

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de junio del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, doctores **LAURA INES ORLANDO Y LUIS TOMÁS MARCHIO** con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. n° 28491**, en los autos: **“RIERA CRISTIAN JORGE C/OCUPANTES INMUEBLE CALLE BARREIRO DE LUJAN S/ REIVINDICACION ”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA CUESTION ¿Es idónea la expresión de agravios de fs. 626/635?

SEGUNDA CUESTION Para el supuesto de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 586/602 en cuanto es materia de recurso y agravio?

TERCERA CUESTION ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dió el siguiente resultado para la votación: doctores Luis Tomas Marchió y Laura Inés Orlando.-

VOTACIÓN:

A la **PRIMERA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez Dr. Marchió dijo:

I.- La Sra. Jueza de primera instancia, dictó sentencia haciendo lugar a la acción de reivindicación promovida por el Sr. Cristian Jorge Riera contra Oreste Alejandro Mora y Adela Jorgelina Argüello y su grupo familiar con costas. Asimismo admitió el reclamo por lucro cesante deducido por la parte actora fijándolo en la suma de \$ 20.000 con mas intereses a la tasa pasiva devengados desde el 6/10/2000 con costas; rechazó, en cambio, la pretendida indemnización del daño moral. Por último hizo lugar a la reconvención por repetición de mejoras deducida por los codemandados, condenando a la parte

actora reconvenida a abonar la suma de \$ 33.500 con mas intereses a la tasa pasiva devengados desde el 10/04/2001 con costas a la parte actora. Protesta el decisorio tanto la parte actora (cfr. fs. 607) como así también la parte demandada (cfr. 609). Arribados los autos a esta Alzada, ambos recurrentes sostiene sus recursos mediante las expresiones de agravios que lucen agregadas a fs. 614/625 y a fs. 626/635. Median réplicas de ambos litigantes. La parte actora al contestar el traslado de la expresión de agravios de su contraria, solicita se declare la deserción del recurso que interpuso. Una vez firme el llamamiento de autos para sentencia dictado por Presidencia de este Tribunal (cfr. 661) y recién después de practicado el sorteo de Ley por parte de esta Sala (661vta), quedaron estas actuaciones en condiciones de ser votadas.

II.- La pretensa inidoneidad. En infinidad de ocasiones vengo sosteniendo –acorde con uniformes doctrina y jurisprudencia- que tanto la expresión de agravios como el memorial deben contener la crítica concreta, frontal y pormenorizada de los considerandos del decisorio contra el cual se alza, de suerte tal que ellos pierdan su jerarquía de verdades conclusivas del diferendo, de la cual son portadores hasta tanto en la Alzada palmariamente no se demuestre lo contrario; resultando ineficaces las nudas discrepancias subjetivas, los agravios implícitos, o la solitaria remisión a escritos anteriores.- Ello, porque la segunda instancia no es una reedición ilimitada de la primera, sino tan solo una “revisión” de la misma, que en un proceso preclusivo y dispositivo se efectúa nada mas que en la medida en que existen agravios que encapsulen argumentos o posturas que -planteadas en primera instancia (lo cual excluye todo aquello “novedosamente” ingresado al proceso recién en la segunda instancia)- confuten los asertos del “iudex a quo” en la forma ya indicada.-

III.- En caso contrario, opérase una especie de preclusión que veda al Tribunal “ad quen” ingresar en tópicos o temas no aludidos o ineficazmente cuestionados. Y cuando los argumentos que de tal forma quedan enhiestos, tornan ineluctable la solución a la cual se arribó en la instancia de origen, impónese decretar la insuficiencia de la pieza sostenedora del recurso, con la consiguiente deserción de la instancia revisora (doct. Arts. 242, 260, 261,

266 “in fine”, y 272 de la ley adjetiva; esta Sala en expdtes. N° 14.142, 14462, 28067 entre otros), la cual puede decretarse aun “de oficio” por la Alzada.-

IV.- En consecuencia, y para dar adecuada respuesta a esta primera cuestión, se torna necesario contrastar los fundamentos expuestos por la sentenciante anterior y los vertidos en la expresión de agravios para determinar si estos últimos resultan ser una crítica de los primeros con las características ya referidas en los párrafos que preceden, cosa que a continuación paso a efectuar.

V.- La sentencia. Dichos en prieta síntesis y solo en lo que acá interesa, los fundamentos de la juzgadora anterior para acoger la pretensión reivindicatoria son los que a continuación paso a explicitar. a) Comienza perfilando jurídicamente la acción de reivindicación señalando en suma que el ataque que hace procedente a ésta es la pérdida de la posesión de la cosa objeto del derecho real lesionado. b) Tras refutar otros ataques relativos a la autenticidad de la escritura traslativa de dominio, concluye señalando que el título que ostenta el actor lo habilita para el ejercicio de la presente acción. c) Destaca que ambas partes coinciden en que el demandado ocupa el lote de titularidad de la parte actora, por lo que la cuestión a decidir –afirma- se centra en la legitimidad o no de dicha ocupación. d) A tal efecto, en cuanto al inicio de la fecha de posesión del demandado, dice la judicante que surge de las propias palabras que el codemandado Mora virtió en una nota firmada por él mismo dirigida al Municipio de Lujan donde con fecha 14/08/2001 afirmó que hacía un año que vivía en el lugar. En lo que respecta a la posesión que ostenta la parte actora, sostiene la Magistrada que tiene su antecedente en el boleto de compraventa que suscribió en marzo de 1999 del cual surge que en dicha fecha tomó la posesión del inmueble libre de todo ocupante. Anuda a ello que en la escritura traslativa de dominio del año 2004 se consignó que el comprador (léase parte actora) poseía el inmueble con anterioridad a dicha fecha y lo que surge de las declaraciones testificales de los testigos propuestos por la accionante para concluir que efectivamente dicha parte tomó la posesión del inmueble en marzo de 1999 y desechar así el ataque que la parte demandada hace al boleto de

compra venta señalado en lo que respecta a la fecha de celebración del mismo y a la veracidad de lo allí plasmado en cuanto a entrega de la posesión.

VI.- d) Con sustento en las constancias de la IPP agregada por cuerda, y luego de señalar que aun cuando fue declarada prescripta la acción allí perseguida puede tomar y hacer valer en estas actuaciones sus constancias probatorias, concluye que la posesión detentada por los demandados es de mala fe. En tal sentido y cotejando las fechas de inicio del tramite administrativo incoado por la parte demandada ante el Municipio de Lujan, tiene por acreditada que la ocupación del inmueble por parte de la misma es concomitante con la fecha en que la parte actora denunció la usurpación del bien, lo que demuestra que no podían desconocer los hoy accionados que el inmueble en cuestión pertenecía a otra persona. e) Basa asimismo tal calificación -poniéndose marcado énfasis al respecto y reiterándolo en diversos pasajes de su sentencia-, en la circunstancia de que los accionados no lograron demostrar en estas actuaciones lo que sostuvieron al contestar la demanda. Esto es que su buena fe en la posesión radicaba en el hecho de que la Municipalidad de Lujan les había autorizado a ocupar el lote. Destaca asimismo la a-qua que los demandados no acreditaron tampoco que el inmueble poseyera deudas impositivas de larga data y que no lograron la declaración testifical del empleado del Municipio ya citado Sr. Anibal Rodríguez al que sindicaron como concedente de la autorización que esgrimen para ocupar el inmueble. f) A todo ello, lo refuerza con lo que extrae de las declaraciones testificales rendidas tanto en sede penal como civil por los Sres. Capandegui, Arrien, Farjat y Ponce. De las mismas concluye que la actora ejercía la posesión del inmueble mediante actos posesorios concretos que evidenciaban que el mismo no se encontraba abandonado. g) Concluye la magistrado anterior, por todo lo hasta aquí reseñado, en que el Sr. Mora ocupó ilegítimamente un terreno cuya situación dominial es clara y regular y sobre el que su dueño ejercía la posesión mediante actos posesorios.

VII.- Los agravios de la parte demandada. También reseñados en prieta síntesis y sólo en lo que aquí interesa los agravios de la parte demandada en lo que concierne al progreso de la acción de reivindicación son los que a

continuación paso a explicitar. a) Comienza agravándose de la conclusión de la juzgadora referente a que el actor recibió la posesión al suscribir el boleto de compraventa que arrimo al expediente. Contrariamente a lo que sostiene la juzgadora insiste en que dicho boleto carece de fecha cierta, y no acredita tampoco que el actor haya tomado posesión del inmueble en la fecha que aparece como celebrado el mismo. Entiende que dicha toma de posesión nunca ocurrió. Afirma que ni la fecha ni la pretensa toma de posesión aparecen demostradas a través de la declaración de los testigos propuestos por la parte actora, declaraciones que por lo demás sostiene que se descalifican todas ellas en el mismo contexto de prueba en el que se las considera. b) Pone de resalto la contradicción en la que incurre la parte actora en lo que respecta a la fecha en que la misma denuncia como inicio de su posesión. A tal efecto destaca que al demandar en estas actuaciones denuncia como inicio de su posesión el mes de marzo del año 1999 conforme surgiría del boleto que acompaña, pero que en el acta de inicio de la IPP agregada por cuerda –de fecha anterior a la promoción de estas actuaciones- sitúa tal inicio de su posesión el 1/02/00. En tal sentido afirma que intencionalmente se modificó dicha fecha que surge del acta agregándosele en forma manuscrita y sin constancia de salvado alguna el año 1999 en reemplazo del año 2000. Por tal motivo desconoce la autenticidad de tal modificación y con apoyo en la teoría de los propios actos afirma que en el mejor de los casos debe tenerse como inicio de la posesión alegada por el actor la fecha consignada originalmente en el acta que luce en la IPP. Protesta en definitiva, que pese a todo esto, la juzgadora anterior tenga por acreditada fecha de inicio de la posesión del actor en marzo del año 1999.

VIII.- c) Se agravan asimismo de que la a-quá haya apoyado su decisorio también en las constancias de la IPP agregada por cuerda, ya que destacan que no tuvieron intervención en dichas actuaciones, y por otro lado que no la ofrecieron como prueba en esta sede Civil, por lo que concluyen que las actuaciones seguida en sede Penal carecen aquí de valor a la hora de resolver. d) Destacan que incurrió en un error la juzgadora anterior al tener como fecha de inicio de la posesión que detenta el día 6/10/2000, ya que la única prueba de ello

lo es la declaración de la propia actora; y que por lo demás es totalmente inverosímil situarla en dicha fecha ya que es imposible construir una casa de ladrillos –si bien precaria-, desmalezar el terreno, rellenarlo con tierra y alambrarlo en el escaso lapso de 3 días. Ello así por cuanto su contraria denunció en sede penal el 9/10/2000 que desde el 6 del mismo mes y año le habían ocupado el inmueble.

IX.- e) Afirman que la parte actora jamás poseyó ni ocupó el inmueble. A tal efecto ponen de resalto los dichos de los testigos que ofreció, en su calidad de vecinos del inmueble objeto de autos, quienes sostuvieron –según dice- que esta parte apelante fue la única que poseyó el inmueble. Asimismo, sostiene que el hecho de que la parte actora alegue el pago de los impuestos inmobiliarios no acredita acto posesorio alguno anterior a la fecha de la escritura traslativa de dominio, ya que conforme surge de las constancias de autos, durante el transcurso de los años no pagaron ningún impuesto, sino que recién el 08/09/2004 suscribió un plan de pagos de deuda atrasada que abarca hasta el período del año 1999. f) En tal sentido remarca que el Sr. Riera no era dueño del lote al tiempo de su ocupación y que tampoco poseyó el inmueble con anterioridad a su ocupación. Afirma en este contexto que no importa cual sea el título que se tenga respecto del inmueble sino que lo que verdaderamente importa es la efectiva “tenencia” (sic) de hecho que del mismo se tenga. f) Por último, se disconforma con la adjudicación de “mala fe” que les endilga la juzgadora a su posesión. En efecto, sostiene que recién tomaron conocimiento de la titularidad del inmueble en cabeza de otra parte con la recepción de la demanda de autos. Su “buena fe” –dice- se encuentra acreditada con lo que surge de los informes de la Municipalidad de Luján, en tanto sostiene que recién comenzaron a ocupar el inmueble luego de consultar ante dicho Municipio y después de que tal Comuna les informara que podían comenzar a ocuparlo.

X.- Puestos así de resalto los fundamentos de la expresión de agravios, se evidencia que la misma alguna crítica contiene a la sentencia lo cual posibilita abrir paso a esta instancia revisora, ello naturalmente independientemente de lo que aborde al tratar la segunda cuestión planteada.

Esto así ya que una cosa es la idoneidad de una expresión de agravios para abrir la segunda instancia, y otra cosa muy distinta es su aptitud para modificar lo resuelto en la instancia de origen.-

Por lo expuesto, a esta primera cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.-**

A la misma **PRIMERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dió su voto también por la **AFIRMATIVA.-**

A la **SEGUNDA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez Dr. Marchió dijo:

XI.- Solución. Abordaré en primer lugar lo concerniente a la acción reivindicatoria para luego, y en su caso, abocarme a lo decidido respecto de los restantes temas decididos en la sentencia y que son materia de agravio.

-----**LA ACCION REIVINDICATORIA**-----

XII.- Pese a la laboriosidad desplegada por la Sra. Jueza de primera instancia, entiendo que en la misma se abordan temas de innecesario tratamiento, ya que en mi opinión otro es el enfoque que corresponde dar al “thema decidendum”. Por empezar, no coincido con la Sra. a-quo en que el vendedor del inmueble le haya transmitido la posesión del mismo a la parte aquí actora, ni en la oportunidad que señala la juzgadora anterior (fecha del boleto de compra-venta) ni en momento alguno. Tal es la defensa de los demandados para repeler la procedencia de la presente acción, esto es que nunca tuvo la parte actora la posesión del inmueble, ya que precisamente –y por definición-, la acción reivindicatoria presupone la pérdida de la posesión. Ello así de conformidad con lo que expresamente reza el art. 2758 del C.C. “*La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que **ha perdido la posesión**, la reclama y la reivindica, contra aquél que se encuentra en posesión de ella.*” (sic. lo subrayado me pertenece). En condiciones tales, y de centrar el enfoque de igual modo al efectuado en la instancia de origen, no cabría más que concluir que la

presente acción es improcedente porque mal podría hablarse de pérdida de algo que jamás se tuvo, en este caso la posesión del inmueble por parte de la actora.

XIII.- El distinto enfoque al que aludo en el párrafo precedente está referido a un tema diverso a la efectiva posesión o no del actor y en su caso a la desposesión sufrida. Es que por encima de tal circunstancia, y marginando así todo lo relativo a la oponibilidad del boleto de compra venta, a la fecha cierta del mismo y a la idoneidad de los testigos ofrecidos por la actora, emerge una razón que es concluyente para confirmar la sentencia apelada en cuanto a la procedencia de la acción de reivindicación, bien que por los motivos que a continuación explico (doc. art. 163 inc. 6 primer párrafo y 164 CPCC). Subrayo que a esto lo digo solo con estricta atinencia a la acción reivindicatoria en sí misma.

XIV.- En efecto, no se encuentra controvertido que cuando se suscribe la escritura traslativa de dominio a favor del aquí actor, el vendedor Sr. Bernardo Rey González –quien a su vez había adquirido la titularidad del inmueble el 10/05/1979 (cfr. escritura de fs. 4/5)- ya no tenía la posesión del inmueble que enajenaba. Ello así por cuanto dicha escritura fue celebrada en el 3/12/2004 (cfr. fs. 6/9) y porque se encuentra acreditado en autos, por los propios dichos del actor al demandar, que la posesión de los demandados comenzó en el año 2000 (cfr. fs 21vta. párrafo tercero). En tales condiciones no existen dudas que dicho vendedor se encontraba facultado –naturalmente antes de transmitir el dominio- a ejercer la acción reivindicatoria dirigida contra las personas que los desposeyeron del inmueble, en este caso los demandados.

XV.- A tenor de lo normado por los arts. 2789 y 2790 del C.C. – según la doctrina más generalizada- dicho vendedor transmitió al comprador, en forma jurídicamente válida, la acción reivindicatoria de la cual gozaba (doct. art. 1444 C.C), para que éste pudiese ejercerla en pos de obtener la posesión efectiva del inmueble. En efecto, disponen dichas normas: *“Art. 2.789. Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda. Art. 2.790. Si presentare títulos de propiedad*

anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica.

XIV.- En la especie, el demandado no ha presentado ni probado título alguno que bonifique su posesión. Basta entonces con señalar esta circunstancia para abrir paso a la acción reivindicatoria traída por el actor ya que él se apoya válidamente en el derecho a la posesión que tenía quien le transmitió la propiedad y las acciones emergentes de tal derecho a poseer que tenía el vendedor del inmueble.

XV.- En sustento de mi postura traigo a colación lo resuelto por el Címero Tribunal Provincial en un supuesto de similares características fácticas a las de las presentes actuaciones, lo que por tal motivo resulta de directa aplicación en autos. En efecto en causa Ac. 68604 del 16-II-2000, reiterando así su doctrina emergente de causa B. 42428 del 31/VII/1956 y Ac. 733 del 11/VI/1957 dejó sentado la Excma. SCBA que: “...*En cuanto al agravio vertido por el recurrente de ser su posesión anterior al título invocado por los reivindicantes para sustentar su demanda, de conformidad con el precepto contenido en el art. 2790 del C.C., si alguno de los títulos de dominio del reivindicante o de sus antecesores que se hubiere presentado al juicio fuese como sucede en este caso de fecha anterior a la posesión del reivindicado, se presume la preexistencia de la posesión desde la fecha del título, y el demandante puede ampararse en ella para reivindicar el bien de quien lo detenta sin título, toda vez que el hecho de la posesión, mientras la adquisición del dominio por prescripción no se produce, da meras acciones posesorias contra quien perturbe o despoje al poseedor, pero no puede invocarse válidamente contra quien reclame esa misma posesión fundándose en el derecho de poseer, agregando que el reivindicante con título contra el poseedor que no lo tiene, no está en la necesidad de probar posesión alguna, bástale su título que es, en este caso, el derecho a poseer...*” (sic, el remarcado me pertenece).

XVI.- A la misma conclusión a la cual llego, para supuestos como el de autos, arriba calificada doctrina. Así se ha expresado el tratadista Dr.

JORGE JOAQUIN LLAMBIAS en el plenario de la CNC del 11/11/58 en autos “Arcadini Roque (su suc.) c/Maleca Carlos” (LL. 92-463; LL, On line; J.A. 1958-IV-428...). Los Dres. Federico J. Causse y Christian R. Pettis, en obra “Juicio de Acciones Reales”, dirigida por Claudio M. Kiper, de Ed. Hammurabi, Bs. As. 2010, en pag. 65 último párrafo y notas al pie nros. 47 y 50, extraen del voto del Dr. LLambías en dicho plenario los siguientes conceptos del distinguido civilista: “...la cesión de la acción reivindicatoria está ínsita en la operación de compra venta, atento a los amplios términos del art. 1444 del C.C...” y “...cuando la cosa está en posesión de un tercero, el contrato de compra venta vale como cesión de los derechos y acciones que el vendedor tiene sobre la cosa, y, por ende, en razón de la aplicación del régimen propio de este último contrato, el llamado ‘comprador’ puede reivindicar contra el poseedor actual...” (sic, cfr. ob. cit.).-

XVII.- Nada más hace falta agregar para confirmar, bien que por los motivos aquí expuestos, el acogimiento de la acción reivindicatoria, lo que así dejo propuesto.-

XVIII.- La extensión de la condena a restituir a cualquier ocupante del inmueble. Tal extensión fue pedida en la demanda (cfr. ptos. I y IV de la misma); y así fueron libradas las cédulas de notificación del traslado de la demanda (cfr. fs. 33). No obstante todo ello la sentencia indebidamente omitió extender la condena a todo otro ocupante del inmueble. El agravio debe admitirse, disponiéndose la ejecución de la condena en el sentido impetrado (arts. 163 inc. 6, 164 y 676 segundo párrafo del CPCC, doc. art. 2758 y conchs. del C.C.).

-----LAS INDEMNIZACIONES PETICIONADAS----

XVIII.- Consideraciones preliminares. La calificación de la posesión invocada por la demandada. Comienzo abordando este tópico por cuanto la calificación de legítima o ilegítima de tal posesión, y en este último supuesto, en su caso, de buena o mala fe, incidirá directamente en el tratamiento de los rubros indemnizatorios concedidos en la sentencia en crisis y que son materia de recurso y agravio. Como se vió, la Juzgadora anterior la calificó de

illegítima y de mala fe, ambas calificaciones son protestadas por la parte demandada.

XIX.- Conforme lo dispone el art. 2355 del Código Civil: *“...la posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este código. Ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuera adquirido por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla. Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compra venta...”*. En cuanto a la buena o mala fe de la posesión, dispone el art. 2356 del mismo cuerpo legal que: *“La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad”*.

XX.- Como ya lo reseñé, la parte demandada basa su pretensión de que su posesión sea considerada legítima y de buena fe en todo lo actuado ante la Oficina de Tierras de la Municipalidad de Lujan. Por este andarivel afirma que fue recién después de que dicho Municipio le informó que tenían terrenos para otorgar y que lo autorizaban a ocupar el inmueble objeto de autos, ya que el mismo ostentaba una deuda de impuestos inmobiliarios de larga data, que comenzaron a ocupar el inmueble desmalezándolo, trazando el alambrado perimetral y realizando las mejoras que detalla. Es decir, que esgrimen como título de su posesión el acto emanado del Municipio señalado. Sostuvieron en el mismo sentido que a tal punto estaban convencidos de su legitimidad y buena fe que invirtieron sumas de dinero destinada a la construcción de la vivienda que habitan en el inmueble.

XXI.- No obstante todo lo que afirma tanto al contestar la demanda como al expresar agravios, lo cierto es que no logró la parte accionada demostrar la pretendida actuación ante dicha Municipalidad con **carácter previo** a la ocupación del inmueble. Remarco la necesidad de que la actuación ante el Municipio de Lujan sea de carácter previo a la ocupación, ya que –lo reitero- fue la propia parte demandada la que sustenta la legitimidad de su posesión, es decir

su título, en el acto de Autoridad Pública consistente en la autorización efectuada por la ya citada Municipalidad de Lujan para poseer el inmueble. En condiciones tales si no prueba el título que invoca (léase autorización de la Municipalidad para comenzar a poseer el inmueble), la pretensa legitimidad de su posesión cae por su propio peso.

XXII.- Afirmo que no logró la parte demandada acreditar su actuación ante la Municipalidad con carácter previo a la ocupación del inmueble ya que las constancias de los expedientes administrativos obrantes a fs. 466/473 de esta causa civil y las de fs. 50/56 de la IPP agregada por cuerda, dan cuenta - por los propios dichos del codemandado Oreste A. Mora que dan inicio a los mismos- que al momento de presentarse ante dicha Comuna solicitando un terreno fiscal ya ocupaban el inmueble. Ello echa por tierra todo lo que afirma respecto de la autorización previa. Para más, adviértase que afirmaron al contestar la demanda que en la oficina de tierras los atendió el Sr. Rodríguez Anibal, pero ni siquiera lo ofrecieron como testigo a efectos de advenir tales afirmaciones (cfr. ofrecimiento de prueba testimonial de fs. 69). En definitiva, por falta de toda prueba al respecto, no puede tenerse por acreditado el título invocado como fundamento de la pretensa legitimidad de su posesión (art. 375 CPCC). Concluyo así, al igual que lo hizo la juzgadora anterior, en que la posesión del inmueble por parte de los demandados es ilegítima.

XXIII.- Para dar adecuada respuesta al agravio relativo a que las constancias de la IPP carece de valor probatorio por cuanto no lo ofrecieron como prueba, cabe responderle que la señalada causa penal fue ofrecida como prueba por la parte actora (cfr. fs. 29 pto. 5) y no medió ninguna oposición al respecto. Destaco asimismo que tanto dicha IPP como las actuaciones administrativas en ella agregada resulta ser instrumentos públicos que hacen plena fe de su contenido hasta tanto no sean redarguidos de falsedad (doc. art. 979 inc. 2 y 993 del C.C.).-

XXIV.- Determinada así la ilegitimidad de la posesión de los demandados, corresponde ahora que me aboque a lo relativo a la buena o mala fe de la misma. Adelanto que no debe considerarse de buena fe la posesión de los

demandados ya que mal puede sostenerse que por error o ignorancia –art. 2356 C.C.- se hubiesen encontrado persuadidos de la legitimidad de su posesión. Aquí es enteramente aplicable todo lo que desarrollé en los párrafos precedentes en cuanto a que al momento de iniciar la ocupación del inmueble no tenían título alguno; y que fue con posterioridad de dicho comienzo de la ocupación que se dirigieron a la Municipalidad de Lujan. Así las cosas, se desecha la buen fe en la posesión desde el inicio de la misma. Pero por si alguna duda pudiere albergarse respecto de esto, cabe señalar que fue dicha Municipalidad la que en el marco de las actuaciones administrativas iniciadas por los demandados, informó que el inmueble objeto de reivindicación se encontraba en cabeza de quien se lo vendió al actor (Sr. Bernardo Rey González, cfr. fs. 53vta. IPP). Esto también es concluyente en cuanto a que no existió ni al inicio ni durante la posesión, buena fe en los accionados ya que no pueden esgrimir ni error excusable ni ignorancia respecto a la titularidad del inmueble en cabeza de otro (arg. art. 923 y sig. C.C.). Tampoco prueba su buena fe el hecho de haber invertido dinero y construido la vivienda en el predio porque esto es una mera inferencia lógica que en modo alguno puede prevalecer por sobre las concretas pruebas –ya antes evaluadas- relativas a la acreditación de su mala fe.

XXV.- Tratamiento específico de los rubros reclamados en la demanda y en la reconvención. Comenzaré abordando todo lo relativo al “lucro cesante” peticionado en demanda, para luego adentrarme en lo que concierne a la repetición por mejoras introducida por la demandada reconvincente.

XXVI.- Lucro Cesante. La sentencia. La juzgadora anterior cuantificó este rubro en la suma de Pesos Veinte Mil (\$ 20.000) basándose para ello en lo informado por la perita corredora pública en cuanto al valor locativo mensual del inmueble en cuestión. A tal efecto, tuvo en cuenta el tiempo de ocupación del bien por parte de los demandados desde el 6/10/2000 y que la actora no pudo obtener los frutos civiles del mismo debido a ello. A dicha cantidad le adicionó la tasa pasiva de intereses desde el día de la ocupación (fecha en que situó el inicio de la mora) hasta la del efectivo pago.

XXVII.- Los agravios de las partes. La parte demandada protesta la procedencia del rubro en tratamiento, y “ad eventum” reputa elevada la suma concedida por el mismo, por lo que solicita su reducción. Sostiene que la parte actora al adquirir el inmueble ya estaba en conocimiento de la ocupación de su parte por lo que no puede alegar ahora perjuicio alguno. De su lado, la parte actora protesta por baja la suma fijada y postula la aplicación de la tasa activa para los correspondientes intereses. Tiene prioridad lógica de tratamiento la protesta de la parte demandada relativa a la procedencia de este rubro.

XXVIII.- El lucro cesante, no escapa a las reglas según la cual todo daño debe ser probado. En modo alguno puede predicarse que exista una prueba “in re ipsa” en el caso de autos en que se trataba de un terreno baldío porque en esta hipótesis no cabe suponer que hubiera podido ser arrendado así sin mas. El actor nada acreditó con respecto a hechos concretos que hubieran conducido a obtener una renta del fundo en cuestión, como pudiera haber sido, p. ej. la frustración de un eventual contrato de locación del mismo. Es decir no estamos en presencia de un daño cierto (doc. arts. 1068, 1069 y conchs. del C.C). Así las cosas, le es aplicable la consecuencia común a toda carga procesal incumplida, cual es soportar los efectos adversos de tal omisión probatoria (doc. art. 375 del CPCC). Para más, y sin perjuicio de la exactitud de lo recién expuesto en cuanto a la falta de prueba del perjuicio producido por lucro cesante lo que de por sí mueve al rechazo del rubro en análisis. Tampoco mejora la posición del actor nada de lo que la Sra. perito tasadora en su dictamen de fs. 346/347 informa respecto del valor locativo del inmueble (doc. art. 474 CPCC). Ya que dicho valor lo es en función no ya del terreno en sí, si no de la vivienda construida en el mismo, y como se vió y tal como fue reconocido por la propia parte actora, fue la parte demandada quien construyó tal vivienda.-

XXIX.- En suma, por las consideraciones recién expuestas, debe revocarse esta parcela de la sentencia, rechazándose en consecuencia la indemnización por lucro cesante peticionada en demanda. Esto, torna abstracto el tratamiento del agravio del actor referido a la tasa de interés aplicable a tal indemnización, atento el carácter accesorio de los mismos.

XXX.- Repetición de mejoras útiles. La sentencia. La judicante anterior, concedió por este rubro la suma de \$ 33.500 a favor de la demandada reconviniente. Los agravios de las partes. De modo preliminar la parte actora reconvenida señala que podría requerir la aplicación de lo dispuesto por el art. 2589 de la Ley sustantiva en lo que respecta a la demolición de lo construido, ya que afirma que no se la puede obligar a conservar una construcción que en nada la beneficia y respecto de la cual jamás prestó –ni siquiera en forma implícita– consentimiento alguno. Asimismo, protesta la procedencia en sí de la indemnización por mejoras señalando a tal efecto que no se encuentra acreditada la utilidad de las mismas ni que hayan aumentado el valor del bien. Por otro lado, y “ad eventum” se agravia porque considera elevado el monto concedido. De su lado, la parte demandada reconviniente, en sentido antitético protesta la suma concedida por considerarla reducida.

XXXI.- La solución. Comienzo por señalar que todo lo que postula recién en su expresión de agravios la actora reconvenida en cuanto a la posibilidad que tendría de solicitar la demolición de lo construido en virtud de lo normado por el art. 2589 del C.C. resulta improponible en esta Instancia. En efecto, de conformidad con lo que dispone el art. 272 del código de rito, a este Tribunal “ad-quem” le está vedado dar tratamiento a toda cuestión que no haya sido sometida a juzgamiento en la instancia anterior. En definitiva, esta Sala no puede tratar las cuestiones “novedosas” recién introducidas al expresar agravios. Por este andarivel, destaco que el momento procesal oportuno para solicitar la demolición de lo construido por la demandada reconviniente lo fue al contestar el traslado de la reconvenición y a poco que se analiza dicha contestación que luce a fs. 72/83, concluyo que definitivamente no lo planteó ni siquiera aún, en forma implícita (cosa esta que tampoco hubiera resultado jurídicamente potable a tenor de lo dispuesto en el art. 354 inc. 2 CPCC). Por ello, la aplicación del art. 2589 tal como la pretende el actor reconvenido en esta instancia deviene improcedente.

XXXII.- A fin de enmarcar bien la cuestión, cabe dejar sentado desde el comienzo que el límite de la indemnización debida a un poseedor de mala fe, está dado por el mayor valor que hubiese adquirido la propiedad a

consecuencia de las mejoras útiles por éste introducidas (art. 2441 C.C.); a diferencia de lo que ocurre con el poseedor de buena fe a quien le corresponde que se le indemnice lo gastado, sin límite alguno, en las mejoras útiles (art. 2427 C.C.). Otra precisión me parece oportuno señalar, y es la relativa a que –en la especie- impropio se torna referirse a las mejoras necesarias en los términos del art. 2440 del Código Civil. En efecto, las mejoras necesarias son exclusivamente aquellas que se efectúan para la conservación del bien. Dicho ello, y en tanto el bien objeto de reivindicación es un terrero que al momento de la ocupación de la parte demandada no tenía edificación alguna, cabe presumir que ningún gasto de conservación debió efectuársele, por lo que la prueba de la realización de una mejora necesaria debía aportarla quien la invocó (doc. art. 375 C.C.), cosa que no hizo, por lo que deberá cargar con las consecuencias adversas que tal omisión conlleva.

XXXIII.- Sentado lo expuesto, me avocaré al tratamiento de la existencia en sí de las mejoras útiles y en su caso al monto de las mismas. En cuanto a lo primero, no comparto lo que postula la parte actora reconvenida en lo tocante a la inexistencia de tales mejoras y que la vivienda edificada por la demandada sea de carácter “inútil”. Estimo que la existencia en sí misma de la vivienda –la cual no se encuentra controvertida- importa una prueba “in re ipsa” de la efectiva existencia de mejoras útiles. Cualquier temperamento que se adoptare en contrario importaría contradecir palmariamente las reglas de las máximas de la experiencia respecto de las cuales, en tanto integran la sana crítica, no le está dado apartarse al Juzgador (doc. art. 384 CPCC). Es decir, que marginando la precariedad o no de la construcción, lo cierto es que la misma existe; que no fue construida por la parte actora; y que de no reconocerle el derecho a la parte demandada a obtener el pago de las mejoras introducidas se estaría generando un vedado enriquecimiento sin causa a favor del actor (doc. arts. 499 y concs. del C.C.).

XXXIV.- En cuanto al monto que corresponde que abone la parte actora por tales mejoras útiles, y si bien es cierta la ausencia de una prueba específica al respecto, debo señalar que no puede desconocerse que los ladrillos,

las aberturas, etc. tienen un valor en el mercado. Además no es por obra del viento que se han agrupado para conformar una construcción. O sea que necesariamente ha hecho falta la mano del hombre para conformar una edificación. En tales condiciones, la ausencia específica de prueba en cuanto al monto incidirá negativamente sobre los intereses del demandado, pero ello no impide que este Juzgador pueda cuantificarlo, si bien de modo muy cauteloso haciendo aplicación analógica de lo normado en el artículo 165 tercer parrafo del CPCC.

XXXV.- En cuanto al valor de los materiales, estimo prudente fijarlo, en cifras redondas, en la suma de Pesos Seis Mil (\$ 6.000) que es la que ronda la arrojada por la sumatoria de las facturas acompañadas por la propia demandada reconviniente. No se me escapa que tales facturas no fueron adveradas, pero es lo cierto que los materiales en ellas explicitados conforme al dictamen pericial de fs. 500 se compaginan con los utilizados en la construcción del terreno del actor. No cabría por cierto otorgar una suma mayor a la antedicha ya que cuando no se acredita la exacta magnitud de un reclamo cabe utilizar “cautísimo modo” el prudente arbitrio que al Juez le concede la ya citada norma del art. 165 de la Ley adjetiva, aplicable -como ya lo dije- por analogía. También goza el juzgador de amplia elasticidad para cuantificar la suma que corresponde a mano de obra ya que, al margen de lo dictaminado por la pericia de fs. 500, ningún comprobante de pago de la misma se ha arrimado. Por todas estas razones y teniendo en cuenta además que “mutatis mutandis” es aplicable lo que dijo la Sra. Jueza de Primera Instancia en cuanto a que es el demandado quien debe soportar las consecuencias adversas de su propia torpeza al haber edificado en un terreno que poseía de mala fe, propongo fijar la suma en Pesos Ocho Mil (\$ 8.000). En suma, **propongo reducir este rubro** a la cantidad de **Pesos Catorce Mil (\$ 14.000).**-

XXXVI.- Por último, señalo que no fue ni invocado ni probado por la parte actora reconvenida el mayor valor que adquirió el inmueble (tope hasta el cual se puede repetir las mejoras previsto por el art. 2441 C.C.). En tanto dicho tope hubiera favorecido, en su caso, a la misma, sobre ella pesaba la carga

probatoria (art. 375 CPCC). No habiéndola abastecido, debe cargar con las consecuencias adversas que de ella derivan (art. 375 C.P.C.C.).

XXXVII.- En cuanto al derecho de compensación invocado por el actor reconvenido respecto de las sumas concedidas por mejoras útiles con los pretensos frutos que dejó de percibir; de prosperar mi voto y en la medida que propongo rechazar la indemnización por lucro cesante petitionado, su tratamiento deviene abstracto.

XXXVIII.- “Dies a-quo” de los intereses y tasa aplicable. La Juzgadora anterior dispuso que la suma concedida en concepto de repetición de mejoras devengará intereses desde el día de la mora -que lo fija en el 10/4/2001- y a la “tasa pasiva” del Banco de la Provincia de Buenos Aires. La parte actora reconvenida, se queja del “dies a-quo” de los intereses fijados, destacando a tal efecto que, en todo caso, deben correr desde la fecha de “notificación de la demanda” (sic) y no desde la que fijó la sentenciante de origen. De su lado, la parte demandada reconviniendo solicita se fije la tasa activa del Banco de la Provincia de Bs. As. aduciendo a tal efecto el “descomunal aumento de la construcción” (sic).

XXXIX.- Señalo que es inatendible lo que propone la parte demandada en cuanto a la tasa de interés, toda vez que la misma no lo fue así petitionada en la instancia de origen. Esto torna aplicable lo normado por el art. 272 del CPCC ya que la aplicación de la tasa activa resulta una cuestión novedosa que en tanto tal, se encuentra vedado su tratamiento a esta Sala.

XXXX.- No estando controvertida la procedencia del aditamento de intereses a la suma concedida, ya que la parte actora limita su recurso a solicitar que el dies a-quo se fije desde la fecha de notificación de la demanda, señalo que tal es el límite en que se encuentra abierta esta segunda instancia. En virtud de ello, y para no violar el principio de la prohibición de "reformatio in pejus", marginaré todo lo relativo a la procedencia formal de los mismos ya que al margen de cualquier otra consideración no fueron expresamente petitionados en la reconvención. En condiciones tales, y con base en hasta todo lo aquí expresado, estimo procedente lo petitionado por la parte actora, en cuanto a que

el dies a-quo de los intereses debe fijarse, de conformidad con lo expresamente peticionado, y por aplicación de las normas referentes a la mecánica recursiva ya explicitadas, en la fecha de notificación del traslado de la demanda, esto es el 14/04/2008 (ver diligenciamiento anoticiatorio de fs. 33vta), ya que analógicamente es aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 509 del C.C.-

XXXXI.- Costas de Ambas Instancias. Como de prosperar mi voto, esta sentencia de Sala resultará modificatoria de la anterior corresponde adecuar las costas de ambas (art. 274 CPCC). La acción de reivindicación y la de resarcimiento de daños y perjuicios (lucro cesante) son perfectamente diferenciables en tanto la primera es una acción real (art. 2757), y la segunda una acción personal. Ambas tienen distintos objetos, pero esta última es dependiente de la primera.-

XXXXII.- En cuanto a la acción de reivindicación, las costas de ambas instancias deben ser soportadas por la parte demandada atento su condición de vencida (art. 68 CPCC). En cuanto a la acción de daños y perjuicios (lucro cesante) las de ambas instancias deben ser soportadas por la parte actora atento su condición de vencida (art. 68 CPCC). En cuanto a la acción por cobro de mejoras incoada por el demandado, las costas deben ser soportadas, en ambas instancias, por la actora vencida (art. 68 ya cit).-

Con las expresas salvedades que surgen del texto íntegro del presente voto, a esta primera cuestión me expido por LA AFIRMATIVA.-

A la misma **SEGUNDA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza Dra. Orlando aduciendo análogas razones, dió su voto también por la **AFIRMATIVA.-**

A la **TERCERA CUESTIÓN** planteada, el Sr. Juez Dr. Marchió dijo:

En merito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1.- Declarar que es idónea la expresión de agravios de fs. 626/635.

2.- Confirmar -pero por los fundamentos expuestos en la segunda cuestión- la sentencia de fs. 586/602 en lo que decide en cuanto a la procedencia de la acción de reivindicación, disponiéndose aquí que la condena a restituir el inmueble es extensiva también a cualquier otro ocupante, con costas de alzada a cargo de la parte demandada.

3.- Revocar la sentencia de fs. 586/602 en cuanto acoge el reclamo del actor relativo al lucro cesante, con costas de ambas instancias a su cargo, rubro que se deja sin efecto al igual que los intereses accesorios al mismo.

4.- Modificar dicha sentencia en cuanto al monto por el cual progresa el reclamo por indemnización de mejoras útiles efectuado por la demandada reconviniendo, reduciéndoselo a la suma de Pesos Catorce Mil (\$ 14.000), cantidad que deberá abonar la parte actora reconvendida dentro del plazo de 10 días de quedar firme o consentida la presente, con mas los intereses calculados a la Tasa Pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los sucesivos períodos de aplicación, desde el 14/04/2008 hasta el efectivo pago, con costas de ambas instancias a cargo de la parte actora reconvendida.-

ASI LO VOTO.-

A la misma **TERCERA CUESTIÓN**, la Sra. Jueza Dra. Orlando, por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dió por terminado el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, de junio de 2014.

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que conforme los términos del acuerdo que precede, se

RESUELVE:

1.- Declarar que es idónea la expresión de agravios de fs. 626/635.

2.- Confirmar -pero por los fundamentos expuestos en la segunda cuestión- la sentencia de fs. 586/602 en lo que decide en cuanto a la procedencia de la acción de reivindicación, disponiéndose aquí que la condena a restituir el inmueble es extensiva también a cualquier otro ocupante, con costas de alzada a cargo de la parte demandada.

3.- Revocar la sentencia de fs. 586/602 en cuanto acoge el reclamo del actor relativo al lucro cesante, con costas de ambas instancias a su cargo, rubro que se deja sin efecto al igual que los intereses accesorios al mismo.

4.- Modificar dicha sentencia en cuanto al monto por el cual progresa el reclamo por indemnización de mejoras útiles efectuado por la demandada reconviniendo, reduciéndoselo a la suma de Pesos Catorce Mil (\$ 14.000), cantidad que deberá abonar la parte actora reconvendida dentro del plazo de 10 días de quedar firme o consentida la presente, con mas los intereses calculados a la Tasa Pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los sucesivos períodos de aplicación, desde el 14/04/2008 hasta el efectivo pago, con costas de ambas instancias a cargo de la parte actora reconvendida.-

5.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.-

Dres Orlando y Marchio

