Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A

Zemelman, Gerardo Marcos c. Borowsky, José Ber • 08/10/2010

2ª Instancia. —Buenos Aires, octubre 8 de 2010.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor Luis Alvarez Juliá dijo:

I. A fs. 51/54 se presentó Gerardo Marcos Zemelman, mediante patrocinio letrado, entablando demanda por prescripción adquisitiva contra José Ber Borowsky, con relación al inmueble de la calle J. A. Cabrera 3094, Unidad Funcional N° 33, piso 5°, departamento "D", de esta ciudad.

El actor señala en su libelo de inicio que su tío, José Ber Borowsky, quien falleciera el 1° de noviembre de 1979, con carácter previo, vendió el inmueble objeto de autos, a su madre Pola Feldman, mediante boleto de compraventa que en original fuera acompañado en los autos "Borowsky, José Ber s/ Sucesión ab-intestato".

Destaca que lo abrupto del deceso de su tío impidió la celebración del acto escriturario, quedando el documento mencionado anteriormente como única prueba de la compra y pago del precio, y al ser éste un acto que no podrá concretar y teniendo en cuenta que el proceso sucesorio tramita como herencia vacante, careciendo de vocación hereditaria, se vio obligado a iniciar el presente juicio.

Afirma que desde el fallecimiento del titular dominial, ocupó en forma continua, pacífica e ininterrumpida el inmueble cuya usucapión pretende, haciéndose cargo todos estos años de los gastos de conservación y mantenimiento, que incluye servicios e impuestos y las expensas mensuales, acompañando los respectivos recibos.

Considera haberse comportado a lo largo de los años como un verdadero dueño, mencionando haber alquilado el departamento e incluso renegociando el pago de deudas que lo vinculan, adjuntando el respectivo convenio de cancelación de deuda.

A fs. 165/167 se presenta Ana Ester Gutiérrez, curadora de los bienes que componen el acervo hereditario de la sucesión demandada, mediante el patrocinio del Sr. Procurador General Adjunto de Asuntos Contenciosos de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, y contesta demanda.

Luego de realizar una negativa pormenorizada de los hechos relatados por el actor, señala que la prueba documental acompañada resulta escasa e incompleta para acreditar la posesión pacífica y continua invocada, incumpliendo con los requerimientos exigidos por la ley 14.159, modificada por el Decreto 5756/58.

También refiere que, tal como surge del boleto de compraventa aludido, el saldo de precio se abonaría el 25 de octubre de 1979, en cuyo acto se haría entrega de la posesión. Sin embargo, dicho pago nunca fue efectuado, toda vez que de la partida de defunción del Sr. Borowsky se desprende que el último domicilio del causante era el de la calle Cabrera 3094 y por tanto, al momento de su muerte continuaba ostentando la posesión.

A fs. 214/216 se presenta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y manifiesta que sólo investirá el carácter de demandado para el supuesto en que exista interés fiscal comprometido.

A fs. 295 se presenta Alicia Cristina Ongarato de Zemelman en su carácter de cónyuge supérstite de Gerardo Marcos Zemelman, denunciando el fallecimiento del actor.

II. Corridos los traslados de rigor, y producida la totalidad de la prueba ofrecida por las partes, el Sr. Magistrado de la anterior instancia dictó sentencia, la cual hizo lugar a la demanda promovida y declaró en consecuencia que Alicia Cristina Ongarato ha adquirido por prescripción el bien sito en la calle José Antonio Cabrera 3094, esquina Agüero, Unidad 33, piso 5, Capital Federal (Circunscripción 19, Sección 15, Manzana 100, Parcela 11), distribuyendo las costas por su orden.

Contra dicho pronunciamiento, se alza Mónica Cristina Tolosa, curadora de los bienes que componen el acervo hereditario de la sucesión demandada, quien expresó agravios a fs. 397/401 los que fueron replicados por la parte actora a fs. 411/414.

III. La recurrente centra sus quejas en que el Magistrado de la anterior instancia consideró con excesiva laxitud la escasa prueba producida por el actor, entendiendo que no acreditó debida y acabadamente la posesión veinteañal, prevista en el art. 4016 del Código Civil. Sostiene que los recibos de pago de impuestos, O.S.N., expensas y servicios públicos acompañados resultan harto escasos y fragmentados, y que la prueba testimonial es irrelevante dado que las declaraciones producidas solo se remiten a reproducir manifestaciones brindadas a los testigos por el propio actor.

La usucapión es un modo de adquisición de los derechos reales por "la continuación de la posesión" en forma pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el tiempo establecido por la ley. La adquisición por este medio se basa en dos hechos fundamentales: la posesión de la cosa por parte de quien no es su dueño y la duración de esa posesión por un cierto tiempo. De la conjunción de la posesión con el tiempo la ley hace derivar la adquisición, siendo éste uno de los efectos más importantes de la posesión (cfr. Areán, Beatriz, "Derechos reales", Ed. Hammurabi, Bs. As. 2003, tomo 1, pág. 375).

Ahora bien, es sabido que quien alega la prescripción adquisitiva de dominio debe probar: primero, el "corpus" posesorio, vale decir el ejercicio de un poder físico sobre la cosa, segundo, "animus domini" o la intención de tener la cosa para sí sin reconocer la propiedad en otro; y, por último, el transcurso del tiempo, que marca la ley en veinte años (CNCiv. Sala A "Soldano Salvador c. Sar Silvestre Ramón s/ Posesión vicenal", del 17/4/1986).

En este entendimiento, dado la naturaleza peculiar de este modo de adquisición del dominio la apreciación de las pruebas de la posesión debe llevarse a cabo con la mayor estrictez, y deben considerarse de manera integral, compuesta y global, pero por sobre todas las cosas, con suma prudencia, debido a las trascendentes consecuencias que se derivan para las partes de la sentencia (Claudio M. Kiper-Mariano C. Otero, "Prescripción adquisitiva", Buenos Aires, La Ley, 2° ed., pág. 281).

Sentado lo expuesto, advierto que la prueba producida en estas actuaciones no ha logrado acreditar de manera plena e indubitada que el actor ha realizado actos posesorios durante los veinte años exigidos por la ley para casos como el presente, por lo que adelanto que propondré al acuerdo acoger los agravios vertidos.

Respecto de la prueba documental obrante en autos, cabe poner de relieve que salvo los recibos de pago del servicio de agua (O.S.N.) por los bimestres 1, 3, 4 y 5 del año 1980 (v. fs. 345/348), los restantes comprobantes reflejan el pago del impuesto de A.B.L. a partir del año 1990 (cfs. fs. 349/360).

En igual sentido, cabe concluir respecto del pago de las expensas, ya que si bien el informe de la administración del Consorcio da cuenta que el actor las pagaba personalmente, cabe destacar que dicha entidad comenzó a administrar a aquél a partir del año 1994 (v. fs. 261) y por otro lado, los recibos acompañados obrantes a fs. 312/332 acreditan su pago a partir del año 1990.

Si bien es cierto que la falta de continuidad en el pago de los impuestos, tasas y contribuciones que pesan sobre la propiedad no es factor determinante para descartar el "animus dominis" requerido para el progreso de la prescripción adquisitiva, lo cierto es que en la especie hay un período de tiempo comprendido entre los años 1981 y 1990, en los que el actor no ofreció prueba que acredite el pago de los impuestos, servicios o expensas que recaen sobre el inmueble cuya usucapión pretende.

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, debe señalarse que la demanda de usucapión es improcedente, no obstante el pago de impuestos relativos al inmueble por parte del actor, si el resto de la prueba reunida resulta insuficiente para demostrar la existencia de actos posesorios realizados claramente con el ánimo de dueño y durante el término legal de prescripción (CNCiv. Sala H, "Lucero S.A. c. López Vidal, Antonia y otros s/ prescripción adquisitiva" del 24/4/2008).

En otras palabras, el pago de los impuestos por sí solo no constituye un acto posesorio y consiguientemente nada prueba con relación al corpus posesorio.

Corresponde pues, examinar la prueba testimonial obrante en los presentes actuados.

La testigo Elsa Cabral, quien declaró ser amiga del actor desde hace más de veinte años, al ser preguntada si sabía quién era el titular del inmueble objeto de autos, respondió "cree que el actor" "… que él abonaba las expensas y los gastos del departamento, esto lo sabe una vez estuvo enfermo, tuvo un infarto y la dicente en su momento lo acompañó al hospital, y en esa oportunidad él le manifestó su preocupación de no poder abonar los gastos del departamento". Sin embargo al ser repreguntada por la curadora de la sucesión, en qué fecha se infartó el actor, respondió "en los primeros meses del año 1999" (v. fs. 258/260). También refirió que el actor tenía alquilado el inmueble para hacer frente a los gastos desde el año 2001. Cabe señalar que los hechos relatados si bien resultan ser actos posesorios, los mismos datan del año 1999 y 2001 (v. fs. 258/260).

La jurisprudencia ha sostenido que en los testimonios prestados como prueba en juicios de usucapión, la persona deponente debe explicar y detallar los actos y hechos que evidencien la intención de poseer como dueño, de lo contrario, si no se exponen pormenorizados estos actos y hechos y sólo se limitan a expresar los testigos "creo que es el dueño", "lo he visto actuar como dueño", etc., se desvaloriza la declaración, constituyéndose en una apreciación personal insuficiente (CNCiv. Sala C "Otero Lorenzo, David c. Martínez, Lucio Alfredo y otros s/ prescripción adquisitiva", del 11/09/2008).

A su turno, el Sr. Wolfgang Metsch declaró ser amigo del actor desde hace más de treinta años y ante la pregunta de quién era el propietario del inmueble de marras, declaró que "supone que el actor". Asimismo manifestó que "hizo arreglos, como, por ejemplo, puso un termotanque", "… le consta porque se lo comentó el actor", "… Aclara el testigo que no lo conoce". Dijo saber que "Zemelman vivió allí, pero no le consta porque nunca fue allí". Con respecto a las mejoras o reformas que realizó el actor, refirió "pinturas y artefactos de calentamiento de agua", pero aclaró que no lo conoce (v. fs. 264/266).

La Sra. Anke Anna Wilhelmine Hardt, declaró que "en un tiempo el mismo actor ha vivido en ese departamento, no sabe cuanto tiempo. Esto lo sabe porque se lo contó el propio actor" (v. fs. 267/268). El actor sostiene que desde el fallecimiento del Sr. Borowsky ocupó en forma continua, pacífica e ininterrumpida el inmueble objeto de autos.

Ahora bien, la testigo Cabral declaró que por dichos del actor, cuando el Sr. Borowsky fallece en su domicilio la policía lo llamó y le entregó las llaves del departamento (v. fs. 259/260). En igual sentido depuso el Sr. Metsch, quien "le manifestó que había fallecido el tío y que la policía le había dado la llave" (v. fs. 264). La Sra. Hardt declaró en relación a quién era el titular del inmueble que "cree que Zemelman, porque la madre del actor se lo comentó en el asado. No sabe desde hace cuánto, pero cree que desde hace mucho, cree que falleció en el 79, o sea que desde hace veintisiete años que es el dueño, es decir, desde que murió su tío" (v. fs. 267).

Basándose estas declaraciones en los dichos del propio actor, forzoso es concluir en que si los sucesos no pasaron por los sentidos de ninguno de ellos, sino que provienen de la información de la propia parte, no cabría tenerlos por acreditados.

Así las cosas, considero que el actor no ha demostrado con elementos convincentes la ocupación, acto posesorio por excelencia, ni la ejecución de ningún otro de los enumerados en el art. 2384 del Código Civil, desde el fallecimiento de su tío, Sr. José Ber Borowsky (1/11/1979), hasta al menos los años noventa y en consecuencia, no se encuentran acreditados los años exigidos para que la prescripción adquisitiva opere de acuerdo al art. 4015 del Código Civil.

IV. Síntesis: En virtud de la totalidad de los fundamentos antes expuestos, propongo al acuerdo: 1) Revocar la sentencia apelada en todas sus partes, rechazando la demanda promovida y 2) Imponer las costas en ambas instancias a la vencida (art. 68 del CPCC).

El doctor Ricardo Li Rosi votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Luis Alvarez Juliá.

El doctor Molteni dijo:

Comparto las conclusiones y los fundamentos que el distinguido vocal preopinante expone para concluir en la desestimación de la demanda, a las cuales me parece apropiado agregar, que del propio texto del escrito inicial, se infiere que la ocupación del inmueble por parte del actor o más precisamente de su madre, fue como consecuencia de un boleto de compraventa que el titular de dominio habría suscripto a favor de ella, lo que permite concluir que la posesión acordada por Borowsky con sustento en ese contrato, no resulte apta para usucapir el bien prometido en venta.

En efecto, el adquirente por usucapión sin justo título, además de poseer el bien por un lapso no menor de veinte años (art. 4015 Cód. Civil), es menester que tenga la bajo su poder con intención de someterla al ejercicio del derecho de propiedad, puesto que para usucapir es necesario ejercer la posesión a título de dueño, dado que a ese efecto no sirven los llamados actos de tolerancia, ni el ejercicio de simples facultadas legales (conf. art. 2351 Cód. cit.; Lafaille, H. "Tratado de Derechos Reales", t. I, n° 773 y ss., Peña Guzmán , "Derechos Reales", t. II, n° 634).

En el caso, la posesión ejercida por la madre del actor y luego por él, en función del boleto de compraventa, implicaba reconocer en el vendedor la calidad de dueño, lo que resultaba incompatible que dichos poseedores cumplieran con la premisa de que la posesión con eficacia adquisitiva de dominio, se haya ejercido a título de propietario. Era por lo pronto indispensable, para el ejercicio de una posesión que tenga dicha aptitud, demostrar la interverción del título por el cual ejercía la tenencia del bien, en otro diferente de poseedor en los términos del art. 2351 del Código Civil, lo que exigía la realización de actos exteriores que mostrasen la intención de privar al dueño de la posesión y ejercer efectivamente las prerrogativas de los mismos (conf. Areán, B. "Derechos Reales", 6ta. ed., t. 1, p. 394; S.C. Bs. As. 5/3/85 in re "Díaz Carlos I. c. Pieres Augusto").

Por ese motivo, considero que al margen de la deficiencia probatoria de los actos posesorios invocados por el actor, tampoco su accesión al inmueble parece relacionarse con una posesión que tuviese aptitud para adquirir el dominio por usucapión, por lo que la demanda debe ser rechazada.

Y Vistos: Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: 1) Revocar la sentencia apelada en todas sus partes, rechazando la demanda promovida y 2) Imponer las costas en ambas instancias a la vencida (art. 68 del CPCC).— Luis Alvarez Juliá. — Ricardo Li Rosi. — Hugo Molteni (con ampliación de fundamentos).