



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 18 de febrero de 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**OSEROFF CLAUDIO C/ WGS S.R.L. S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA**", (JNQC16 EXP N° 514554/2016), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- Las partes interponen recurso de apelación contra la sentencia de fecha 06 de setiembre de 2018 (fs. 347/353 vta.) que hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y rechaza la acción de reivindicación interpuesta por el actor, condenándolo a abonar a aquella la suma de \$ 580.000,00 más intereses y costas; asimismo, apela sus honorarios por bajos el perito Cristian Sánchez (358 y vta.).

II.-a) Expresión de agravios de la demandada (fs. 377/378).

Critica que la sentencia haya omitido incluir en la suma por la que prospera la reconvención el rubro IVA (impuesto al valor agregado) que abonara de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1 y 3 inc. a) de la Ley 23.349; que solicitó aclaraciones al perito en tal sentido, sin que las mismas fueran contestadas; pide en consecuencia se disponga la adición, con expresa imposición de costas.

b) Expresión de agravios del actor (fs. 382/393).

Relata los antecedentes de la causa y cuestiona que se hiciera lugar a la reconvención de la accionada, sin que se encuentren presente los requisitos que la tornan viable; asegura que incurre en un error al analizar los presupuestos

jurídicos de procedencia de la reconvención, entre ellos, el nexo de interdependencia con la acción o pretensión principal; que si la demandada admite no ser el legitimado pasivo de la acción reivindicatoria y esa defensa es admitida por la sentenciante, luego no puede hacer lugar a la reconvención aduciendo que existe una relación jurídica común o conexa entre ambas partes; cita jurisprudencia de las Salas I y II de esta Cámara, concluyendo en que la reconvención debe ser desestimada, deviniendo los restantes agravios en abstractos.

Critica que se tome en cuenta el dictamen de la perita arquitecta a los fines de estimar el monto de la reconvención, cuando dicho informe lo había impugnado por carecer de datos objetivos que permitan arribar a tal suma.

Señala como cuarto punto que la sentencia en crisis admite la falta de legitimación pasiva por entender que el actor/reconvenido no acreditó que las construcciones eran de propiedad de la empresa demandada, cuando los hechos y pruebas aportados a la causa dan cuenta de lo contrario; que la empresa demandada al momento de contestar la demanda expresó que "El diseño de la casa móvil es propiedad del suscripto y fue quien abonó la totalidad de la mano de obra y materiales de la misma".

El quinto agravio se encuentra circunscripto a la existencia del contrato de servicios que la jueza tiene por acreditado, cuando el mismo no fue acompañado ni se han aportado elementos probatorios que brinden certeza respecto de su existencia, cuando era una carga procesal de la demandada acreditarlo de conformidad al art 377 del CPCyC.

Cuestiona también que no se haya tenido por probado el contrato de comodato alegado por su parte, efectuándose una errónea valoración de la naturaleza, derecho y prueba de este contrato; que se trata de un contrato real e informal (art. 2263 del CC), perfeccionado con la entrega de la cosa y puede

ser acreditado por cualquier medio probatorio, incluso a través de testigos; que en el caso, fue verbal y precario, en virtud del que, el accionante autorizó a la demandada a colocar la vivienda prefabricada con el fin de funcionar como show-room para exponer a sus eventuales compradores; amplia y cita jurisprudencia.

En séptimo lugar se queja del rechazo de la acción reivindicatoria a pesar de que resulta ser el titular registral del inmueble, en base a no haber demostrado el contrato de servicios que invocara la demandada, cuando en este tema resulta de aplicación el art 2758 del CC.

Concluye señalando que pese a haberse reconocido en la sentencia la titularidad que posee sobre el inmueble, el resolutorio deja totalmente desprotegido el derecho de dominio y la acción que le confiere el ordenamiento jurídico tendiente a recuperar el uso y goce del mismo, justificando tal proceder en un supuesto contrato al que refirió la demandada y que no fue demostrado.

Bajo el acápite "agravios por arbitrariedad" indica que causa un perjuicio irreparable a su parte la ausencia total de fundamentos y la inobservancia de la ley que ostenta la sentencia, careciendo de los requisitos constitucionales para constituir un acto jurisdiccional válido; plantea reserva al caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado del recurso del demandado (fs. 394/395) y este último, el traslado del recurso del accionante (fs. 397/399 vta), solicitando mutuamente el rechazo entre sí.

III.- La sentencia de primera instancia, en el marco de la demanda de reivindicación, analiza en primer término la reconvención planteada por la demandada, ante la incidencia que ello tiene en la falta de legitimación pasiva que la misma parte opusiera fundada en no ser ni tenedora ni poseedora de

las construcciones, señalando que son del actor en virtud de un contrato o acuerdo que celebraron entre sí.

Establece que el reconvenido no ha aportado prueba alguna que revele la existencia de un contrato de comodato con la demandada y luego de analizar las constancias de un trámite iniciado en forma conjunta ante la Municipalidad de Plottier, a los efectos de la factibilidad de realizar en el predio que se pretende reivindicar un complejo multifamiliar con una subdivisión similar a un barrio privado, considera que ello resulta reveladora de la relación de la demandada-reconviniente con el desarrollo del proyecto de propiedad del actor y su hijo.

En función de este informe municipal, y sin dar valor probatorio a las testimoniales por entender que resultaron contradictorias, concluye en la existencia de un proyecto de loteo en la chacra de propiedad del actor en el que las construcciones iniciadas por la demandada servirían a aquel para una futura muestra que en definitiva podía concretarse.

Juzga que estas construcciones son las que parcialmente realizó la demandada sin la existencia de un comodato y que aquella se beneficiaría por el uso del espacio sobre el que concretó las construcciones, o que se acordara el préstamo del terreno para que expusiera las estructuras construidas.

Confirmando la contratación de los servicios de la demandada para una primera etapa de inicio de los propósitos del actor, admite la reconvención y la procedencia de la falta de legitimación pasiva planteada, al no haberse acreditado que las construcciones sean propiedad de la empresa demandada.

Rechaza la acción reivindicatoria interpuesta y hace lugar a la reconvención por la suma de \$580.000, conforme el previo fijado en la pericial de arquitectura con más intereses (15/07/2017) y que entiende corresponde abonar por la parte

ejecutada de la vivienda prefabricada anclada al suelo, con costas al actor.

A) En lo relativo al contenido de la expresión de agravios presentada por el actor, atendiendo a los parámetros mínimos exigidos por el art. 265 CPCyC en cuanto a contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, se concluye que la presentación del actor supera la carga de fundamentación para ser admitida como expresión de agravios.

A su vez anticiparé que su abordaje se cumplirá con la salvedad relativa a que conforme lo ha recordado esta Sala reiteradamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que: *"Los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso"* (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. *"En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes o singularmente trascendentes"* (CSJN *"Correcher Gil Dolores c/ REMAR Argentina Asociac. Civil s/ despido"* 24-4-2018).

B) En esta senda conceptual, y en función de los postulados iniciales de las partes (fs. 15/18 y fs. 93/97), atendiendo al cuestionamiento dirigido contra el vínculo que reconoce la sentencia, advierto que no está en colisión que el actor sea propietario del inmueble y de las consecuencias que se derivan del dominio, de tal forma que la controversia es derivación de la hipótesis introducida por la sociedad demandada con el objeto de repeler la reivindicación parcial, negada por aquel y admitida por la jueza de primera instancia, por la que no procede la liberación del bien, en función de haber recibido el encargo de edificar de una vivienda para

uso de oficina y en el futuro como guardia y control de acceso del Barrio a lotear, a cambio del pago de los materiales y mano de obra requeridos a tal fin, a excepción del KIT de Sipanel (sistema constructivo) que además debió afrontar; y por el que percibió parcialmente la suma de \$132.000 (fs. 94vta).

1.- Como punto de partida del análisis dejar establecido que las partes acordaron excluir de la pretensión una casa móvil que junto a la antes citada también fuera introducida en el inmueble y que se iba a usar como muestra de potenciales ventas (Zvbox), tal como lo describiera la demandada en su responde de fs. 94vta, y que fue retirada por ésta mientras se estaba tramitando el proceso, conforme constancias de fs. 130/146.

2.- En el caso, ciertamente son imprecisos los testigos acerca del destino de las dos edificaciones, lo cierto es que la reconviniente describe como show room al bien móvil de 24 m², y a su respecto el dictamen de la perita (fs. 142/143) lo describe como un "trailer colocado sobre una base metálica afirmado sobre maderas", puede "ser removido" y tiene el mismo sistema constructivo (panelería conformada por dos placas de OSB unidas a un centro de poliuretano de alta densidad).

Mientras que la otra vivienda de 100m², por cuyos costos de edificación pretende la reconviniente ser resarcida, se diferencia de aquel por su accesión al terreno, al ser construida sobre una platea de hormigón armado y anclada la misma, con cubierta de techo por vía seca, a través de tirantes de madera con terminación exterior de chapa de zinc acanalada, con cañerías vinculadas con termofusión, red cloacal de PVC, instalación eléctrica en distintos circuitos con un tablero general.

3.- Luego, en relación a la mayor edificación incorporada al inmueble, advierto que a pesar de sus características y naturaleza, la reconviniendo no acreditó contar con una autorización expresa del propietario para construirla, y mucho menos, sobre el lugar donde ubicarla o características edilicias.

Ello aún cuando el objeto de la sociedad demandada es la de "construcción de inmuebles" (Cláusula Quinta-a) fs. 26vta) y en su responde aludió que en su relación con el actor fue determinante la calidad de arquitecto de su socio gerente.

A su respecto, existen formas preimpresas que emiten los Colegios Profesionales de la ingeniería o arquitectura bajo la denominación de "Orden de Trabajo" utilizadas cuando se encarga una obra de esta naturaleza, donde se detallan los trabajos a ejecutar y obligaciones de las partes, de tal forma que la acreditación de la existencia del convenio y prestación derivada de la obra cuyo valor carece de correspondencia con notas dirigidas a la Municipalidad solicitando la factibilidad para concretar un loteo en la que se individualiza al socio Gerente Sr. Badano como "Contacto para seguimiento" (fs. 245/247), ni inferirse de ello que se haya autorizado o contratado una edificación.

A su vez, la prueba testimonial no ofrece precisiones sobre quien otorgó la autorización para realizar las edificaciones, solo sobre su ejecución y el fin que se les iba a otorgar (testimonios de Zabala, Rey y Muñoz- fs. 153 y 155 y de los obreros Gutiérrez y Manrique, empleados de WGS SRL, que recibieron pagos de este último - fs.153).

De todas formas, mal podría sostener la reconviniendo, entonces, que cumplió con lo encargado si no se acompañaron planos de la construcción que se le ordenara o hubiera elaborado a pedido del actor, comprobándose a su vez también la ausencia de denuncia y gestión de la habilitación de la

obra ante la autoridad municipal, ni la constatación del acceso a servicios básicos.

Y lo fundamental reside en que no hay registros estatales relacionados con la disposición del loteo indicativos de que en el lugar en que se observa la construcción edificada sobre la platea húmeda fuera el dispuesto para destinarlo al acceso o guardia del barrio.

4.- Continuando con el análisis, para decidir considero de relevancia los datos aportados por el testigo Querejeta, propietario de la empresa que comercializa el sistema constructivo Sipanel bajo el que se concretara parcialmente la construcción:

"Que conoció al hijo del Sr. Oseroff porque se lo presentó el Sr. Badano en una presentación del sistema Sipanel. Luego el Sr. Oseroff (hijo) con el Sr. Badano organizaron una presentación del sistema constructivo. El negocio que les había ofrecido WGS con el Sr. Oseroff era construir una Administración en la chacra del Sr Oseroff para mostrar el sistema y construir una en el Loteo que se iba a realizar en el inmueble del Sr Oseroff. Se pactó plazo de un año para que Sipanel cobrara. Que dicha venta fue abonada mucho tiempo después por WGS SRL y que el Loteo no prosperó por causa de terceras personas. Dijo que tuvo contacto con CLAUDIO OSEROFF y con Badano y que ambos se echaban culpas. Dijo que la empresa WGS SRL se hizo cargo del pago emitiendo recibos por la venta a favor de WGS SRL" (transcripta a fs. 342).

Lo reseñado hasta aquí, evidencia que fue otro el negocio que habían tenido en vista desarrollar las partes en conjunto con base en el loteo del inmueble, y que obviamente que nunca concretaron ni definieron en punto a derechos y obligaciones, ni se postuló al debate las razones y responsabilidad por la que se frustró.

El Código Civil, vigente al momento en que se relacionaron las partes (Ene./Feb./2015) describe la prueba de los contratos en sus arts. 1190 a 1194 CC. y los detalla: Instrumentos Públicos (art. 979), Instrumentos Particulares firmados o no firmados, Confesión de Partes (Judicial o Extrajudicial, Juramento Judicial) y Testigos o bien los que se enuncian el art. 208 del Código de Comercio, más ninguno de estos elementos fueron traídos a juicio para acreditarlo.

En consecuencia, no cabe más que concluir que en el caso no se comprobó la hipótesis planteada al reconvenir consistente en que el actor le encargó y autorizó a la reconviniendo introducir y construir en forma definitiva las edificaciones descritas, en exclusivo beneficio de aquel, ni que se haya configurado un contrato de servicios, y que el bien incorporado sea de propiedad de aquel, procediendo en consecuencia el rechazo del reclamo del pago de los costos que se denuncia como erogados a tal fin, y en punto a ello es que propiciaré al Acuerdo se revoque la sentencia de grado.

C) Con este escenario de la construcción en marcha de una vivienda prefabricada que accede al inmueble y la existencia de un tráiler al tiempo de promover esta acción, la demandada resulta legitimada pasiva respecto al actor, en tanto da lugar a la situación jurídica requerida, al haberse acreditado que construyó y le pertenecen aquellos bienes existentes sobre el mayor que parcialmente se pretende reivindicar.

La situación de la edificación que está anclada sobre una platea húmeda, mantiene y da lugar a la legitimación pasiva de la accionada para estar en juicio y el abordaje de la acción real de reivindicación que constituye la más eficaz defensa del dominio a los fines de lograr el reconocimiento del mismo a través de la restitución de la cosa que - indebidamente- y aún parcialmente pueda retener un tercero.

Así pues, de conformidad con lo dispuesto en la norma contenida en el art. 2758 del Código de Vélez: *"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 aquel que se encuentra en posesión de ella"*.

"De dicha norma se desprende que la acción reivindicatoria se otorga a aquel que tiene derecho a poseer una cosa contra aquel que de hecho actualmente la posee; es una acción que nace del dominio que se tiene sobre una cosa particular. Esta acción tiene por objeto la restitución de la cosa reivindicada, y para su ejercicio se debe necesariamente cumplir con una serie de requisitos: el reivindicante debe ser propietario de la cosa y debe haber perdido la posesión. De allí que el actor debe acreditar la existencia de un título (sea de él o del cocontratante directo de éste) que pruebe una posesión anterior a la que detenta el demandado". (Sala III *"Faletti Julio c/ Zoia Claudio s/ Acción Reivindicatoria"*, Exp.Nº418130/2010- sentencia 12/11/2015).

"La reivindicación compete al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario...al propietario que ha perdido la posesión de la cosa contra el que se encuentra en posesión de ella" (Sala I: *"Baca Cau Cesar Augusto c/ González Martin S. y otro s/ Acción Reivindicatoria"*, Exp. Nº 274256/2001 y su acum. *"González Miguel Ángel y otros c/ Baca Cau Cesar Augusto s/ Prescripción"*, Exp. Nº289707/2002- Sentencia 03/03/2009).

"La palabra "poseer, poseedor" se aplica en el caso de la norma y respecto del demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene" (Sala III: *"Gorena Mariana Eugenia c/ Muñoz Agin Mirna Ivana s/ Acción Reivindicatoria"*, Exp. Nº 353.247/2004- Sentencia 15/04/2010 y *"Robles Ariela Cristina c/ Alonso Santiago s/ Acción*

Reivindicatoria", Exp N° 378790/08- Sentencia 14/05/2013, entre otras).

"Que el ejercicio de la acción reivindicatoria requiere como condiciones en cabeza del pretendiente, el dominio del bien que reclama y la pérdida de la posesión del mismo (arts. 2758, 2772 del C. Civil); siendo procedente contra toda persona que por cualquier medio se encuentre en posesión, sea de buena o mala fe, desde el momento que la posesión exista y obligando al demandado a responder por ella, y en caso de condena, restituirlo dejándose desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión" (Sala III: "Dalceggio María Alicia y otro c/ Perreta María s/ Acción Reivindicatoria", Exp. N° 500173/2013- Sentencia 07/03/2018).

Por otra parte, las razones por las que la demandada accedió el inmueble si bien no aparecen definidos en todas las aristas delimitadas en el contrato de comodato - tal como lo invoca el actor y erróneamente descarta la juez de instancia- en orden a su carácter real por el que para su perfeccionamiento solo se requiere la entrega de la cosa (Gherzi, Carlos A.; Weingarten, Celia-2017. "Contrato de comodato". Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley. [ISBN 978-987-03-3194-0](#).), ante la inexistencia de una contraprestación, resulta ser el medio aún informal por el que se puede dilucidar el porqué de la implantación de una vivienda ejecutada sobre una parte del inmueble que se reivindica.

En consecuencia, a partir de la controversia generada en el proceso y según los hechos establecidos y reconocidos, le incumbía al actor probar los hechos constitutivos es decir aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos, en este caso la reivindicación reclamada.

Mientras que el demandado debió acreditar los hechos impeditivos, es decir, la falta de aquellos hechos que

normalmente concurren con los constitutivos, falta que impide a éstos producir el efecto que le es propio (arg. Art. 375 del Cód. Proc; Chiovenda, "Instituciones", III, pág. 94), cuestión ésta, que no alcanzó con su contrademanda, por no reunirse los presupuestos que la tornen viable y por la falta de un contrato de servicios del que no se probó su instrumentación o autorización, y con ello el supuesto encargo de la construcción.

Que por lo analizado precedentemente, concluiré en que se han cumplido acabadamente los requisitos para la procedencia de la acción reivindicatoria intentada, como medio idóneo en el caso que nos ocupa para reclamar en sede judicial la restitución del pleno goce del derecho de propiedad sobre su inmueble y con ello hacer lugar al retiro de la vivienda existente, conforme se solicita.

D.- Por las citadas consideraciones fáctica y jurídicas, propiciaré al acuerdo que se rechace la excepción de falta de legitimación pasiva de la accionada, y se haga lugar a la acción reivindicatoria interpuesta por el actor, con rechazo de la reconvenición deducida en su contra, para condenar a aquella a dejar libre de toda edificación la porción de la propiedad individualizada como M.C. 02-21-80-2671, procediendo al retiro de la edificación ejecutada en base al sistema constructivo descrito por la perita a fs. 142/143 e incluso la platea de hormigón armado sobre la que está situada.

IV.- Conforme se resuelve, el tratamiento del recurso de la demandada WGS S.R.L., deviene en abstracto.

V.- Con relación a la apelación de los honorarios del perito contador por bajos (fijados en el 2%), el mismo deberá ser estimado nuevamente.

Sabido es que su retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus trabajos y

conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (sala III: "Reyes Víctor Hugo c/ Badano Hnos. S. H. y otros s/ Despido Directo por otras Causales", Exp. N°426323/2010-Sentencia 23/07/2018).

Sentado lo anterior y de conformidad con la pautas mencionada y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, el porcentaje de la regulación atacada será ajustado en un cuatro por ciento (4%), por lo que se impone su rectificación.

VI.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré al Acuerdo que haciendo lugar a la apelación del actor se revoque la sentencia de grado, con rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por WGS S.R.L y de su reconvención condenatoria; y haciendo lugar a la reivindicación planteada, condenar a la demandada a restituir el pleno goce de la porción de la propiedad individualizada como M.C. 02-21-80-2671 (fs. 130) ordenando el retiro de lo edificado de conformidad a lo antes dispuesto y a su costo, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado.

VII.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

VIII.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, los que se fijarán oportunamente de conformidad al valor de las dos edificaciones comprometidas, estableciendo los de los Dres. ... y ..., patrocinante del actor, en el 8% a cada uno y para los Dres. ... y ... en el 7% a cada uno, elevando al 4% los correspondientes al perito Contador ... (arts. 6, 7, 9, 10, 15, 20, 24, 39 s.s. y c.c. de la ley arancelaria).

IX.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que

correspondan por la labor en la instancia de grado (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 347/353 y vta., rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por WGS S.R.L y de su reconvención condenatoria; y, en consecuencia, hacer lugar a la reivindicación planteada, condenando a la demandada a restituir el pleno goce de la porción de la propiedad individualizada como M.C. 02-21-80-2671 (fs. 130), ordenando el retiro de lo edificado de conformidad a lo antes dispuesto y a su costo, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, los que se fijarán oportunamente de conformidad al valor de las dos edificaciones comprometidas, estableciendo los siguientes porcentajes: para los Dres. ..., patrocinantes del actor, en el 8% a cada uno y para los Dres. ... en el 7% a cada uno, elevando al 4% los correspondientes al perito Contador ... (arts. 6, 7, 9, 10, 15, 20, 24, 39 s.s. y c.c. de la ley arancelaria).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que correspondan por la labor en la instancia de grado (art. 15 de la L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA