



*Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Familia y Fiscal Tributaria*

En la ciudad de Posadas, capital de la Provincia de Misiones, a los 05 días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, reunidos en Acuerdo definitivo los Sres. Vocales de la Sala III de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Fiscal Tributario, Ana Paula Molina (subrogante) y Viviana J. M. Gamberale Navarro, a los fines de considerar los caratulados: ***“Expte. N°11040/15/19 Schmalko Tatiana y Otro/a c/Hamm Oscar Ruben y Otros s/Reivindicación conexidad solicitada en autos 13202/14 Schmalko Tatiana y Otro/a c/Hamm Oscar Ruben s/Embargo Preventivo”***, elevados por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°2, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los actores (fs. 742) y el demandado (Sr. Oscar R. Hamm – fs. 755) contra la sentencia de primera instancia (fs. 722/741vta.), concedidos a fs. 744 y 755, libremente y con efecto suspensivo.-

Examinado el Expte., la Sala III se plantea la siguiente cuestión:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia apelada? En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo correspondiente, debe emitir su voto en primer término la **Dra. Ana Paula Molina**, quien a las cuestiones planteadas dice:

**I – Antecedentes.** Los Sres. Tatiana Schmalko y Miguel S. Schmalko en su carácter de titulares dominiales y herederos del anterior titular dominial (su madre) cuya posesión afirman continuar, iniciaron demanda de reivindicación contra el Sr. Oscar R. Hamm y/o quien quien se arrogue derechos sobre el inmueble inscripto al Folio Real Matrícula 20486, Depto. Capital (04) para obtener su restitución, libre de ocupantes, y el pago de indemnización por daños y perjuicios equivalente a 1% del valor del bien por cada mes de privación de uso, más daño moral. (Fs. 35/45 y 47/49).-

Relataron que es un terreno baldío con cerramiento. El 17/11/14 lo visitaron junto al Arq. Germán A. Teibler para relevarlo e iniciar una construcción, ocasión en que advirtieron roto el candado y parte del muro que da al terreno lindante. Lo mandaron reparar y colocaron nuevo candado. Al momento de realizar estas últimas

actividades, apareció una persona preguntando los motivos de su presencia, los que le fueron explicados y al día siguiente, cuando regresaron, el candado y cerradura colocadas estaban nuevamente rotas, hallando dentro del lugar a la misma persona que los consultó el día anterior, así como un rodado. Practicaron denuncia penal por usurpación y daño (Expte. N°1827/14 Hamm Oscar Ruben – Schmalko Miguel Rubín s/usurpación Art. 181 CP – Juzgado de Instrucción 7, Sec. N°1). Posteriormente el Sr. Hamm construyó allí una casilla, realizando actos de apoderamiento ilegítimo. Señalan que el demandado es pareja de la notaria Sequeira, quien en 2010 requirió al Reg. Prop. Inmueble certificado de dominio para confeccionar escritura de compraventa del inmueble -no pedido por su madre-, que en 2013 se inscribió en Catastro un plano de mensura consignando como poseedor al Sr. Hamm, cuyo domicilio coincide con el de la escribanía de la notaria Sequeira, todo lo cual lleva a pensar que han existido varios intentos de apropiarse del inmueble. Luego, ampliaron demanda contra la Sra. Patricia A. Klaner y Wenceslao Klaner. Estos últimos plantearon excepción de falta de legitimación activa conf. Art. 2758 CC y falta de legitimación pasiva (fs. 93/99). Relataron haber poseído el inmueble pública, pacífica e ininterrumpidamente, con ánimos domini, desde hace más de 30 años, originado en una compraventa privada acaecida en la década del setenta, cuyo instrumento se extravió -figuraba como vendedor el Sr. Miguel Dei Castelli-. Aseveran haber realizado mejoras en el lugar hasta que cedieron sus derechos a su hija Patricia Klaner (Escritura N°170 del 11/12/2010 de la escribanía Sequeira), quien los vendió y cedió al Sr. Hamm en instrumento privado, intervenido por la DGR Misiones en 2010. Como son vecinos del lugar, avisaron al Sr. Hamm de la presencia de usurpadores en el terreno (los actores), quienes forzaron el portón de entrada el 17/11/14, colocando una cerradura, por lo que se realizó denuncia policial. Advierten que quienes figuran como titulares dominiales del inmueble, jamás lo poseyeron.

Por su parte el Sr. Oscar R. Hamm (fs. 155/167vta.) planteó excepción de falta de legitimación activa para reivindicar, al igual que los Sres. Klaner, porque los demandantes jamás tuvieron la posesión inmobiliaria. Reconvino por prescripción adquisitiva como continuador de la posesión anterior del Sr. Wenceslao Klaner y su hija. Sostiene que bajo la figura de la donación, los actores pretenden quedarse con un inmueble sobre el que jamás ejercieron la posesión, lo que intentaron alterar el día

17/11/14 (originándose Expte. Penal N°1827/14).-

Los Sres. Schmalko contestaron la excepción de falta de legitimación y la prescripción a fs. 173/178, destacando que su derecho deriva de la anterior titular dominial (su madre) quien adquirió el inmueble del Sr. Castelli en 1981, y este último por una sentencia judicial de prescripción adquisitiva dictada en 1976 (Expte. N°131/75). Por lógica, esta resolución judicial excluye la posibilidad de que el Sr. Klaner poseyera simultáneamente el mismo inmueble (Art. 1913 CCC) en la década del 70', como se sostuvo. Señalan que no debe desvincularse a los Sres. Klaner, pues ellos propiciaron los actos de turbación realizados por el Sr. Hamm.

**II – La sentencia** de primera instancia (fs. 722/741vta.) sienta la aplicación al caso de la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente Art. 1899 y sptes. -usucapión introducida como defensa- y lo normado a partir del Art. 2247 y sptes. -reivindicación-, por tratarse de una relación jurídica en pugna no agotada.

Analiza en primer lugar la reconvencción por prescripción adquisitiva veinteañal del demandado Hamm. Considera cumplidos los recaudos formales exigidos en los incs. “a” (acción entablada contra el propietario) y “b” (plano de mensura del 2013) Art. 24 Ley 14.159. En cuanto a la prueba de accesión de posesiones del Sr. Hamm, explicó que extraviado el documento que probaría el inicio de la posesión del Sr. Wenceslao Klaner (supuestamente obtenida del Sr. Dei Castelli), el instrumento más antiguo en que se apoya pasa a ser la cesión de Wenceslao Klaner a Patricia Klaner (fs. 102 – 11/12/2010), seguida de boleto de compraventa de mejoras y cesión de derechos (fs. 150/152 – 10/05/2013) otorgado por ésta al Sr. Hamm, ambos de fechas muy recientes. Además su valor es relativo para acreditar la posesión (Art. 1909 CCCN), porque no prueban el ejercicio de relación de poder sobre la cosa, que es lo que interesa en la especie. Las declaraciones de los interesados en el documento, son meras manifestaciones unilaterales que no prueban actos posesorios. La intervención de notario tampoco convalida la sinceridad de los dichos de las partes, ya que la plena fe derivada de su actuación, recae exclusivamente respecto de los actos realizados por el notario o cumplidos en su presencia. Sentado lo anterior, advierte que el inc. “c” del Art. 24 Ley 14.159 indica que no podrá considerarse probada la posesión en una prescripción veinteañal, basándose exclusivamente en prueba testimonial, por ello meritó otras

pruebas en general.

Evaluó el mandamiento de constatación (fs. 509), los comprobantes de energía y agua potable (fs. 123/145), concluyendo que todos eran de escasa antigüedad y además, por naturaleza inaptos para la demostración de actos posesorios, pues podría gestionarlos cualquier tenedor. Lo mismo aplica para el certificado de libre deuda DGR (fs. 143) o informes sobre el estado de deudas (fs. 285, 400), pues lo que la ley valora especialmente es el pago de impuestos, hecho que se prueba con la presentación del comprobante del pago, no con constancias de libre deudas. Por ende, toda esa prueba se calificó de escaso valor para convencer al magistrado de la posesión. Analizó también las testimoniales (fs. 469/471, 472 y ss), concluyendo después del análisis integral que ninguna prueba útil iba más allá del 2013. Como sólo se acreditaron actos posesorios desde entonces y hasta el dictado de sentencia, el interesado no logró probar (Art. 379 Código Ritual) la posesión veinteañal, máxime que las pautas de apreciación para revertir el título de dominio inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble deben ser estrictas, en razón del orden público involucrado. Por ello rechazó la reconvención de prescripción veinteañal, con costas.-

En cuanto a las excepciones de falta de legitimación activa introducidas por los demandados Klaner y el Sr. Hamm -regulado en el art. 2758 CC con correlato en el actual Art. 2247 CCCN-, señaló que la titularidad registral en cabeza de los actores esta acreditada con el informe de dominio de fs. 20, y el rechazo de la usucapión no obsta el análisis de la prueba posesoria, para establecer si los demandantes están legitimados a intentar la acción que persiguen, debido a que la posesión efectiva del bien está cuestionada por los excepcionantes. Después de reseñar los antecedentes dominiales de los actores (fs. 736 vta. último párrafo/737) y destacar que el Sr. Hamm probó que posee desde 2013, en tanto el título de los actores es de 2014, para dilucidar la situación acude a las previsiones del Art. 2256 CCCN. Concluye que el derecho a poseer de los actores reposa en una posesión más antigua, la que ejerciera el Sr. Cayetano Castelli, que le valió ser reconocido como usucapiente del inmueble en el Expte. N°131/1975 Castelli Cayetano s/Posesión veinteañal – Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N°3 – Secretaría N°1. Con ello dio por cumplido el requisito básico de procedencia de la acción intentada: ser titular del derecho invocado. Señala que a los actores les resultaba suficiente demostrar la posesión y

propiedad de quienes fueron sus antecesores dominiales, pues cada transmisión del derecho real conlleva la de sus defensas, y las transmisiones se probaron. Rechazó las excepciones de falta de legitimación activa.

En torno a la defensa de falta de legitimación pasiva introducida por los Sres. Klaner (fs. 738 vta./739), afirmó que no le quedan dudas de que ellos “*no ejercen la tenencia ni la posesión del bien*” conf. Art. 2255 CCCN. Haberlos demandado se contradice con los dichos de los propios actores, quienes manifestaron haber sido privados de su derecho por el Sr. Hamm, no por los Sres. Klaner. Consecuentemente, no estuvo justificada la promoción de acción en su contra, por ende, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, con costas a los actores.-

Como corolario de todo lo resuelto, hizo lugar a la acción reivindicatoria contra el Sr. Oscar Ruben Hamm, con costas.-

En torno a la indemnización por privación de uso peticionada (fs. 739 vta./740) según habilita el Art. 2250 CCCN, acogió el rubro a consecuencia de la retención indebida en perjuicio de los actores. La fijó en el equivalente al fruto civil que el propietario hubiera percibido por el inmueble, a determinarse sumariamente en un proceso separado, con intervención de martillero, porque se ignora la fecha en la cual se restituirá el bien -lo que asimismo se ordena en el plazo de 10 días y libre de ocupantes-, dato necesario para determinar el período de cálculo pertinente.-

El daño moral fue rechazado, pues no demostrada la comisión de un ilícito penal (Expte. N°1827/14 Hamm Oscar Rubín; Schmalko Miguel Sebastián s/ usurpación – Juzgado de Instrucción Penal N°7, Sec. N°1) no cabe acogerlo “*in re ipsa*”. Es necesaria su prueba por cada actor, más allá del desapoderamiento perpetrado. Como no se demostraron perjuicios espirituales, rechazó el rubro.-

Planteada **aclaratoria** por las costas (fs. 742 y vta.), se expidió el Juez a fs. 745 y vta. haciendo lugar a la misma e imponiéndolas por el rechazo de la reconvencción al Sr. Oscar Ruben Hamm, así como por la demanda de daños y perjuicios. Las costas generadas por las excepciones de falta de legitimación tanto activa como pasiva, al perdidoso en cada una de ellas, aclarándose el correcto nombre del actor (Miguel Sebastián Schmalko).-

**III – Los actores apelaron parcialmente** lo resuelto. Sostienen que (fs. 775/781): **a)** El acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva de los demandados Klaner (fs. 738 vta./739) -porque no ejercían la tenencia ni la posesión

del inmueble (conf. Art. 2255 CCCN)-, pasó por alto su conducta. Intentaron apoderarse indebidamente del inmueble, documentándolo. Con ello posibilitaron el intento de acesión de posesiones del Sr. Hamm. Como al momento de ocurrir los actos de desapoderamiento no podían saber quienes los habían perpetrado, ni quienes eran los ocupantes, sólo mediante el comparendo a juicio de los partícipes podía determinarse. Ello justificó la demanda contra los Sres. Klaner. En el “*Expte. N°13202/14 Schmalko ...s/Embargo Preventivo*” los actores con asistencia de un escribano (Escritura Pública N°291) dejaron constancia de los actos de despojo y signos de intrusión del inmueble -ver tomas fotográficas-, indicativo de que el Sr. Hamm ingresaba al inmueble por el terreno de propiedad de los Klaner, en evidente connivencia. Ante dicha situación, fue preciso demandar a los Sres. Klaner para asegurar los efectos de la sentencia y su ejecución, lo que originó la providencia del Juzgado obrante a fs. 46. A todo evento, y de confirmarse lo resuelto, piden que conforme autoriza el Art. 68 2° parte CPCCFyVF, se impongan las costas en el orden causado, porque los actores tuvieron fundados motivos para demandar a los Sres. Klaner. **b)** El aquo omitió expedirse en torno de la indemnización y condena solidaria que se solicitó de los Klaner. La conducta dolosa de quienes obtuvieron lucro con la venta ilegítima de derechos posesorios que no tenían -a pesar que en la contestación de demanda afirmaron poseer desde hace más de 30 años-, dañó a los actores y debe repararse. La falta de pronunciamiento expreso contraviene lo preceptuado por el Art. 164 inc. 6° CPCCFyVF. Piden que la Excma. Cámara de Apelaciones en los términos del Art. 280 Ley XII – N°28, se expida y los condene solidariamente, con costas. **c)** Ha sido incorrecto que se rechazara el daño moral por carencia de pruebas. Acreditaron el desapoderamiento generador de frustración de un proyecto de vida (construcción de casa) y ello no fue valorado. Estaban iniciando las tareas de relevamiento y habían contratado el diseño del proyecto (ver anteproyecto de fs. 23, fs. 343 y testimoniales de fs. 358/359 -arquitecto- y fs. 362/363 -escribano-). Desde el desapoderamiento hasta la actualidad, el proyecto está suspendido, situación que persistirá un tiempo indefinido.

Los agravios arriba reseñados fueron respondidos por el Sr. Oscar R. Hamm a fs. 1113/1116vta. Sostuvo que el recurso evidencia mero desacuerdo con lo resuelto, sin erigirse en una crítica razonada conforme Art. 267 CPCCFVF, por lo que es improcedente. Destaca que el objeto del proceso promovido en su contra fue la

reivindicación y por su parte, la posesión veinteañal. Los actores se enfrentaron con él, no con los Sres. Klaner. No debieron demandarlos porque no eran poseedores ni tenedores del inmueble, circunstancia que conocían. Respecto de los daños y perjuicios perseguidos de los Sres. Klaner, el rubro sigue la suerte del principal. Receptada la excepción de falta de legitimación pasiva, se rechaza el daño, en razón de la inexistencia de legitimación sustancial de los Sres. Klaner.

Por su parte, los Sres. Wenceslao Klaner y Patricia Klaner contestaron en términos muy similares a los del Sr. Hamm. Por economía procesal, remito a su lectura (fs. 1118/1122vta).-

**IV – El demandado -Sr. Oscar Ruben Hamm-** (fs. 783/789vta.) expresó agravios en los siguientes términos: **a)** El Juez consideró que no había acreditado la continuación de la posesión por el tiempo necesario para la usucapión, porque valoró de manera errónea y parcializada la prueba. La escritura N°160 de cesión de derechos del Sr. Wenceslao Klaner a Patricia Klaner (fs. 66/67 – 102/103) incluyó una constatación notarial de la posesión del Sr. Klaner, pues el escribano debe corroborar por diferentes medios lo que manifiesta la parte cedente. Existe constatación fotográfica (fs. 72/91, fs. 104/119), la declaración testimonial de la escribana interviniente (fs. 424) y de la constatación judicial (fs. 498/524) surge que en la medianera había un espacio compatible con una puerta, lo que prueba la conexión con el terreno del Sr. W. Klaner (ver fotografías de fs. 90/91). Tampoco se valoró la constancia catastral que acredita que al 2013 se inscribió un plano de mensura, lo que prueba su posesión anterior a la donación traslativa de dominio de la Sra. Medvedeff (2014) a sus hijos. La donante no ejercía la posesión efectiva, ni existió tradición a su favor. Es claro entonces que los actores no fueron desposeídos, sino que jamás poseyeron, e invocan un antecedente -base de su reivindicación- datado en 1981, en tanto que el suyo se apoya en otro anterior, de 1979. Invocan los Arts. 1928 y 2256 CCCN. Piden el rechazo de la reivindicación, con costas y la recepción de la prescripción adquisitiva. **b)** Acogido favorablemente el primer agravio, solicitan la modificación de las costas. **c)** Se impuso indemnización cuando no se reunían los elementos que exige la teoría del daño para ello, fallándose sólo por los dichos de los actores, lo que torna arbitrario el rubro.-

Los Sres. Tatiana Schmalko y Miguel S. Schmalko respondieron los agravios del demandado (Sr. Hamm) a fs. 1124/1128, diciendo que el memorial tergiversa los

hechos y asevera falsedades. **a)** En la escritura N°170 (11/12/10) de cesión de derechos, la escribana Sequeira sólo transcribió las manifestaciones del Sr. Klaner, no plasmó una constatación. Además, la escribana tiene interés personal en el juicio por ser conviviente del demandado Hamm (lo reconoció en su testimonio). Ni la escritura ni el testimonio, prueban actos posesorios. **b)** No se probó la supuesta venta del año 1979 al Sr. Klaner y ese hecho se contrapone al informe de fs. 316/322. Además, arriba acreditado que el Sr. Castelli adquirió el inmueble por prescripción adquisitiva judicial y lo vendió luego a la Sra. Medvedeff (madre de los actores) en 1981. W. Klaner sostiene que usaba el lote controvertido como patio trasero de su casa, pero si compró el inmueble donde se ubica su vivienda, recién en 2008 (Escrit. N°61 – fs. 582/583), evidentemente no podía usar el inmueble vecino antes de dicho año, no obstante, afirmó su posesión desde 1979.-

**V** – Inicio mi tarea analizando el ataque contra el rechazo de la reconvencción por prescripción adquisitiva intentada por el Sr Oscar R. Hamm, pues si hiciera lugar al planteo, cambiaría sustancialmente el sentido del decisorio en crisis.-

El Sr. Oscar R. Hamm considera que el Aquo se equivocó en la valoración de la prueba, lo que motivó el error de afirmar que el derecho posesorio de los Sres. Schmalko era anterior al suyo. Además, denuncia que los actores jamás ejercieron la posesión efectiva del bien, circunstancia impeditiva de la reivindicación intentada.-

Aduce que si los actores invocan un antecedente -base de su reivindicación- datado en 1981 (adquisición de su madre – fs. 06/08), él se apoya en otro anterior, de los años 70', lo que evaluado conforme Arts. 1928 y 2256 CCCN, importa la primacía de su derecho.-

Lo dicho se reitera en la manifestación de fs. 134 vta. 4º párrafo del “*Expte. 13202/14/19 ...s/Embargo Preventivo*”, donde el Sr. Oscar Ruben Hamm manifestó: “*En el año 1970 y por cuestiones de que en esa época las transacciones se hacían desprovistas de formalidad y hasta a veces de palabra, el Sr. Klaner Wenceslao Miguel Adquiere la posesión de lote en cuestión, identificado como ...., la transacción se realiza por medio de una compra-venta privada entre las partes, el cual a la fecha se encuentra extraviado.*”

El derecho del Sr. Hamm se remontaría, por accesión de posesiones, a una supuesta compra venta privada (fs. 94 - fs. 156 y vta.) habida entre el Sr. Dei Castelli y el Sr. Wenceslao Klaner. De ello se ocupó la sentencia de 1º instancia desde fs. 731



ante último párrafo en adelante, concluyendo que el instrumento (fs. 732 1º párrafo) no se agregó a la causa, lo que es cierto y además, se sostuvo siempre que estaba extraviado. A ello sumo que tampoco se acreditó jamás relación alguna del supuesto Sr. Miguel Dei Castelli con el inmueble en conflicto.

Sin dicho instrumento extraviado, el documento antecedente que apoya la posesión del demandado pasa a ser la cesión gratuita de derechos posesorios del Sr. Wenceslao M. Klaner a la Srta. Patricia A. Klaner (fs. 66/67 escritura n.º170) datada en 2010; cesión que (a diferencia de lo sostenido por el apelante a fs. 784) plasma una mera declaración (fs. 67 líneas 2º y 3º) unilateral de *“Que su posesión fue en forma pública, pacífica e ininterrumpidamente por más de veintinueve años”*. No advierto que la escritura pública comprenda una constatación de la posesión inmobiliaria efectiva de entonces. Y aunque hubiera existido, solo la probaría al año 2010. Como la demanda reivindicatoria se entabló en 2015 (fs. 50), el tiempo transcurrido desde la constatación (hipotética) hubiera sido de todas maneras insuficiente para tornar operativa la prescripción adquisitiva veinteañal intentada. Ello dejaría únicamente la prueba testimonial como sustento de la posesión anterior al año 2010, pero resulta que: 1º- Tanto la Sra. Alvez de Olivera como el Sr. Gonzalez (fs. 475 y vta. - fs. 472/474) relataron hechos recientes o cercanos, no anteriores al 2010. 2º- Aunque hubieran relatado hechos anteriores al 2010, la prueba testimonial es insuficiente en soledad para lograr el objetivo perseguido, conf. Art. 24 inc. “c” Ley 14.159: *“Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial...”*. El Sr. Hamm no arrió constancias de pago de impuestos o tasas inmobiliarias, y la construcción que mandó realizar (ver constatación obrante a fs. 20/43 del Expte. de embargo preventivo) es del 2014, en fecha casi simultánea a los hechos que dieron nacimiento a las denuncias cruzadas de usurpación (Expte. 1827/14), todos ellos próximos al inicio de la demanda.-

Las fotografías adjuntadas (fs. 906/944) carecen de fecha cierta y además, aunque la tuvieran, no demostrarían actos posesorios (Art. 1928 CCCN – Art. 2384 CC), sino a lo sumo el uso esporádico del lugar lo que -con o sin autorización de su titular-, sería insuficiente para tener entidad de acto posesorio. Sea que el uso del lote fuera ignorado o tolerado por el titular dominial, ello no obstaculizó ni impidió su derecho. Lo que muestran las fotos carece de entidad y exteriorización para intervertir el título, es inidóneo para destruir el principio de inalterabilidad o

inmutabilidad de la causa posesoria. Consecuentemente, como bien lo dijo el aquo no probó la realización de actos posesorios con fecha anterior al año 2013.-

En síntesis, ha sido correcta la conclusión del Juez de la primera instancia: el Sr. Hamm no probó adquisición de posesiones con ánimo de dueño ininterrumpidas, pacíficas y públicas, por 20 años, con lo cual, ha sido bien rechazada la prescripción adquisitiva veinteañal intentada. La sentencia no deja traslucir defecto de valoración probatoria como se sostuvo en los agravios que rechazo.-

*“Para la procedencia de la demanda de usucapión, es necesario que la actora acredite la posesión pública, pacífica e ininterrumpida del inmueble durante el plazo de ley, y la realización de actos posesorios de manera insospechable, clara y convincente; y ello en razón del carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por usucapión. De manera tal, que no basta con que se pruebe un relativo desinterés por el bien por parte de la demandada, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir.”*  
(Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II • 22/09/2020 • Raguzzi, Alberto Ruben c. Serres, German y otro/a s/ Reivindicación • La Ley Online •AR/JUR/43007/2020)

En contraposición, los actores arrimaron contundente prueba referida a su derecho a reclamar la reivindicación.

Si bien no pudo obtenerse copia del “Expte. N°131/75 Castelli Cayetano s/Poseción veinteañal” -pues fue destruido en un incendio: ver fs. 319/325-, se acreditó su existencia. Y se agregó copia de la sentencia dictada (fs. 562/567) así como del informe del Registro de la Propiedad Inmueble que plasma la inscripción a nombre del Sr. Cayetano Castelli (fs. 396/397), de lo que se dejó constancia asimismo en la escritura N°1873 del año 1981 (fs. 06 vta.), en la que el Sr. Castelli vendió a la Sra. Medvedeff (madre de los accionantes - fs. 417 y vta.) el inmueble (haciendo referencia a un boleto anterior no agregado al Expte.), donado luego a los actores en 2014 (fs. 11/18). Es dable destacar que éstos últimos adjuntaron copias certificadas de constancias de pago de tasa municipal e impuesto provincial inmobiliario desde 1983 a 2014 (fs. 964/1082), lo que a tenor del Art. 1939 última parte, refuerza la presunción de que los Sres. Schmalko continuaban la posesión hasta el momento en que denunciaron la usurpación en 2014 y como no pueden concurrir sobre una misma cosa varias relaciones de poder de la misma especie (Art.

1913 CCCN), ello ciertamente excluye la posesión sostenida por los Sres. Klaner y Hamm, quienes por otra parte, no pudieron jamás haber alterado la especie de la relación de poder respecto del inmueble por su mera voluntad, conf. Art. 1915 1º parte CCCN.-

El Sr. Hamm entiende que el derecho a interponer la acción reivindicatoria va de la mano con la exigencia de la posesión efectiva y material del bien para poder arribar al éxito. Ello emana del memorial recursivo en análisis desde fs. 785 vta. ante último párrafo en adelante. Pues bien, ello no es así.-

Conforme llevo dicho recientemente en otro asunto: *“El antecesor inmediato o mediato que ha sido poseedor y propietario del inmueble, al venderlo cede implícitamente la acción reivindicatoria, lo que hace innecesaria la prueba de la tradición del actual reivindicante. (cf. Jorge Horacio Alterini, Acciones Reales, pág. 100 y siguientes; Cam. Apel. CC Salta, sala IV, t. XXIX, fº 683). En base a lo dicho, concluyo que el apelante en su memorial confundió la transmisión del derecho real de dominio que precisa de tradición, con la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria, siendo que ésta última no necesita de la tradición para ser cedida, pues el transmitente implícitamente confirió todas las acciones, entre ellas la reivindicatoria.”* (Fallo en *“Expte. N°13802/14/19 Rodríguez Sergio Javier c/Sucesores de Silveira Do Santos Nélide Esther s/Reivindicación”*, Res. N°06, L°41, Fs. 30/38vta., Sala III, 04/03/2021, Vocales: Molina - Gamberale)

Además, del Art. 2790 CC (similar al art. 2256 del Código Civil y Comercial de la Nación) se deriva la presunción de que el autor del título antecedente era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica. Para destruir la presunción legal que llevo señalada, debía producirse prueba eficiente, lo que no ha acontecido sino que por el contrario, arriba firmemente acreditado que el autor del título antecedente más remoto, Sr. Castelli Cayetano, era poseedor y propietario, según emana de la sentencia agregada en copia a la causa (fs. 562/567 ).-

Con lo dicho no cabe sino rechazar el agravio y confirmar que se haya hecho lugar a la demanda de reivindicación.-

**VI** – Paso a ocuparme de la crítica de los actores contra lo decidido en torno a la excepción de falta de legitimación pasiva, introducida por los Sres. Wenceslao Miguel Klaner y Patricia Alejandra Klaner, receptada en sentencia (3º párrafo porción dispositiva fs. 741).-

Los Sres. Schmalko ampliaron la demanda de reivindicación contra los Sres. Klaner en abril 2015 (fs. 50), ocasión en la cual aseveraron que lo hacían en atención a las constancias que emanaban del “*Expte. N°13202/14 ...s/ Embargo Preventivo*”.

Dichas actuaciones obran por cuerda y compulsadas, me permiten sostener que sabían que el demandado Hamm había invocado en febrero 2015 (fs. 137 vta.) en apoyo de su postura, el instrumento que luce a fs. 81/83 (Boleto de compraventa de mejoras y cesión de derechos), y su escritura pública antecedente (fs. 113/114), así como acompañado plano de mensura particular (fs. 79) que lo consignaba como poseedor. También facturas de servicios varias, asimismo a su nombre.

Por su parte, en el marco de las denuncias cruzadas de usurpación (“*Expte. N°1827/14...Usurpación*” remitido vía Zimbra – fs. 1143) ocurridas en noviembre 2014, el Sr. Hamm había presentado también copia del Boleto de compraventa de mejoras y cesión de derechos signado con la Srta. Patricia Alejandra Klaner en mayo 2013.

Por ende, si bien es cierto que inicialmente cuando se practicaron las denuncias cruzadas de usurpación, los actores podían ignorar quienes habían intervenido en los hechos y quienes eran los ocupantes (como afirman en su memorial), dicha incógnita se había develado para cuando decidieron ampliar la demanda contra los Klaner, a resultas de la información que ingresó al embargo preventivo. Esto último fue colocado a conocimiento de partes en febrero 2015 (ver fs. 138 del embargo preventivo), en tanto que los reivindicantes ampliaron demanda de reivindicación y daños contra los Sres. Klaner en abril 2015 (ver fs. 50), haciendo expresa mención de las constancias del embargo preventivo para justificarlo, por ende conocían los instrumentos que acompañó allí el demandado Hamm.

Así las cosas, los actores no ignoraban al decidir traer a los Sres. Klaner a éste proceso, que ellos habían documentado con intervención notarial la cesión de sus supuestos derechos a favor del demandado Hamm, con lo cual el riesgo de una posible sentencia de reivindicación inoponible en su contra, justificativo de la decisión de traerlos como demandados al proceso, cae por la fuerza de la prueba incorporada al embargo preventivo que obra por cuerda, y que los Sres. Schmalko -reitero- conocían al momento de presentar el escrito de fs. 47/50. El Art. 2255 CCCN es claro en cuanto a la legitimación pasiva de ésta acción real: “*La acción*

*reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto...*” que a la luz de la documentación señalada, no podía ser sino el Sr. Hamm.-

Por los motivos enunciados, el intento de revertir la recepción de la excepción de falta de legitimación pasiva de los Sres. Klaner y/o imposición de costas consecuente a los actores, es desechado. Propicio la confirmación de lo resuelto en la primera instancia.

**VII** - Lo resuelto en el ítem anterior me lleva a analizar la condena de daños y perjuicios (criticada por Hamm – fs. 789), así como la omisión denunciada de extenderla solidariamente a los Sres. Patricia A. Klaner y Wenceslao M. Klaner (postulado por los actores – fs. 778 vta./780).

Doy lectura de la sentencia, ubicando a partir de fs. 739 vta. el análisis del reclamo de daños y perjuicios. Allí se explicó que el derecho de propiedad está ligado íntimamente a la posibilidad de utilización de la cosa, y siendo que se declaró ilegal la ocupación del inmueble por parte del Sr. Hamm, ello implica que lo retiene indebidamente, privando a sus dueños de usarlo, impedimento que es en sí mismo un daño indemnizable.

En la apretada síntesis antecedente, se vislumbran los elementos que tornan procedente la indemnización, a saber: 1º) Hecho del agente; 2º) Violación del derecho ajeno; 3º) Perjuicio efectivo (daño: en el caso la privación del uso); 4º) Nexo causal entre el acto y la consecuencia; y 5º) Imputabilidad. Por ende, no coincido con el Sr. Hamm en cuanto a que *“no existe un sólo elemento de la teoría del daño que esté acreditado en autos”*, máxime que su crítica fue genérica y difusa. En lo demás, la crítica del demandado contra la fijación de daños por la privación de uso del inmueble, no ataca el razonamiento judicial que lo funda, motivo por el cual corresponde confirmar lo decidido.-

Al fijar la reparación por la privación del uso del inmueble, no se mencionó a los Sres. Klaner. Interpreto que ello obedece a que previamente se había acogido la excepción de falta de legitimación pasiva que introdujeron como defensa. Por ende, entendido que no eran tenedores ni poseedores -al momento de entablarse la acción de reivindicación-, mal podían haber sido responsables de la privación del derecho de los actores al uso de la cosa. Máxime que el daño se fijó desde la fecha de aceptación de la donación (Escrit. N°194 del 03/11/2014), y la Srta. Klaner había transmitido al Sr. Hamm por boleto sus supuestos derechos en 2010.-

*“No cabe duda que la conducta dolosa de los KLANER orquestada con la participación necesaria y activa del demandado HAMM, ha ocasionado que los actores se vean privados del uso y goce de la propiedad que legítimamente les pertenece, aconteciendo tal situación desde el año 2014 prolongándose en el tiempo con carácter indefinido.....”* (fs. 779 vta. 1º párrafo).-

En síntesis, si los Sres. Klaner habían transmitido antes del 2014 al Sr. Hamm los derechos que afirmaron detentar, mal pudieron haber dificultado o impedido la utilización del inmueble a los actores, porque no eran poseedores ni tenedores inmobiliarios cuando los demandantes advirtieron la obstrucción al ejercicio de sus derechos. Y en la demanda, los hermanos Schmalko no reseñaron turbaciones anteriores a noviembre 2014.

De allí que no quepa sino rechazar el intento de extender la reparación de los daños y perjuicios a los Sres. Patricia A. Klaner y Wenceslao M. Klaner, solidariamente, debido a que no fueron quienes dificultaron el disfrute de la cosa a los actores a partir de 2014, por ende, no fueron autores del hecho ilícito generador del daño originante de la responsabilidad civil pretendida.

**VIII** – Los fundamentos del rechazo del daño moral pedido por los Sres. Schmalko se hallan a fs. 740 vta. Coincido en que al no arribar probado que se hubiera cometido un ilícito penal, no puede presumirse *“in re ipsa”* su existencia, y el daño extra patrimonial debe estar debidamente descrito y acreditado.

El Juez de primera instancia entendió que no se produjo ninguna prueba en dicho sentido, pero los actores sostienen lo contrario (fs. 780/781).

Afirman que se frustró un proyecto de vida, consistente en la construcción de la casa propia, lo que entienden acreditado con el plano de anteproyecto de vivienda familiar (fs. 26), para lo cual habían contratado al arquitecto Teibler (fs. 23, fs. 343 y fs. 358/9).-

En la demanda, los daños cuya reparación se requería fueron tratados (fs. 40) en escasos 3 párrafos. El daño moral recibió una mínima mención final.

Existe sólo una referencia a *“la imposibilidad de iniciar la construcción proyectada”*, sin indicar que ello frustraría el proyecto de tener vivienda propia. Mencionaron que *“era su intención hacer un relevamiento del terreno para iniciar una construcción”* (fs. 37), sin explicar su finalidad.

Que la vivienda sería el hogar de los hermanos, es un dato agregado recién en

los agravios y sin prueba respaldatoria.

No se me escapa que el anteproyecto (instrumento privado) consigna “*Destino: Vivienda Familiar*”, pero ello no prueba que la vivienda proyectada fuera para habitación de los hermanos actores, pues una vivienda familiar puede construirse para alquilarla o revenderla.

Asimismo, es dable señalar que tanto el anteproyecto como la factura del arquitecto (fs. 23 – fechada el mismo día en que se advirtió la ocupación indebida del inmueble) consignan solo el nombre de uno de los actores, el Sr. Miguel Schmalko, quien por ello en todo caso sería el único damnificado directo por la frustración del proyecto y legitimado a reclamarlo (Art. 1741 1º parte CCCN).

La idea del emprendimiento frustrado se hallaba en estado embrionario, con algún principio de ejecución, según prueba señalada, sin que arribe acreditada otra cosa. Es dable señalar que la frustración del proyecto no es definitiva, sino que en todo caso importa un diferimiento en su concreción, pues arriba ordenado en sentencia la restitución del inmueble, cumplido lo cual, podrá retomarse.

No se puede perder de vista que la privación temporal de uso y disfrute de la cosa recibió indemnización como rubro patrimonial a favor de ambos actores, por ende, es de toda evidencia que el daño moral o extrapatrimonial, debió haberse probado en los términos del Art. 1738 última parte CCCN, como un menoscabo o afrenta de afecciones espirituales legítimas e independientes de aquel uso y disfrute de la cosa, pues de otra manera, habría superposición de rubros. La carga insoslayable de concretar su individualización y contenido, recaía sobre los interesados, quienes ninguna precisión aportaron en su escrito introductorio.-

La interferencia del proyecto de vida “...*atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/11/1998, “Loayza Tamayo, María E.”, RcyS, 1999-209), más reitero que la intención de usar la construcción como vivienda propia recién se informa en el memorial recursivo, sin prueba corroborante, y como llevo dicho, ni siquiera importa una frustración definitiva del proyecto, sino que podrá retomarse cuando se restituya el inmueble, de desearlo así el interesado.

“...*el daño por la “frustración del proyecto de vida” es un menoscabo que*

*puede ser calificado en la terminología divisionista, como lesión o naturalístico que recae sobre la persona, especialmente en su integridad social...*” (Pascual E. Alferillo en la obra conjunta dirigida por Jorge H. Alterini, “Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético, Tomo VIII, comentario Art. 1738, Pág. 285, 3º edición, 2019, Bs. As., La Ley), lo que destaca su vinculación con íntimas expectativas o aspiraciones de fuste en la proyección de vida que tiene cada individuo, que para ser indemnizable, debe inferirse de algún elemento respaldatorio, resultando insuficiente la manifestación del interesado en soledad.

Como en la demanda se omitió explicar que la construcción fuera un proyecto fundamental de vida, como lo sería el futuro hogar propio y su introducción en el memorial es tardía, ello justifica en el caso el rechazo del rubro, por carencia de explicación oportuna suficiente y prueba.-

Por los argumentos expuestos, propicio rechazar los recursos de apelación articulados y confirmar la sentencia de grado que ha desbrozado minuciosamente las constancias del expediente, y ha dado acabada respuesta a las pretensiones y defensas erigidas por las partes mediante pormenorizados y enjundiosos fundamentos.-

A las mismas cuestiones, la **Dra. Viviana J. M. Gamberale Navarro** expresó que adhiere al voto precedente.-

Por todo ello, la **Sala III** de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Familia y Fiscal Tributario,

**RESUELVE:**

**I – RECHAZAR** los recursos de apelación instaurados por los actores (fs. 743) y el demandado (fs. 755). **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 722/741vta. y su aclaratoria de fs. 745 y vta., en todo aquello que deciden y fue materia de agravios. **COSTAS** de Alzada por su orden, en atención a que se rechazaron ambos recursos.-

**II –** Diferir la regulación de honorarios profesionales, para cuando exista base arancelaria a tal fin.-

**III - REGISTRESE, NOTIFIQUESE, COPIESE** y firme que quede, bajen los autos a origen.-

*Dra. Viviana J. M. Gamberale Navarro*  
*Vocal*

*Dra. Ana Paula Molina*  
*Vocal*



Libro de Fallos:  
Resolución n°:  
Fojas n°: