la pretensión, pero no declarar la nulidad de un pronunciamiento.

En efecto, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si *“la discusión entre las partes no se refiere a un conflicto cierto y actual de intereses, sino a un conflicto hipotético que podría tener lugar”*, lo adecuado es *“Rechazar la demanda interpuesta”* (ver, entre muchos otros: Fallos: 348:967).

Sin embargo, no coincido con la postura de la demandada recurrente. Es que de los propios términos de su impugnación, surge aquí un conflicto relativo a la aplicación de normas nacionales e internacionales y del bloque de constitucionalidad federal, relativa a la posesión y propiedad de las tierras de comunidades indígenas.

De hecho, la postura de la Comunidad demandada ha sido la de defender el territorio en cuestión, como de su propiedad comunitaria.

Esa mera circunstancia torna patente una situación de incertidumbre e incerteza -que se materializó, incluso, en desapoderamientos, denuncias policiales, y luego una pretensión de reivindicación-, que justifican en sí mismo el estado de incertidumbre inicial que el actor tenía al presentar su demanda.

Lo curioso es que, en el marco de dicha causa, ha quedado acreditado que el actor **sí tiene un título perfecto** y que por ende su compraventa resultó un acto jurídico absolutamente válido.

¿Era razonable dudar de la perfección de dicho título? Considero que la duda en la que estaba el actor fue, precisamente, respetuosa de los eventuales derechos que podrían invocar los terceros, dada la situación fáctica existente a dicha época -desapoderamientos y cuestionamientos por parte de la Comunidad y sus integrantes-.

La falta de motivación sobre la admisibilidad formal de la pretensión declarativa no puede dar lugar a la nulidad de la sentencia por sí misma, puesto que ello constituiría un formalismo que es fácilmente zanjado con la existencia de un estado de incertidumbre.

1.2. Sobre el reenvío

A todo evento, tampoco compartiría la decisión del eventual reenvío en caso de considerarse nula la sentencia.

En el régimen del Código Procesal Civil Adversarial (CPCA), queda claro que el recurso de apelación comprende al de nulidad (art. 258, parte final). Con la nueva regulación especial del recurso de nulidad -que incluso puede interponerse en forma autónoma-, ha quedado claro en el art. 274: *“Cuando se anule la resolución recurrida y no sea posible la recomposición, se reenviará el proceso a nuevo juez para que dicte la que corresponda y continúe el procedimiento”*.

De allí que, el principio general, es la recomposición del litigio; y excepcionalmente procede el reenvío por parte de la Alzada.

Ahora bien: el recurso fue interpuesto y admitido en segundo grado a la luz del derogado CPCyC.

De allí que estimo aplicable al caso la doctrina emanada del Tribunal Superior de Justicia en “VARNI, MARÍA ALICIA Y OTROS c/ GÓMEZ SAAVEDRA, GUILLERMO F. Y OTROS s/ ACCIÓN DE FRAUDE” (Expediente JJUCI1 26.459/2010, disponible en [Raulí](#)), en el que se sostuvo que:

“En cuanto a las dificultades técnicas que acarrea a la Alzada pronunciarse por primera vez sobre ciertas cuestiones, agrega la autora citada que sin perjuicio de que ello obliga a una metodología de trabajo diferente, la eficacia del servicio de justicia impone a los tribunales de alzada el cumplimiento cabal del artículo 253 que establece la prohibición del reenvío. No existe ningún principio superior afectado, pues debe tenerse presente que en todo lo que el tribunal de segunda instancia está habilitado por el recurso para entender, tiene plenitud de conocimiento, tal como lo tenía el juez de grado. Al tener el Tribunal de Alzada la plenitud de jurisdicción para conocer de aquello que fue sometido por la apelación (y la nulidad implícita), puede examinar lo que ha sido materia de apelación en todos los aspectos, asumiendo competencia plena sobre todo el material litigioso (ibídem).

Similar criterio auspicia Morello, al señalar ... Lo ideal respecto de la actuación de las Cámaras es que ejerzan competencia positiva, impidiendo la corruptela de un reenvío oscuro y complicante ...” (Morello, Augusto M., El proceso civil moderno, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, pág. 395).

(...) En esta línea se ha expuesto que ... cuando se pergeña un código, el proceso debe programarse sobre dos grandes bases que constituyen su sustento esencial: inviolabilidad de la defensa en juicio (que es el eje mismo) y economía procesal (que es la condición para que la justicia no deje de serlo por su retardo). En tal orden de ideas, no cuadra emplear la actividad jurisdiccional predeterminando que tendrá una consecuencia innecesariamente postergadora y duplicadora de sentencias. Una sentencia debe definitivamente zanjar el conflicto y no, desperdiciando la ocasión, ser fuente del mantenimiento de la incertidumbre y de provocación de una fútil reiteración de fallos ...” (Azpelicueta, Juan José, Los poderes-deberes de la Alzada ante la revocación de una defensa de fondo (reenvío o competencia plena)”, E.D. 157-155).

(...) de conformidad a lo establecido en el artículo 271 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, la Cámara de Apelaciones debe asumir en plenitud todas las cuestiones sometidas a su consideración.

Nótese que en este caso, el pleito estaba completamente tramitado, por lo que no existía estado de indefensión alegable por ninguna de las partes, para impedir que la

cuestión de fondo fuera resuelta por la Alzada, si esta última consideraba que el caso no era abstracto. Es decir, habilitada como estaba por los agravios de las partes, nada obstaba que revocara el fallo de grado, si lo consideraba errado, y emitiera su pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Al llegar el expediente a la Cámara en virtud de un recurso de apelación, es el Tribunal de Alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde entonces la misma posición que tenía el juez de la primera instancia; le corresponden idénticos deberes y derechos. Puede, entonces, confirmar, reformar en todo o en parte o sustituir la sentencia recurrida.

Cuando en su expresión de agravios el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la revocación del fallo, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce ex novo sobre todas las cuestiones controvertidas, con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez en grado.

Ha dicho la Corte Suprema al respecto que ... el hecho de haber atacado la apelante en sus agravios la totalidad de lo resuelto en la instancia anterior, al solicitar se lo revocase en forma completa, revierte a la Cámara la plenitud de su jurisdicción ...” (Fallos: 298:429).

En suma, no vulnera derecho de defensa alguno el Tribunal de Alzada que, contando con todos los elementos de hecho y derecho necesarios, revoca la decisión anterior y se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de la demanda.

Con particular referencia al supuesto del caso abstracto, como el que aquí acontece, se ha sostenido que ... si un juez, equivocadamente, entendió que la cuestión era abstracta y el recurrente demuestra que ese litigio todavía contenía una concreta pretensión litigiosa, razones de economía y congruencia del sistema apelatorio están indicando que puede (y debe) fallarse el fondo del asunto y evitarse el reenvío ...” (Benabentos, Omar, Recursos de Apelación y Nulidad, Ed. Juris, p. 324).

(...) En tercer lugar, debe tenerse especialmente en cuenta que nuestro sistema procesal civil únicamente prevé el denominado reenvío”, en materia casatoria. Y aún en el

ámbito recursivo extraordinario, su recepción es acotada: solo se contempla para los Recursos de Nulidad Extraordinarios, y además, se restringe a los supuestos en que no fuera posible la resolución positiva de la causa (artículos 17 y 21 de la Ley N° 1406).

De ello se sigue que, si en el ámbito de los recursos extraordinarios locales el legislador provincial limitó la alternativa del reenvío, tanto más resulta ello aplicable a la doble instancia ordinaria.

Es que, inversamente a lo que acontece en la segunda instancia donde la jurisdicción es plena, en la etapa casatoria el ámbito de conocimiento resulta limitado y excepcional –solo se activa luego de sortear una serie de vallas formales, y siempre que se invoquen causales legales específicas, quedando al margen, por vía de principio, la revisión de los hechos-. Pese a tal delimitación de competencia, este Tribunal Superior de Justicia, cuando acoge los remedios extraordinarios, por regla general, debe recomponer el litigio y solo excepcionalmente, disponer el reenvío de la causa a las instancias anteriores.

Puede deducirse entonces que cuando en nuestro ordenamiento procesal se ha considerado procedente la facultad del reenvío –en términos similares al dispuesto por la Cámara-, se ha estipulado de modo expreso y preciso.

(...) De todo lo hasta aquí expuesto, se colige que cuando la Cámara nulificó la sentencia de grado -que no se había pronunciado sobre todas las cuestiones planteadas por haber declarado abstracto el asunto-, si consideraba que el caso no había perdido vigencia, en ejercicio de su facultad plena, debió resolver todos los temas que integraban la relación procesal y no devolver la causa al Juez de Primera Instancia con ese fin.

Asiste por ello razón al recurrente cuando denuncia que, al actuar como lo hizo, la Alzada infringió las normas procesales que regulan la actividad de los tribunales ordinarios de apelación ya citadas, lo que determina la procedencia del recurso casatorio impetrado (...).”.

Creo que en dicho precedente, el TSJ moduló la facultad de reenvío, aún bajo la vigencia del nuevo CPCA. Si el reenvío se restringe a los supuestos en que no fuera posible la resolución positiva de la causa (artículos 17 y 21 de la ley 1406), entonces la condición

establecida por el art. 274 del CPCA de que “no sea posible la recomposición” debe interpretarse en forma estricta y, en consecuencia, el reenvío debe ocurrir sólo en casos excepcionales.

Claro está que lo expuesto rige para el ámbito de recursos que determinan nulidades de sentencias, y no los casos excepcionales donde la Alzada revoca el acogimiento de una excepción y manda a dictar una nueva sentencia que aborde el fondo del asunto.

De allí que no comparto el reenvío del caso a un nuevo juez, mucho menos si se advierte que uno de los procesos se inició en el año 2007 y ello implicaría, en los hechos, una mayor dilación en la solución final de la causa.

2. Sobre los agravios contra la decisión

Descartada la pretendida nulidad de la sentencia, abordaré entonces los agravios de la demandada en forma conjunta, puesto que procuran atacar, en esencia, la valoración de la prueba y el derecho aplicable y la determinación de la existencia de propiedad y posesión en cabeza del actor o de la Comunidad.

3. Conclusiones sobre las pruebas producidas

Observo de la prueba recabada y reseñada anteriormente una conclusión relevante: el Estado Nacional fue el titular originario y poseedor del inmueble objeto del proceso, el que se ubicó en la denominada “Colonia Nahuel Huapi”, y fue el propio Estado quien otorgó la posesión del bien primero y la propiedad después a los Sres. Paisil y Andreu, en los términos de la ley 1501 y mediante decreto 627/1902.

Esa posesión en manos de dos individuos particulares data del año 1902, y adquirieron la propiedad del bien en el año 1915.

Dicha propiedad fue luego transferida por sucesión por causa de muerte, a los herederos. Luego fue dividido el condominio, y tras ello vendida a José Salamida por su adjudicatario.

Finalmente, Salamida transfirió la propiedad del bien a Ginobili, mediante un título

que fue calificado como “perfecto” por el perito. Y ello coincide con la propiedad alegada en la pretensión reivindicatoria, en este caso fundada en la compraventa efectuada, la que se encuentra debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Es decir: el inmueble fue objeto de propiedad y posesión, regida por el derecho privado argentino, desde el año 1902.

A ello se suma la conclusión técnica emanada del INAI, reseñada precedentemente, que da cuenta de la ausencia de elementos que permitan concluir la ocupación ancestral, tradicional y pública de la Comunidad demandada.

De allí que el actor ha demostrado ser el propietario, según las normas del Código Civil y Comercial argentino, del bien en cuestión, e incluso ha acreditado tener un título suficiente para ser considerado titular del derecho de dominio.

4. El impacto de la prueba en la pretensión declarativa

Las conclusiones del dictamen pericial practicado en el marco del Expediente 559/2007 son suficientes para ratificar la decisión del juez de grado en torno a la “perfección” del título de propiedad del actor, puesto que ha quedado acreditada la adecuada cadena de transmisiones -desde el titular originario Estado Nacional hasta el Sr. Ginobili-.

No hay ningún elemento que permita cuestionar ese tramo de la decisión, puesto que los conceptos de “justo título” o “título perfecto” propios de los derechos reales y del derecho notarial, se encuentran justificados con el minucioso análisis pericial ya reseñado.

Insisto en que no comparto el rechazo de la pretensión en lo atinente a la declaración de “no propietario” de otros sujetos ajenos al titular dominial, dado el carácter excluyente y oponible *erga omnes* del derecho de dominio al que ya hice referencia, pero ello llega firme, independientemente de que será aclarado al decidir el recurso.

5. El recurso contra la pretensión reivindicatoria

Respecto de los agravios dirigidos contra la pretensión reivindicatoria, con la prueba reseñada anteriormente y las reflexiones volcadas al proponer el rechazo de la nulidad,

entiendo que corresponde su rechazo.

Existe en el desarrollo recursivo de la Comunidad demandada un cuestionamiento a la posesión del actor, y ello resulta relevante en el contexto de la pretensión reivindicatoria. Veamos.

Tal como sostuve en “SOCIEDAD CIVIL FIDUCIARIA PASO DEL CHAPELCO C/ CURRUHUINCA CARLOS HECTOR Y OTROS S/ACCION REIVINDICATORIA”, (Expte. JJUCI1 24218/2009, disponible en [Raulí](#)), tenemos que el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido en “Velázquez” (Acuerdo 4/2020) que la *“acción reivindicatoria es la acción que le compete a un titular de derecho real que perdió la posesión contra quien posee la cosa indebidamente. Es una acción de condena y de carácter restitutorio, pues con ella se impone al demandado la condena de dar o restituir la cosa (Kiper Claudio, Tratado de Derechos Reales, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, segunda Edición actualizada, 2017, T.II, p. 450)”*.

El citado Kiper destaca en su “Tratado de Derechos Reales” (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021, t. II, pág. 450 y ss.) las siguientes notas propias de la acción reivindicatoria:

- Compete a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión (todos menos la servidumbre, y al acreedor hipotecario por el art. 2248, último párrafo, del CCyC);

- Puede ser intentada cuando el titular del derecho real sufre un desapoderamiento;

- La acción reivindicatoria se vincula con la existencia del derecho real y *“es razonable sostener que peligra la existencia de un derecho real cuando se ha perdido la posesión, lo que le puede ocurrir al titular del dominio...”* (pág. 452);

- Debe existir un desapoderamiento, lo que implica que si el titular *“entregó voluntariamente la cosa, no puede acudir a esta acción, salvo que haya habido despojo por abuso de confianza. Si la entrega fue voluntaria (contrato mediante) y el poseedor o tenedor se niegan a restituir, debe valerse el titular de las acciones personales emergentes del contrato”* (pág. 452).

Además, siguiendo al prestigioso autor, debe recordarse también que *“Las acciones*

reales se distinguen de las acciones posesorias, ya que éstas apuntan a la conservación o restitución de la posesión o de la tenencia, con independencia de quién sea el titular del derecho real, y no precisan otra prueba -en principio- que la de haber poseído o tenido la cosa. También se distinguen de las acciones personales que persiguen la restitución, fundadas en una obligación, ya que el actor hace valer un derecho de crédito, mientras que en la reivindicación se hace valer un derecho real” (obra citada, pág. 445).

Es que “quien intenta una acción real no pretende tan sólo que se declare su derecho sino, además, que se condene al demandado a cesar en el ataque inferido”, considerando que “las acciones reales tiene por objeto la protección de los derechos reales. Cada uno de ellos está provisto de la consiguiente acción real (o de más de una según el ataque), la que lleva ínsita el ius preferendi y el ius persecuendi, aunque con las excepciones y limitaciones impuestas por el ordenamiento legal” (pág. 445).

De allí que el art. 2248 del CCyC establece con claridad que: “La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento”.

En este punto, tenemos que tal como ya se reseñó, el titular originario del derecho de propiedad (Estado Nacional) transmitió la posesión y la propiedad del bien en una cadena perfecta de transmisiones que derivaron en el Sr. Ginobili como comprador y adquirente de la posesión del inmueble.

Ahora bien: la demandada alega que el Sr. Ginobili nunca adquirió la posesión del inmueble, pese a que así lo alega, puesto que fue la Comunidad la que siempre lo poseyó.

Ese argumento no sólo no tiene apoyatura en la prueba producida -puesto que se acreditó que el morador de la vivienda del lote ejercía la posesión en nombre de su titular, siendo improcedente el argumento de la accionada en punto a que no lo conocía, puesto que éste era empleado de un tercero y no del titular-, sino que es jurídicamente inadmisibles.

Ello, toda vez que aún cuando Ginobili no hubiese ejercido efectivamente la posesión sobre el bien -circunstancia que, insisto, no sólo no se acreditó sino que se probó que sí la ejercía-, la propiedad que a él se le transmitió, incluyó la cesión de los eventuales derechos

de reivindicación sobre el bien, lo que priva de centralidad a dicho argumento. Me explico.

Es sabido que la adquisición del derecho real de dominio sobre inmuebles requiere de título y modo suficientes. En un modo derivado (como ocurre en este caso) el primero se satisface a través del otorgamiento de la escritura pública traslativa de dominio y el segundo mediante la tradición posesoria. A su vez, se exige la publicidad suficiente (inscripción registral del título) para su oponibilidad frente a terceros (arts. 750, 1017 inc. a), 1890 a 1893, 1924, 1941 y concordantes del CCyC y art. 2 inc. a) de la Ley 17.801).

El CCyC prescribe que *“Para el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia”* (art. 2249).

Ahora bien, en un interesante artículo doctrinario (Principi, Guillermo D., “Legitimación en las acciones reales”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2022-2, Rubinzal Culzoni), p. 349 y ss.) se repasan las enseñanzas de Gabriel Ventura (Ventura, Gabriel B., “Acciones reales según el Código Civil y Comercial”, 1ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2017) acerca de cómo el término “titularidad” es utilizado en el ámbito de los derechos reales para referir a situaciones distintas. Este último autor explica las diferencias entre titularidad “cartular”, “registral” y “real”.

a) “titularidad cartular o instrumental” *“es la que se logra con el instrumento apropiado, con las formas establecidas por ley, y que contiene una causa idónea para producir la adquisición, constitución, modificación, etcétera, de derecho real sobre inmuebles (compraventa, donación, permuta, etc.)”*;

b) “titularidad registral” *“es la que surge de las constancias registrales. Así, diremos que es titular quien figure en los asientos como sujeto activo del derecho real de que se trate”*; y,

c) “titularidad real” *“...la más importante para el propietario; implica tener efectivamente el derecho real que se pretende. Si se ostenta un título idóneo para adquirir derechos reales (art. 1892, 2º párrafo), con todos los requisitos legales exigidos, tanto en el aspecto formal como material, y además se ha producido el modo apropiado sobre la cosa*

(art. 1892, 3er párrafo, del CCyC), estamos en presencia de un titular real de ese bien”.

En línea con estas ideas, Principi sostiene que *“en casos especiales se produce una discordancia entre la acción real y el derecho real, en las cuales surgen estas situaciones híbridas que ponen en jaque el sistema”* (Principi, op. cit., pág. 369.).

El primer supuesto especial que menciona el autor es -precisamente- el de la legitimación del adquirente sin tradición, cuando la cosa está en poder de un tercero ajeno a la celebración del título traslativo.

Principi plantea que *“El interrogante se presenta en virtud de que la acción de reivindicación sólo está reservada para los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, y en nuestro caso, técnicamente, el adquirente no es titular de derecho real alguno por faltar el modo-tradición.*

Esta segunda situación torna crítica la exigencia legal de la titularidad del derecho real como condicionante de la legitimación para el ejercicio de las acciones reales; por ello, debemos, de forma preliminar, precisar la expresión ‘titularidad’ ordenada por el artículo 2249 del CCyC” (369/70).

En respuesta a este dilema, el autor rescata la doctrina que emana del ajejo plenario dictado por la Cámara Nacional en lo Civil (1958) en el renombrado caso “Arcadini”; y concluye que *“En definitiva, en el supuesto en estudio, opera con la celebración del contrato traslativo una suerte de cesión implícita o tácita de todas las acciones y derechos de los que era titular el transmitente en favor del adquirente, encontrándose entre ellas la acción de reivindicación.*

Cabe destacar el acierto de la doctrina expuesta al diferenciar las tres titularidades, toda vez que, en el supuesto bajo análisis, se advierte claramente que el titular es cartular o instrumental en virtud de la falta de tradición de la cosa” (Principi, op. cit., pág. 372).

Esta misma postura ya había sido adoptada por la CSJN en el año 1891 en el caso “Machado” (Fallos: 46:372) y es también la que sigue de manera pacífica nuestro TSJ y esta misma Cámara de Apelaciones a través de sus diferentes integraciones: “Barbosa Moyano” (Acuerdo del 01/06/2018, Sala 1), “Tiseira” (Acuerdos del 07/11/2019, Sala 1), “Castro”

(Acuerdo del 29/10/2020, Sala 1), “García” (Acuerdo del 08/03/2023, Sala 2), entre otros.

Así, el TSJ el caso “Di Paolo” (Acuerdo 38/2017) con cita de Guillermo Borda, precisó que *“el comprador que no ha recibido la tradición tiene acción reivindicatoria contra los terceros dado que la transmisión de las acciones reales es independiente de los derechos reales que le sirven de base”*. Y esto mismo fue ratificado luego en el caso “Umansky” (Acuerdo 20/2018).

López Mesa reduce aún más el marco de la discusión y da una respuesta tan tajante como clara: *“la reivindicación es una acción que nace del dominio, no de la posesión de la cosa y en base a ese dominio, se reclama la posesión perdida, con lo que no cabe perderse en un laberinto de palabras para cubrir lo obvio, que lo que debe protegerse a través de ella es el dominio, incluso aún no perfeccionado por la tradición”* (del voto del Dr. López Mesa en “Lebed c/ Ferreira”, CACC Trelew, Sala A, 27/6/2015, citado en López Mesa, Marcelo y Barreira Delfino, Eduardo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, Buenos Aires: Hammurabi, 2023, t. 12-B, pág. 558).

En igual sentido, la Suprema Corte de Mendoza sostuvo en “Andraos c/ Andraos” (Sala I, 7/3/2019, LL Online: AR/JUR/5102/2019) que *“el comprador de un inmueble a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede aún antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la misma”*.

Finalmente, la CSJN sostuvo que *“es posible intentar la acción reivindicatoria a pesar de no haberse obtenido la posesión de la cosa, en el carácter de cesionario implícito o expreso de dicha acción”*, doctrina que *“procede cuando el objeto cuya posesión se pretende se encuentra en poder de terceros, pero no cuando es tenido por el enajenante. El actor, pues, sólo ostenta un derecho personal a obtener la entrega de la cosa en virtud de su título, de modo que contra la Nación sólo podría dirigir la acción derivada de ese título, la que -por su naturaleza- se halla sujeta a un plazo de prescripción sensiblemente más breve”* (Fallos: 308:452).

Vemos así que aún cuando el adquirente que no obtuvo la posesión bien podría haber instado la acción de adquirir prevista en el art. 2239 del CCyC o el interdicto

correspondiente, la conclusión a la que se arriba es la de admitir la legitimación activa del comprador a quien se le ha otorgado la escritura traslativa de dominio aún antes de la tradición de la cosa.

De allí que cualquier argumento tendiente a cuestionar la tradición o la posesión inicial del actor, no revierte jurídicamente su legitimación activa.

6. La posesión de la Comunidad

Amén de haber reseñado los resultados de un informe técnico emanado del INAI que dan cuenta de imposibilidades metodológicas para concluir la ocupación tradicional y ancestral del inmueble en cuestión en cabeza de la Comunidad, los agravios relativos a la posesión y la propiedad comunitaria indígena deben ser analizados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.

Tal como sostuve en el citado “SOCIEDAD CIVIL FIDUCIARIA PASO DEL CHAPELCO C/ CURRUHUINCA CARLOS HECTOR Y OTROS S/ACCION REIVINDICATORIA”, (Expte. JJUCI1 24218/2009, disponible en [Raulí](#)), resulta fundamental recordar el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia en “Bianchedi” (Acuerdo N° 18/2024, Sec. Civil), en tanto brinda pautas relevantes para la adecuada valoración de las circunstancias fácticas y probatorias involucradas en supuestos como el presente.

Allí sostuvo que: *“La delicada situación que se presenta entre los derechos que entran en tensión llevó a destacar los lineamientos de estos últimos precedentes, que no obstante su casuística propia, recalcan en la necesidad de corroborar el cumplimiento de los recaudos propios de la ley para su aplicación, debiéndose fundamentar de manera expresa la subsunción en la norma.*

Es decir, la acreditación efectiva de los presupuestos de la Ley N° 26160 que dispone que la “... posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada...”.

El resultado de estos precedentes, es una doctrina que no pierde de vista la particularidad de que se trata de Comunidades indígenas, en algunos casos, incluso,

reconocidas por el mismo Estado, y por ello resultan destinatarias de la protección de la Constitución nacional y provincial, y de los instrumentos internacionales antes citados. No obstante esta condición merecedora de especial tutela y atención del órgano jurisdiccional al momento de fallar, no la exime de la carga de acreditar la ocupación tradicional o ancestral de las tierras objeto del litigio que se trate, desde la perspectiva del derecho comunitario invocado, carga que adquiere mayor relevancia aún, frente a la ausencia de culminación de los trabajos de relevamientos territoriales. Tal como se observa, la pauta para aplicar la ley no ha sido de creación pretoriana, sino que es un criterio legal –artículo 2, Ley N° 26160- que establece expresamente que la posesión en tales condiciones – actual, tradicional y pública- debe encontrarse fehacientemente acreditada.

(...) este Tribunal Superior de Justicia sostuvo que “... debemos desentrañar qué sería una ocupación tradicional de las tierras. El adverbio ‘tradicionalmente’ previsto en la norma y replicado en los restantes textos que regulan la protección a favor de las comunidades de similar manera, está asociado a la tradición, y se puede definir como ‘... la doctrina, costumbre, etc. conservada en un pueblo por transmisión de padres a hijos ...’ (cfr. Real Academia Española).

A su vez, corresponde señalar que el vínculo entre las comunidades y sus tierras comprende el concepto de identidad del pueblo; es que allí subyace su identidad definida por sus actividades propias, su pertenencia al territorio y sus valores de organización tradicional que las definen. Por lo tanto, la ocupación que protege la norma no es aquella definida por el hecho de ocupar la tierra en el sentido asignado por las normas de derecho privado -hechos que dan origen a la posesión- sino que lo que en primer lugar debe acreditarse es aquel vínculo tradicional de la Comunidad con las tierras.

Ello, teniendo en miras lo afirmado por la Corte IDH, que destaca que lo que se encontraría en juego es ni más ni menos que ‘... el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado ...’ ...” (cfr. Acuerdo N° 4/24 “Municipalidad de Villa la Angostura” del registro de la Secretaría Civil).

También allí se estableció que la noción de “actual” refiere al momento de sanción de la Ley N° 26160–año 2006-.

En el mismo precedente, se destacó el debate parlamentario ocurrido en ocasión de sancionarse dicha norma, para corroborar cuál fue el alcance que el legislador pretendió otorgarle a la ley.

Allí se dijo que “... Eso significa que las comunidades continúen en posesión y que esa posesión sea pública, por oposición a la posesión clandestina. Con eso estamos dando un mensaje muy claro a los jueces de que esta no es una ley para justificar usurpaciones de campos. Por otra parte, esto debe encontrarse fehacientemente acreditado... una cuestión que me preocupa, y que la ley de fondo deberá abordar es, qué se entiende por “tradicional”. Esa es la palabra que marca la Constitución y que tendremos un poco que delimitar...”.

El mismo Tribunal Superior de Justicia sostuvo en “Municipalidad de Villa La Angostura c/ Montes” (Acuerdo 6/2024, disponible en [Raulí](#)) que: “cabe recordar que el uso y la ocupación territorial indígena van `más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transpone, la cultura y otros fines´ (Comisión IDH, `Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales´, citado, párr. 40; Corte IDH, `Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay´, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 120; `Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador´, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 146). Esta posesión comunitaria, tutelada por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales. Al respecto, la Corte Interamericana expresó que, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas, los Estados deben abstenerse de realizar `actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad´ (Corte IDH, `Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tshiño vs. Nicaragua´, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153) ...” (Fallos: 338:1277).

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene un

importante desarrollo jurisprudencial en la materia.

Así, ha expresado que la relación de los pueblos indígenas con el territorio ... no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho ... para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra ...” (Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 211, y Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 117).

... La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad ...” (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 128, también Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 117).

Resulta ilustrativa la nota 102 registrada en la sentencia de la Corte IDH en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, dictada en fecha 06/02/20.

Allí la Corte IDH observó que ... Es preciso explicar, a propósito de la mención a ‘terceros inocentes’, que la Corte ha notado en su jurisprudencia que puede haber contradicción entre la propiedad comunitaria indígena y la propiedad privada particular. Al respecto, lo indicado debe entenderse considerando también otras puntualizaciones efectuadas por la Corte en su jurisprudencia. En ese sentido, este Tribunal ha dicho que las eventuales restricciones a la propiedad comunitaria indígena pueden ser convencionalmente admisibles, siempre que obedezcan ciertas pautas: a) estar establecidas por ley”; b) tener el

fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, es decir, un objetivo ... colectivo ... que, por su importancia, prepondere ... claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”; c) ser necesarias” para satisfacer un interés público imperativo”, y d) ser proporcionales”, en el sentido de ajustarse estrechamente al logro de[l] legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido ...”.

Teniendo en cuenta lo anterior es que los Estados deben valorar, caso a caso, la contradicción entre derechos de propiedad cuando esté involucrada la propiedad comunitaria y las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho sobre otro”.

Al hacerlo, deben tener en cuenta que ... los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida; que la propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural, y que preservar la identidad cultural de los pueblos o comunidades indígenas puede ser un objetivo colectivo” que haga necesaria la restricción a derechos de particulares.

Esto no significa que siempre deba prevalecer la propiedad comunitaria indígena sobre la particular, pero en los casos en que justificadamente las comunidades indígenas se vean privadas de su territorio tradicional, dichas comunidades deben, de ser posible, conforme indica el artículo 16.4 del Convenio 169, recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas ...”.

La Corte ha expresado que la ... elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y

de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario ...” (cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrs. 144, 145, 146, 148 y 151, y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 127)”.

Y añadió allí el Tribunal Superior de Justicia que el derecho de propiedad privada *“también goza de protección constitucional, de conformidad con el artículo 17 de la Constitución nacional y 21 de la misma Convención Americana de Derechos Humanos.*

En efecto, es conocida la jurisprudencia de la CSJN que indica que ... En este sentido debe ser interpretado el término propiedad desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Fallos: 145:307; 172:21, disidencia del juez Repetto) ...”.

La misma jerarquía constitucional presenta el derecho de igualdad, que en este caso me parece importante destacarlo desde dos ópticas. La igualdad real que garantice el respeto a las tradiciones y creencias desde la perspectiva de la Comunidad; y, además, que el enfoque asegure la igualdad de tratamiento.

En efecto, un régimen jurídico distinto necesariamente debe tener su fundamento, lo que no afectaría el principio de igualdad siempre que la clasificación misma tenga su razón de ser, esto es, que se corresponda razonablemente a distinciones reales”.

Concluyó que: ***“Tamaño magnitud de restricción a los derechos individuales exige ineludiblemente la corroboración fehaciente de la ocupación tradicional de la tierra por parte de la Comunidad de que se trate, y no a su inversa, bajo un pretendido matiz protectorio que a la postre culmina suspendiendo indefinidamente un proceso judicial a las results del relevamiento territorial”.***

La plataforma fáctica de nuestro caso resulta clara, tal como se ha reseñado.

De allí que, insisto, la ocupación tradicional de la tierra no ha quedado acreditada, sino todo lo contrario: el actor ha sido el adquirente de un bien poseído tradicionalmente por privados -entre ellos, el Sr. Salamida-, como consecuencia de diversos actos de transmisión entre vivos y por causa de muerte, todos regidos por el derecho privado argentino.

A todo evento, es la autoridad de aplicación de la ley 23.302 quien, en cumplimiento de la normativa allí establecida, tiene la responsabilidad de la adjudicación de tierras a las eventuales comunidades originarias que así lo requieran.

Estas conclusiones me llevan a propiciar el rechazo de los agravios que tienden a atacar la procedencia de la pretensión reivindicatoria.

7. Conclusión sobre el recurso de la demandada

En consecuencia, entiendo que el recurso de la demandada debe ser acogido parcialmente y por ello propongo rechazar la pretensión declarativa respecto de las personas humanas codemandadas, la que sólo prospera respecto de la Comunidad accionada. Asimismo, conforme la aclaración solicitada, corresponde aclarar que dicha pretensión sólo prospera respecto de la Comunidad accionada y declara que el título de compraventa del lote adquirido por el actor resulta un título perfecto.

En lo atinente a la pretensión reivindicatoria, se propiciará revocar la condena a los “demás ocupantes”, confirmándola respecto de la Comunidad demandada.

VI. Resolución del recurso del actor

Haciendo propio todo el razonamiento previamente expresado, entiendo que el recurso del actor debe ser acogido.

Si el propio actor fue claro en punto a quién dirigía la demanda, pero el juzgado fue absolutamente desprolijo en el trámite de determinación del demandado -haciendo caso omiso a la pretensión principal del actor, que implicaba demandar a la Comunidad-, la imposición de costas a su cargo implicaría considerarlo vencido de un derrotero procesal

que, en definitiva, fue consecuencia de la mera voluntad del juez.

Ello implica un desajuste del principio general sentado en el art. 68 del CPCyC -hoy derogado- y por ende debe ser revocado.

De allí que, de ser compartida mi postura, las costas ocasionadas por la citación de las personas humanas a quien el actor no decidió demandar directamente, sino que el juzgado lo instó dada su falta de decisión respecto de un planteo preliminar (que, a la luz de la naturaleza del caso, era absolutamente conducente para determinar el polo pasivo del juicio), deberían ser asumidas en el orden causado.

VII. Propuesta al acuerdo

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Lof Paichil Antriao, y en consecuencia: a) rechazar la pretensión declarativa dirigida respecto de las personas humanas codemandadas; b) aclarar que dicha pretensión se acoge parcialmente, que prospera respecto de la Comunidad accionada y que declara que el título de compraventa del lote adquirido por el actor resulta un título perfecto, rechazándola en lo demás petitionado; y c) revocar la condena impuesta en la pretensión reivindicatoria a los “demás ocupantes”, confirmándola respecto de la Comunidad demandada.

2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, imponiendo las costas relativas a la participación de la totalidad de personas humanas que intervinieron en el proceso declarativo -nombradas en el punto V.a.iii del resuelto de primer grado, o bien respecto de quienes se rechaza la pretensión- en el orden causado.

3) Costas de Alzada a la demandada vencida, quien ha resultado vencida en lo sustancial de su recurso (art. 57, CPCA).

4) Regular los honorarios de los letrados por su actuación en esta instancia, en un 25% de lo que corresponda por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594), suma que deberá ser determinada en esa instancia tanto en pesos como en JUS (art. 49 de la ley 1594, conforme ley 3532).

Así voto.-

Llamada a dirimir la disidencia, la **Dra. Nancy Noemi Vielma** dijo:

I. Convocada a dirimir la disidencia entre los Dres. Furlotti y Castañon Lopez, expreso que adhiero a las argumentaciones y solución propiciada por el Dr. Furlotti respecto de los vicios que afectan a la sentencia recurrida.

Sin embargo, estimo necesario **ampliar y profundizar el análisis en lo atinente al instituto del reenvío**, a fin de dejar debidamente asentado por qué esta solución no resulta en absoluto errónea, sino plenamente compatible y coherente con las disposiciones y los principios orientadores del flamante **Código Procesal Civil Y Comercial Adversarial (CPCA)**.

II. La vigencia del reenvío bajo el Código Procesal Civil Adversarial y la procedencia de la nulidad

El marco normativo que rige la actuación de los órganos jurisdiccionales en el sistema adversarial consolida la validez de la devolución de las actuaciones a la instancia de origen en supuestos de nulidad de la sentencia. En tal sentido, los **artículos 272 y 273 del CPCA** regulan de manera expresamente delimitada el régimen del recurso de nulidad y sus consecuencias procesales.

Si bien, el Código Procesal Civil y Comercial derogado (Ley 912) era el vigente al momento de resolver el juez de grado, no menos cierto es que el mismo no regulaba con tanta precisión los supuestos del juicio de fundabilidad del recurso de nulidad, como actualmente lo hace el CPCA vigente. Aun así, pretoriamente en supuestos como el de autos, se compartía mayormente la declaración de nulidad de la sentencia.

La discusión giraba en torno a la procedencia o no del reenvío, como fue tratado en el fallo que cita el Vocal que vota en segundo término.

Sin embargo el CPCA, termino con esa discusión y establece expresamente en el Art 274 que *“Cuando se anule la resolución recurrida y no sea posible la recomposición, se reenviará el proceso a nuevo juez para que se dicte la que corresponda y continúe el*

procedimiento”.

En el presente caso, la nulidad propiciada por el Dr. Furlotti resulta plenamente procedente al verificarse quebrantamientos estructurales de las formas procesales y sustanciales del pronunciamiento de grado:

1. Procedencia de la nulidad por vicios insustentables (Art. 273 CPCA): La norma establece que la resolución recurrida por nulidad *deberá ser dejada sin efecto* cuando adolezca de vicios graves, tales como contener vicio de incongruencia, omitir requisitos formales esenciales, presentar incoherencia entre la decisión y su motivación, o expresar una fundamentación puramente aparente.

2. Quiebra de la congruencia y la tutela judicial efectiva: Tal como lo advierte el Dr. Furlotti, la resolución atacada padece de vicios de fundamentación y de juzgamiento que no constituyen meros errores de apreciación o de derecho (*error in iudando*), sino verdaderos vicios de construcción formal (*error in procedendo*). La omisión o distorsión en el tratamiento de cuestiones centrales planteadas por las partes quiebra el principio de congruencia, tornando a la sentencia en un acto jurisdiccional desprovisto de validez probatoria y argumentativa.

3. Fundamentación aparente y defectuosa motivación: La invalidez del fallo de grado deviene de su incapacidad para conformar una unidad lógica. Cuando la motivación es defectuosa, contradictoria o meramente dogmática, la resolución no reúne las exigencias de un pronunciamiento judicial fundado en ley, presupuesto insoslayable para la vigencia del debido proceso.

4. Efectos y reenvío garantista (Arts. 272 y 274 CPCA): Cuando se declara la nulidad de un pronunciamiento que adolece de tales vicios estructurales —impidiendo la recomposición inmediata del decisorio en la Alzada sin afectar el debido proceso—, la legislación procesal adversarial faculta y manda al tribunal a disponer el **reenvío del proceso a un nuevo juez** para que dicte la resolución que corresponda.

III. Compatibilidad con el modelo adversarial y la garantía de la doble instancia

Si bien la norma procesal derogada era la vigente al momento de dictar sentencia el

juez de grado, y elevarse esta causa a la alzada, no menos cierto es que al momento de resolver esta nulidad, ya está vigente el nuevo Código Procesal Civil Adversarial de Neuquén.

Lejos de constituir un mecanismo obsoleto o incompatible con la reforma procesal, el reenvío previsto en el **artículo 274 del CPCA** cumple un rol garantista fundamental:

a. Implica un respeto a la garantía del debido proceso y doble instancia: Recomponer en la Alzada un fallo afectado por ausencias sustanciales en su parte dispositiva o por incoherencias insanables entre sus fundamentos privaría a las partes de un juzgamiento previo en primera instancia. El juez de grado debe agotar regularmente la jurisdicción mediante un fallo congruente, preciso e indivisible.

b. Imparcialidad del juzgador y prohibición de prejudicamiento: El envío de las actuaciones a un *nuevo juez* garantiza que quien deba dictar el nuevo pronunciamiento esté desprovisto de preconceptos o valoraciones previas que vicien su criterio, asegurando la imparcialidad que exige el modelo adversarial.

c. Inexistencia de un reenvío "erróneo": La facultad de reenvío no pugna con el CPCA. Por el contrario, la ley procesal vigente ha receptado expresamente esta solución para aquellos casos donde la sentencia de grado carece de las premisas lógicas esenciales que habiliten la revisión ordinal de la Cámara sin transgredir la división de funciones propia del sistema acusatorio/adversarial.

IV. Conclusión y Adhesión

Por las razones expuestas y de conformidad con lo previsto en los **artículos 272, 273 y 274 del CPCA**, concluyo que el reenvío de las presentes actuaciones al juzgado de origen para que se dicte una nueva sentencia por parte de un juez que no haya intervenido, constituye la vía procesal legalmente correcta, resguardando las garantías constitucionales de las partes y respetando de manera integral el diseño del nuevo proceso civil adversarial.

Adhiero, en consecuencia, en todas sus partes al voto del Dr. Furlotti.

Así voto.-

Por lo expuesto, esta Sala de la Cámara de Apelaciones 2, por mayoría,

RESUELVE:

1) Admitir el recurso de la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antriao y, consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y remitir las actuaciones al juzgado de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento por quien corresponda según el orden de subrogancia.

2) Declarar abstracto el recurso de la parte actora.

3) Imponer las costas de esta instancia procesal en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del CPCyC y art. 57 último párrafo del CPCA).

4) Regular los honorarios del Dr. José Ricardo Mena (letrado de la parte actora) y los del Dr. Luis Virgilio Sánchez (letrado de la Comunidad codemandada) por su actuación en esta instancia el 30% para cada uno de lo que se les liquide a cada profesional por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado; con más IVA en caso de corresponder (art. 15 y concordantes de la ley 1594, modificada por las leyes 2933 y 3532).

5) Ordenar que, por Secretaría, se agregue una copia de este Acuerdo en el expediente acumulado n. 11397/2019.

6) Protocolizar, notificar y, oportunamente, devolver al Juzgado de origen.

[1] Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.

[2] ARAGONESES ALONSO, Pedro. “Proceso y Derecho Procesal”. Aguilar, pág. 971, párrafo 1527.

[3] CALAMANDREI, Piero. “La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, págs. 369 y ss.

[4] Fallos, 274:113; 280:320; entre otros.

[5] Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros.

[6] CSJN, 13-10-94, Ed 162-193.

[7] “Brun, Mario Rubén c/ Idalgo, Luis Alberto y otro s/ inc. nulidad y de redargución de falsedad” (expte. 20424/2021), RI 92 del 19/12/2023, Sala Procesal Administrativa.

[8] “*La Sentencia como unidad lógico-jurídica*”. Nota de Jurisprudencia publicada en el mes de septiembre del año 2024, en el sitio web oficial de la CSJN ([ver texto completo](#)).

[9] “Contreras, María Alicia y otros c/ La Segunda ART SA s/ accidente de trabajo con ART” (expte. JZA1S1 72.083/2021), Acuerdo 6 del 13/03/2026, Sala Laboral.

[10] PALACIO, Lino Enrique. “*Derecho Procesal Civil*”, 5° edición actualizada, Tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2022, pág. 297.

[11] PALACIO, Lino Enrique. Ob cit., pág. 298.

[12] “Barriga, Guillermo Andrés y otros c/ Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo s/ incidente de apelación e/a 544.575/2021”, Acuerdo 330 del 27/08/2025, Sala Civil.

[13] [Fallos: 343:560](#).