

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 18 de febrero de 2016. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. C/ BALMACEDA, FACUNDO JAVIER Y OTROS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo)" (R.C. 00991-15) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. Camperi dijo:

Vienen estos autos al acuerdo con motivo del recurso de apelación que contra el pronunciamiento de fs. 135/137 vta. dedujera el accionado. Concedido correctamente, presentóse la memoria de fs. 145/147 vta. que, traslado mediante, mereciera la respuesta de su adversaria de fs. 152/154 vta.

Ingresando en el análisis de la cuestión y visualizando la problemática venida a decisión, que evidentemente se trata de una cuestión de hecho como resulta ser quien se encontraba en posesión de la cosa y desde qué momento, con la mirada que aconseja la norma del art. 386 del código procesal civil y comercial, es decir, con el principio de apreciación de la prueba de la sana crítica, entiendo que otra solución ha de adjudicarse a la contienda.

En tal orden de ideas, la circunstancia de que no se hubiera conferido traslado de la argumentación del demandado en el sentido de que se encontraba vencido el plazo previsto en el art. 621 C.P.C.C. para la promoción del reclamo, de ninguna manera obsta a su valoración desde que constituye un argumento central en su posición defensiva. Desde otro punto de vista, no advierto limitación alguna que pudiera afectar a su contraria, desde que ésta contaba con la posibilidad de acreditar de manera amplia y circunstanciada todas aquellas circunstancias que rodearan a la ocupación del lote, entre las cuales -obviamente- se encontraba la del "tiempo" que llevaba la misma o, lo que es lo mismo, cuándo habría comenzado la ocupación de Balmaceda y su grupo familiar.

Sobre el punto, entiendo que existe prueba concluyente que al momento de la promoción del reclamo -julio del 2013- había vencido con creces el plazo indicado, desde que según las testimoniales ofrecidas, el comienzo de la ocupación puede estimarse a fines del año 2011 o comienzos del año 2012, en especial si ponderamos los

aportes que realizan los testigos Santamaria y Nievas, quienes se expresaron con conocimiento directo de la ocupación de Balmaceda. Si a ello le agregamos la respuesta brindada por el apoderado del "Llao Llao Resorts S.A.", Sr. Esteban N. Barrerio, donde hubo laborado el accionado, que nos hace saber que éste hubo denunciado su domicilio a todos los efectos del contrato laboral, en Avenida de las Frambuesas s/n (y Av. Catedral), tendremos un cuadro que claramente aconseja admitir un temperamento distinto al adoptado en el pronunciamiento de primera instancia.

En fin, habiéndose acreditado que la ocupación del demandado hubo comenzado a fines del año 2011 o comienzos del año 2012, es evidente que el reclamo promovido en julio del año 2013 hubo sido alcanzado por la caducidad prevista en el art. 621 del código de forma, clausurando de éste modo la posibilidad de desandar la vía de estos remedios de índole policial como resultan ser los interdictos.

Por lo expresado y de compartirse mi criterio, propongo hacer lugar al recurso de fs. 143 disponiendo el rechazo del interdicto de recobrar promovido por "Fracciones Lago Gutierrez S..A.", con costas. Los honorarios de segunda instancia se determinan en un 35% de lo que oportunamente se regule en la instancia de origen y a favor del Dr. Luis Gonzalo Caride y en un 25% sobre el mismo parámetro para la Dra. Dolores A. Honrado (art. 15 L.A.)

A la misma cuestión el Dr. Cuellar dijo:

1. La caducidad como cuestión formal preliminar.

Aún cuando aceptáramos que el Sr. BALMACEDA hubo interpuesto formalmente la caducidad interdictal, cuestión por cierto muy dudosa si se contrastan los espartanos términos pertinentes de su litiscontestatio (fs. 45 vta. in fine/46) con las exigencias rituales respectivas sobre proponibilidad pretensional (art. 330 y cdt. Código Procesal), en cualquier caso tengo para mí que sólo formalmente asiste razón al Dr. Camperi sobre que, a diferencia del impedimento visualizado por el Juez de grado, la falta de sustanciación no perjudica la caducidad como parte integrante de la defensa ensayada por el Sr. BALMACEDA y menos si FRACCIONES se refirió de modo expreso a la cuestión de la caducidad en su alegato (fs. 123 vta./124 vta.) con lo cual es evidente, incluso participando del razonamiento del Magistrado a quo, que ad eventum hubo quedado bien salvada la bilateralidad.

Casualmente los argumentos esgrimidos por el recurrente sobre la proponibilidad de la caducidad, en el sentido que como en el juicio sumarísimo no hay posibilidad de articular defensas previas (art. 486 inc. 1º Código Procesal) igual procede su

tratamiento liminar en la sentencia, coinciden con los que hebe meritado como Juez a quo (cf. "EMILIANOVICH", del Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Pero sin embargo disiento con el primer votante en punto a la solución sustancial propuesta ya que, a mi juicio, la demanda hubo sido interpuesta en tiempo propio.

En efecto: conviene prevenir en este sentido cómo, pese a la letra de la ley (art. cit.), es doctrina y jurisprudencia recibida desde siempre, como patentizara con acierto FRACCIONES al responder los agravios, que lo dirimente en torno a dicha cuestión, al igual que acontece en materia de prescripción extintiva, no es tanto la producción en sí de los hechos fundantes del interdicto sino más bien el conocimiento que de los mismos pueda haber tenido el poseedor despojado (cf. además in extenso Falcón, E., "Código...", T° IV, p. 40 y sgts; Fassi, S., "Código...", T° II, p. 270; "ALCARAZ" de esta Cámara; "EMILIANOVICH", cit.; etc.)

Y al respecto me resulta evidente cómo si no pudo establecerse no ya de manera exacta sino aunque sea en forma verosímil por prueba objetiva y no de atendibilidad restringida, ni el inicio de la ocupación por el Sr. BALMACEDA ni tampoco cuándo FRACCIONES supo de tal circunstancia, en cualquier caso, anotició verosímilmente de la ocupación del Sr. BALMACEDA cabe desestimar la caducidad pues, como se sabe, en supuestos de duda cualquier instituto que conlleve la pérdida de derechos debe aplicarse de manera asaz estricta y restringida.

En orden a lo anterior no pueden ni deben perderse de vista la atendibilidad restringida, de un lado, de los testimonios que merita como determinantes mi colega, frente al de atendibilidad plena (amiga suya) que -como el propio demandado reconoce en su memorial- sitúa la ocupación suya (recién) en Diciembre 2012 (Sra. Battistini), la carga de la prueba, de otro, sobre ambos extremos (producción y conocimiento) que en principio incumbe al Sr. BALMACEDA, la cual -como digo- no fue debidamente satisfecha, las posiciones puestas por FRACCIONES, de otro, deben interpretarse en el contexto circunstancial del caso, no aislada y/o descontextualizadamente sino relacionando unas con otras (ver pliego respectivo a fs. 80 puntos 3 y 5) y, en fin, el mandamiento de constatación librado en el ámbito de la diligencia preliminar promovida por FRACCIONES con fecha 10-4-2013 se concretó el 19-6-2013, o sea menos de un mes antes de iniciarse la demanda principal y poco tiempo después de la época sindicada en la demanda como de toma de conocimiento por la actora de la ocupación del demandado.

Despejada entonces esa ineludible cuestión preliminar procede adentrarse en la

verdadera cuestión de fondo propuesta.

2. Marco jurídico y ratio legis de los interdictos y las acciones posesorias.

Por cierta confusión conceptual que visualizo en los argumentos de ambas partes, acaso más en FRACCIONES -quien pareciera haber mixturado ideas más propias de la reivindicación que de los interdictos (ver fs. 120 in fine y vta. reproducido a fs. 153 in fine y vta.)- que en el Sr. BALMACEDA, creo de toda oportunidad recordar el reiterado orden ideario que sobre esta materia hube seguido mientras fuí Juez de grado (cf. "EMILIANOVICH" cit.).

Nos encontramos dentro del ámbito de las acciones posesorias reconocidas a los poseedores para ejercer su derecho de defender dicho estado, con independencia de que el mismo repose o no en un derecho, de modo que para intentarlas no se requiere título pues la controversia posesoria no se decide sobre la base de título alguno del cual, por el contrario, la ley manda prescindir (art. 2472 Código Civil) (Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil", T° 5A, p. 346).

Por lo mismo siempre se ha considerado que el Juez del posesorio debe concretarse exclusivamente a la comprobación del hecho posesorio con prescindencia absoluta de toda decisión que directa o indirectamente importe un pronunciamiento sobre cuestiones de derecho; de ahí que sea inútil en las acciones posesorias la prueba del derecho de poseer por parte del demandante o del demandado, y que la única admisible sea la encaminada a acreditar el hecho o la ausencia de la posesión y la existencia o no de actos por parte del demandado que la perturben (TS Córdoba, Sala Civ. y Com., DJLL III-84-41; Cám. 4a. Civ. y Com. Córdoba, DJLL III-50-19; Cám. 1a. Civ. y Com. Morón, Buenos Aires, LL 1075-B-76; Cám. 2a. Civ. y Com. Tucumán, JA 1980-III-250; Cám. Civ. 1a. Capital Federal, JA 72-511).

Toda vez entonces que en esta materia de lo que se trata es de la instancia posesoria el debate versa sobre la posesión (jus possessionis) y no sobre el derecho de o a poseer (jus possidendi) es natural que, en principio, se prescinda del título o del derecho a poseer que pueda o no respaldar la posesión.

Título válido no es aquí el instrumento que obra como forma sino la causa fuente del derecho y por eso para la posesión se requiere la materialidad posesoria (arts. 2351, 2352, 2378 y 2379 Cód. cit.). Cuadra pues insistir sobre que es el hecho mismo de la posesión y no el derecho a la posesión lo que da derecho a protegerse por esta vía interdictal.

Conviene asimismo recordar que tanto los interdictos, en el ámbito formal (arts. 606 y

sgts. Código Procesal), como las acciones posesorias, en el ámbito sustancial (arts. 2470, 2473, 2479, 2480, 2481, 2487, 2489, 2490, 2950, 3034, 3944 y cdt. Código Civil), tienen como finalidad esencial proteger la posesión o la tenencia independientemente del derecho de propiedad (cf. v.gr. Ihering, "El fundamento de la protección posesoria", págs. 2 y sgts.; Salvar, R., "Derechos reales", N° 504; Lafaille, H., "Derechos reales", N° 371). De allí que en punto a su naturaleza jurídica muy calificada doctrina haya sostenido que se trata de procedimientos sumarios para la protección de la "possessio naturalis", es decir de la posesión considerada exclusivamente en su aspecto exterior, por lo que representa el "corpus" posesorio que tanto lo tienen el poseedor como el detentador (cf. in extenso Alsina, H., "Derecho Procesal", T° VI, págs. 278/285).

Interesa, en fin, el corpus posesorio mismo (cf. Cifuentes, S., "Código Civil", T° IV, p. 536).

De acuerdo con la finalidad de la pretensión esgrimida los interdictos se pueden clasificar en tres grupos: 1) interdictos dirigidos a defender la posesión o tenencia de la que se privó o la que fue turbada en su ejercicio los que a su vez, según el grado de su afectación, se pueden sub-clasificar en los que apuntan a: a) remediar la privación de la posesión o tenencia (interdicto de recobrar: arts. 614 a 618 Cód. cit.); b) remediar la turbación de la posesión o tenencia (interdictos de retener: arts. 610 a 613 Cód. cit.; y de obra nueva: arts. 619 y 620 Cód. cit.); 2) interdictos destinados a obtener la posesión o la tenencia que nunca se tuvo, no obstante tener derecho a ello (interdicto de adquirir: arts. 607 a 609 Cód. cit.); y 3) interdictos destinados a proteger los bienes de quien los promueve de un daño potencial, aunque serio e inminente, que podría derivarse del estado ruinoso de una cosa (denuncia daño temido u oposición a la ejecución de reparaciones urgentes: arts. 623 bis y ter Cód. cit.).

A propósito de todo lo anterior hay que decir que los interdictos han sido instituidos para evitar que los litigios se solucionen sin el auxilio de la autoridad competente (CCivCom San Isidro, Sala I, causa 18.757, reg. int. 126, citado por Fenochietto-Arazi, "Código", Tomo 3, pág. 107) como un intento de prevenir la violencia y el intento de hacer justicia por sí mismo, por lo que "son medidas policiales en las que no se discute el derecho a la posesión o a la tenencia, sino solamente la existencia de ellas, debiendo protegerse el estado de cosas existente, hasta que la Justicia se pronuncie en definitiva sobre la relación sustancial" (Fenochitto-Arazi, op. cit., Tomo 3, pág. 107).

En particular el interdicto de recobrar la posesión, que es el interpuesto por la actora, es

la pretensión procesal mediante la cual quien ejerce la posesión de un bien mueble o inmueble del que ha sido total o parcialmente despojado reclama judicialmente la restitución de esa posesión o tenencia (Fenochietto, C. y Arazi, R., ob. cit., siguiendo a Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", T° II, p. 309). El despojo, a su vez, implica la privación de la cosa que se encuentra en poder del actor. La ocupación efectiva de éste tiene que aparecer clara e indudable en el momento del despojo; por ello si la prueba acumulada no logra crear esa certidumbre el interdicto debe rechazarse (cf. CSJN, 23-10-79, LL 1980-A-442; CNCiv., Sala A, 13-5-80, ED 89-225 y Revista Doctrina Judicial, 1989-2-633, N° 12; C.2a.Civ.Com. La Plata, Buenos Aires, Sala II, 13-6-78, Rep. LL XXXIX-63, N° 15). Así pues quien intenta el interdicto de recobrar solamente debe justificar (probar) haber tenido la posesión actual o la tenencia de la cosa mueble o inmueble y su despojo. La ley prevé dos acciones contra la desposesión: la posesoria en sentido estricto (acción restitutoria) organizada contra el ataque de desposesión (art. 2487 Cód. cit.), que tiene como finalidad el reintegro de la cosa de la que el poseedor fue desposeído y que en el ámbito posesorio puede considerarse como un paralelo de la reivindicatoria, y la policial de despojo (arts. 2490 a 2494 Cód. cit.) a la que se suma el interdicto de recobrar. El concepto de desposesión surge de interpretar armónicamente la ley civil (arts. 2496 y 2497 Cód. cit.) de forma que se configura cuando contra la voluntad del poseedor alguien ejerciere, con intención posesoria, actos de posesión que tuviesen el efecto de excluir en forma absoluta al poseedor, total o parcialmente, de la posesión de la cosa; en forma más genérica puede decirse que hay desposesión cuando se impide al poseedor, en forma duradera, el ejercicio de la posesión. Es antigua y reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la acción de despojo procede del interdicto "unde vi" del derecho romano, el cual fue transformado por el derecho canónico en la acción de despojo, que sólo protege el hecho actual de la posesión contra quien violentamente desposee al poseedor actual (ED 52-214). El despojo implica pues la privación de la cosa que se encuentra en poder del actor. La ocupación efectiva de éste tiene que aparecer clara e indudable en el momento del despojo; por ello si la prueba acumulada no logra crear esa certidumbre el interdicto debe rechazarse. Notemos entonces que el despojo debe implicar por parte del demandado el ejercicio de actos posesorios, que impidan que el actor también lo haga en forma simultánea. La ley sustancial (art. 2494 Cód. cit.) sienta la regla general en materia de prueba del despojo a cargo del demandante, lo cual armoniza con la ley procesal (art. 377 Cód. cit.) y con las propias del ámbito posesorio donde el poseedor

demandado posee porque posee sin tener nada que probar (art. 2363 Cód. cit.). Y en segundo lugar establece qué es lo que debe probar el actor: su posesión, el despojo y el tiempo en que el demandado lo cometió. Si se parte de la base de que la posesión se presume una vez acreditada la realización de actos materiales (arts. 2363 y 2384 Cód. cit.) basta con la prueba del corpus, de forma tal que si se comprueba la relación del actor con la cosa y que fue despojado de ella la demanda debe acogerse; es lógico que la prueba del despojo también esté a cargo del actor pues además de responder a principios generales, ya que el poseedor demandado posee porque posee, también hay que recordar que la posesión se presume de buena fe (art. 2362 Cód. cit.) y quien pretenda que el demandado adquirió la posesión que venía ejerciendo con vicios debe demostrarlo (cf. Martínez Castro, M., "El interdicto de recuperar y el despojo de la posesión", LL 1992-B-100, con citas de Fenochietto, C. y Arazi, R., ob. cit. y también de varios fallos; idem in extenso Iturbide, G., "Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación", en el Dial.com del 29-8-05, con infinidad de citas de doctrina y jurisprudencia). La violencia no se identifica con cualquier vía de hecho sino que debe ser uno de los supuestos previstos en la ley, de modo que se configura cuando existe (material o moralmente) un despojo (arts. 2365 a 2368 Cód. cit.). La clandestinidad proviene, entre otros supuestos posibles, de la falta de conocimiento, ocultamiento en la forma de posesión y su continuación y depende, a los efectos de los interdictos, más que de la publicidad frente a terceros del desconocimiento del perjudicado que actuó con diligencia (cf. en este último sentido muy recientes consideraciones hechas por el STJ en la causa "ROMERO Y OTROS", Se. N° 52 del 28-8-13). Incluso la interpretación doctrinario- jurisprudencial predominante recepta el abuso de confianza que se da cuando se ha entregado una cosa para restituirla y no se cumple con ello; se presume que la entrega fue dada en la inteligencia de la devolución y no para que se excluya al poseedor o tenedor, sea de manera directa o mediante maniobras engañosas (Falcón, E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° IV, p. 43 y sus citas de fallos).

La privación como tal tiene que ser absoluta, impidiendo totalmente que el poseedor o tenedor continúe en el uso de todo o parte de la cosa. El objeto de la litis es restablecer la situación de hecho anterior al despojo mediante el reintegro de la cosa al despojado (CNCiv., Sala E, 14-11-85, LL 1986-C-65, JA 1986-IV-463 y Revista Doctrina Judicial 1986-2-686). Se protege la posesión o la tenencia actual y no la pasada o aquella a que se puede tener derecho en el futuro (CNCiv., Sala E, 14-11-85, LL 1986-C-65, JA 1986-IV-463 y Revista Doctrina Judicial, 1986-2-686). Es ajeno a la finalidad del interdicto

de recobrar el esclarecimiento de las relaciones de derecho que vinculen a las partes, las cuales deben -en su caso- ventilarse ante el juez competente y en la forma que corresponda, debiendo pues limitarse la prueba a la acreditación de la posesión del que lo intenta y a la existencia de actos de violencia o clandestinidad que provocaron el despojo (CSJN, 17-12-87, Rep. ED 22-55, N° 5, idem 22-2-83, Rep. ED 7-61, N° 1; CNCiv., Sala D, 10-4-84, ED 110-566, idem Sala E, 3-5-78, JA 1979-IV-436, 14-11-85, LL 1986-C-65, JA 1986-IV-463 y Revista Doctrina Judicial 1989-2-632; CNFed.Civ.Com., Sala II, 16-6-89, LL 1990-A-473; Cám. 2a. Civ. Com. La Plata, Buenos Aires, Sala III, 17-5-90; T.Trab. Trenque Lauquen, Buenos Aires, 23-11-79, DJBA 118-187). Al actor le basta con probar la posesión o la tenencia y el despojo. El Juez no se pronuncia sobre el derecho a la posesión o a la tenencia, quedando facultadas las partes para promover la acción real pertinente (art. 623 Código Procesal), de manera que la decisión no afecta los derechos sustanciales pues, en efecto, sólo se limita a mantener provisoriamente la posesión o la tenencia despojada. El vencido en el interdicto puede pues recurrir a la acción posesoria y aún, si fuere vencido en ella, le queda abierto el camino del petitorio; porque en la vía interdictal sólo se juzga el hecho de la posesión, en la acción posesoria el derecho a la posesión y en el petitorio el derecho a la propiedad (cf. Alsina, H., ob. cit., p. 285).

Así pues quien intenta el interdicto de recobrar solamente debe justificar (probar) haber tenido la posesión actual o la tenencia de la cosa mueble o inmueble y su despojo. La ley prevé dos acciones contra la desposesión: la posesoria en sentido estricto (acción restitutoria) organizada contra el ataque de desposesión (art. 2487 Cód. cit.), que tiene como finalidad el reintegro de la cosa de la que el poseedor fue desposeído y que en el ámbito posesorio puede considerarse como un paralelo de la reivindicatoria, y la policial de despojo (arts. 2490 a 2494 Cód. cit.) a la que se suma el interdicto de recobrar. La ocupación efectiva del actor tiene que aparecer clara e indudable en el momento del despojo. Y asimismo la ley establece que entre lo que debe probar el actor se cuenta su posesión. La posesión se presume una vez acreditada la realización de actos materiales (arts. 2363 y 2384 Cód. cit.), de donde basta con la prueba del corpus (cf. Martínez Castro, M., "El interdicto de recuperar y el despojo de la posesión", LL 1992-B-100, con citas de Fenochietto, C. y Arazi, R., ob. cit. y también de varios fallos; idem in extenso Iturbide, G., "Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación", en elDial.com del 29-8-05, con infinidad de citas de doctrina y jurisprudencia).

Conviene pues insistir, por ser una circunstancia dirimente, en que la posesión o

tenencia (efectiva) debe juzgarse al momento en que se produjeron los hechos (cf. Falcón, E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tº IV, pág. 42 y sus citas).

Es cierto que la posesión se retiene y conserva sólo animus (art. 2445 Código Civil) pero a condición de que la misma haya sido tomada (cf. v.gr. Salas, A. y Trigo Represas, F., "Código Civil", Tº 2, p. 626 y sus citas de fallos). Ya en el derecho romano se prevenía que ciertamente podemos retener la posesión con el sólo "animus" pero adquirirla no podemos o lo que es igual aunque la posesión sólo animus no se puede adquirir sólo animus sí se puede retener (Paulo, ley 30, Nº 5, Digesto 41.2). Con otras palabras: sólo se puede retener y conservar por puro voluntarismo una posesión precedida de un ejercicio efectivo y actual, que es lo que se previno en la resolución recurrida y es lo que la ley manda en materia de acciones posesorias, pero no una que prima facie habría quedado reducida a lo declarativo y formal del título dominial (escritura).

Entonces para conservar la posesión se debe haber llegado primero a ser poseedor de una cosa por la reunión del espíritu de propietario y el hecho de la detención material (Marcadé, "Explication théorique et pratique du Code Civil", Tº XX, p. 88). Lo relevante es pues ese señorío o ejercicio del poder físico sobre la cosa, mueble o inmueble, que constituye el corpus posesorio, es decir la relación posesoria en su aspecto material y no meramente formal, ya que precisamente el interdicto de recobrar tiende a restablecer el poder de hecho sobre la cosa que se hubo perdido. En todo caso la voluntad de poseer debe haberse primero exteriorizado en el mismo acto de adquisición de la posesión para que se considere subsistente mientras no se haya exteriorizado una voluntad contraria (Pothier, Oeuvres, Vol. 10, p. 345).

Por eso precisamente la interpretación doctrinario-jurisprudencial es unánime al tratar todo lo atinente a la posesión y la tradición para su adquisición (art. 2351 Cód. cit.) sobre que para que exista posesión es menester un poder de hecho que se ejercite sobre una cosa, y por ser necesaria la existencia de un poder de hecho sobre la cosa para que exista posesión esta no puede ser establecida frente a terceros mediante la simple declaración de las partes interesadas al celebrar un contrato (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., ob. cit., p. 595 y sus citas).

Ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas cabe prevenir, a modo de conclusión de todo lo anterior, que el carácter de propietario del actor puede a todo evento ser una condición necesaria para solicitar la restitución de la posesión del inmueble, en tanto y

cuanto por efecto de la tradición le fue transmitida la posesión presunta, pero no resulta suficiente porque además se requiere de manera insoslayable la efectividad y actualidad de esa posesión al sobrevenir el despojo. Con otras palabras: no basta a los fines específicos del interdicto de recobrar con esgrimir la posesión de iure emergente del título (escritura), sino que se requiere como *conditio sine qua non* acreditar aunque fuere sumariamente la posesión de hecho actual o subsistente al momento de sobrevenir la desposesión (por eso se alude a ésta última circunstancia).

Recuérdese en este sentido que la propia ley, al tratar lo atinente al fundamento de las acciones posesorias como justamente es el interdicto de recobrar, advierte que un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa y no la posesión misma (art. 2468 CC).

Por lo mismo no debe confundirse lo anterior con el carácter perpetuo del dominio en cuya virtud éste no se extingue por el no uso o el no ejercicio toda vez que, también cabe recordar, entre las facultades materiales del dueño se cuenta precisamente el derecho de poseer la cosa conforme a lo cual el dominio es un derecho real que se ejerce por la posesión (art. 2513 Cód. Cit.).

En sentido plenamente concordante con las ideas precedentes ha dicho en todo tiempo y en toda circunstancia la jurisprudencia:

El interdicto de recobrar es la pretensión en cuya virtud el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble del cual ha sido total o parcialmente despojado requiere judicialmente que se le restituya la posesión o la tenencia perdida. Los requisitos para su procedencia se hallan mencionados en el CPR 614. No se trata de una acción real sino de un remedio policial dado a favor de quien se encuentra en posesión de un bien, con o sin derecho a tenerlo, cualquiera sea el tiempo de duración y origen, contra el que sí y ante sí lo turba con violencia o clandestinidad. Se trata de mantener el orden y prevenir el uso de la violencia (CNCIV, SALA D, "BEER", 2008/02/27, Citar: elDial.com - AG1E14)

"Tanto la posesión propiamente dicha como la simple tenencia, ambas tienden a preservar el interdicto de recobrar; a los fines de la institución, significan hechos; de allí que quien las alegue debe comenzar por probarlas. Y en razón de la naturaleza y características de ese remedio urgente cuyo objeto es restablecer una situación, dicha prueba debe ser concluyente y asertiva. Conforme a las directivas de la ley formal -art. 608 C.P.C.C.- para que prospere dicho interdicto "...es menester demostrar: a)-que la cosa ha estado sometida al poder efectivo de quien la reclama, y asimismo; b)-el

despojo total o parcial, en ese orden" ("BUCCI" Citar: elDial.com, W11746, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES).

La posesión perdida y el despojo deben coincidir, uno ser la razón de lo otro, por eso es que no le basta al accionante con probar esas dos cosas aisladamente, sino que debe relacionarlas en un mismo momento. Es una prueba esencial que interesa para determinar si la afirmación del accionante de que tenía la posesión y de que fue despojado coinciden en un mismo tiempo. "Gil, José Luis y otro c/ Gil, Daniel y otro s/ Interdicto de recobrar posesión" (CC0103 - LP 232820 RSD-7-99 S - 9-2-1999, Citar: elDial.com - W10DAC SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES).

El tema probatorio en el interdicto de recobrar sufre las limitaciones que el art. 2472 del Código Civil impone en cuya virtud, fuera del supuesto en que medie un estado de duda acerca de la posesión, esta nada tiene en común con el derecho de poseer y por ende será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte de los justiciables. CCI Art. 2472 ("CLUB DE PESCA SAN FRANCISCO SOLANO", CC0001 - QL 1682 RSD-16-98 S - 14-5-1998, Citar: elDial.com - WF946)

"Para que proceda el interdicto de recobrar es menester que la ocupación efectiva aparezca clara e indudable al momento del despojo, por lo que si la prueba acumulada no logra formar esta certidumbre debe rechazarse. Se debe entender por ocupación efectiva a la posesión actual o tenencia de un bien mueble o inmueble" ("CIELOS DEL SUR S.A.", CC0102 - MP 96169 RSD-385-95 S - 7-11-1995, Citar: elDial.com - WAD60 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES)

"El interdicto se otorga a los poseedores y aun a los tenedores, sin ser recaudo del mismo, por ende, el de poseer animus domini, porque la cuestión sometida a la jurisdicción no es el derecho a poseer. Lo que tiende a proteger es la ocupación misma de quien fue despojado con violencia o clandestinidad, siendo su objeto que los interesados no acudan a vías de hecho para zanjar sus diferencias (Fassi, "Codigo...", 2a. ed., Vol. III, p. 16; Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos...", t. VII, p. 40 y ss.)" (19-8-04 RSI: 712/04, "BARTESAGHI", Citar: elDial.com - AI2F7 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CHUBUT).

3. Las circunstancias del caso vinculadas a la cuestión de fondo.

Luego de haberme impuesto in extenso de los términos que signaran la sentencia, en función de los agravios expresados y con arreglo al derecho aplicable, estoy persuadido

sobre la improcedencia del recurso.

Doy seguidamente dirimentes razones.

Liminarmente me permito hacer notar que strictu sensu el memorial del Sr. BALMACEDA está borderline con la deserción recursiva, ya que pese a su aparente enjundia sólo trasunta una mera discrepancia subjetivo dogmática reñida con lo que debió ser una real crítica concreta y razonada.

En segundo término, como sea, encuentro suficientemente reunidos los presupuestos fáctico-jurídicos requeridos por la ley para que proceda el interdicto de recobrar.

Veamos.

A la ya presunta, derivada de su condición de cesionaria de los Sres. LACROZE y de un acta de costatación que no fuera redargüida de falsa por el Sr. BALMACEDA, FRACCIONES aditó suficiente prueba positiva sobre su posesión efectiva preexistente del lote en cuestión (cf. in extenso Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° VII-A, p. 60) trasuntada, como bien meritó el Juez de grado, en los dichos de los Sres. Battistini y Mercante, únicos dos de atendibilidad plena, de los cuales cabe lealmente concluir que hacia fines de 2011 o principios de 2012 la actora efectivamente ya tenía alambrado no sólo aquél sino otros varios predios en la zona.

In itinere no sólo que no visualizo la imputación del Sr. BALMACEDA, sobre que con base en el testimonio de la Sra. Battistini el Juez de origen asentó su fallo sobre premisas falsas, sino que al contrario es aquél quien descontextualizó los dichos de la testigo. Uno de los dos Sres. Burgos, a diferencia de otro meritado por el Sr. BALMACEDA, dijo claramente que el predio en disputa estaba con mucha maleza y alambre de campo. Y el Sr. Mercante también fue claro en corroborar, una vez más si cabe, que el lote durante 2011, 2012 y actualmente presenta mucha maleza y el (mismo) alambre de 3 hilos; cupiendo aditar que fue la Sra. Battistini quien desvirtuó otra de las manifestaciones del Sr. BALMACEDA, sobre que no existe prueba ninguna respecto de la fecha y/o quien realizara el trabajo de alambrado sobre el terreno en cuestión, pues dijo in concreto lo que ya dije que dijo al respecto.

Por lo demás ya vimos que, ejercido oportunamente el corpus, la posesión se retiene y conserva sólo animus (art. cit. y cdt. Código Civil de Vélez).

Luego: aquél es el acto posesorio concreto, más allá de su condición de base como sucesora particular de los antecesores Sres. LACROZE, que legitima de sobra a FRACCIONES para recobrar la posesión perdida ya que, ut supra vimos, configura un supuesto de ocupación efectiva de su parte al momento del despojo por el Sr.

BALMACEDA que indica, sin ambages, cómo el lote estaba en poder de aquélla; con lo cual que para el "a quo" la prueba de la posesión del terreno por la parte actora estuviera dada por los trabajos de alambrado observados en el terreno es lo correcto por así haberse probado y ser considerado por el derecho como una típica manifestación de la relación posesoria.

Y en cuanto a la clandestinidad, corroborando lo ya considerado por el Juez de origen, recuerdo que el lote siempre estuvo repleto de maleza (cf. toda la prueba testimonial colectada con especial referencia a los dichos del Sr. Mercante), y que, en fin, la diligencia de inspección ocular (fs. 103/109) también patentizó con elocuencia dicha circunstancia; con lo cual quiero significar cómo resulta patente la intención del Sr. BALMACEDA por ocultar su ocupación.

No debe olvidarse que en estos casos tanto la violencia como la clandestinidad deben interpretarse con criterio amplio, elástico, adaptable a las circunstancias; por eso revisten carácter despojante no sólo la desposesión violenta o clandestina sino todos los supuestos de desapoderamiento de propia autoridad, sin consentimiento del poseedor, entendido este con los alcances previstos en el art. 2480 del Código Civil (Cám. 2a. Sala III, La Plata, JA 1971-12-650; Cám. 1a. Apel. San Isidro, JA reseñas, 1971-51-24; Cám. 2a. Sala II, La Plata, causa B-69.430, 17-5-90; etc.)

Entonces: es evidente cómo la ocupación alegada, al haber despojado de la posesión a FRACCIONES de manera oculta, viabiliza con creces el remedio intentado.

Mi conclusión general: comprobada que fue de manera suficiente la relación posesoria de FRACCIONES con el predio de la que fuera despojada por el Sr. BALMACEDA, la demanda debe acogerse sin más trámite y correlativamente el recurso debe ser rechazado como hube adelantado.

Todo lo meritado es más que suficiente para discernir la suerte negativa del recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera). STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN,

28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En síntesis, de compartirse mi diferente criterio, propongo al Tribunal resolver lo siguiente: I) CONFIRMAR la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) IMPONER las costas de esta segunda instancia al demandado vencido (art. 68 ap. 1° Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada de la Dra. Honrado en un 30 % y los del Dr. Caride en un 25 % (arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: lo que se regule en 1a. instancia); IV) (De forma).

Así lo voto.

A igual cuestión el Dr. Riat dijo:

Ante todo, coincido con mis colegas en que el planteo de caducidad (artículo 621 del CPCCRN) debió tratarse en la instancia de origen aunque no haya sido motivo de sustanciación específica.

El plazo previsto en la norma citada es de caducidad en vez de prescripción. A pesar del confuso sistema normativo sobre este punto, hay una razón decisiva para interpretar que dicho plazo es de caducidad en vez de prescripción: se trata de un requisito de admisibilidad procesal de la pretensión en vez de un requisito de la acción.

Para que una pretensión procesal tenga éxito debe cumplir dos clases de requisitos: de admisibilidad (es "admisibile" cuando permite ingresar en su análisis, averiguar su contenido, debatirla, procesarla y resolverla con un pronunciamiento del órgano judicial sobre el fondo del asunto sometido a la decisión) y de procedencia o fundabilidad (es "fundada" cuando su contenido resulta apropiado para obtener una decisión de fondo favorable a quien la interpuso).

Los requisitos de admisibilidad de la pretensión son muchos, algunos genéricos y otros específicos de ciertas pretensiones particulares; algunos son procesales y otros fiscales; algunos relativos al objeto; otros a la causa; otros al lugar; otros a la forma; otros al tiempo de la pretensión; etcétera. Justamente, los requisitos relativos al tiempo de la pretensión son aquellos por los cuales se la debe plantear después de cierto tiempo o antes de determinado lapso como ocurre concretamente con el plazo anual impuesto para la pretensión posesoria por medio de interdictos (Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", 1994, LexisNexis Abeledo Perrot, 1994, Lexis 2504/001977 y Lexis 2510/000423).

Con otras palabras, es un término de caducidad, un requisito contemplado en la ley procesal, a diferencia de los plazos de prescripción propios de la ley de fondo.

Precisamente por ser un requisito de admisibilidad, puede exigirse incluso de oficio y

desde el inicio disponiéndose no dar curso al interdicto, e incluso de oficio en la sentencia (Palacio y Alvarado Velloso, “Código...”, tomo 10, Rubinzal Culzoni, comentario al artículo 621).

Ahora bien, coincido con el segundo votante en que el plazo debe computarse desde los hechos posesorios invocados por el demandante o, en caso de acreditarse la clandestinidad, desde el día en que el demandante tomó conocimiento de esos hechos (conf. Palacio y Alvarado Velloso, obra citada). Si bien la norma alude únicamente a los hechos que importan una turbación o desposesión (artículo 621), es obvio que en caso de clandestinidad debe computarse desde que el demandante ha tomado conocimiento de esos hechos porque lo contrario importaría excluir virtual y paradójicamente esta vía procesal para tales supuestos, cuando el remedio está especialmente previsto para ellos. Por ser así, aunque el demandado haya entrado en posesión a fines de 2011 como indica el primer votante, sólo hay certeza de que la demandante ha tomado conocimiento cabal de su desposesión y de sus motivos al instar la diligencia preliminar apenas tres meses antes de la acción principal.

Coincido por lo tanto con el segundo votante en que el plazo no puede reputarse vencido y en que, ante cualquier duda, debe estarse por la admisibilidad de la pretensión.

Superado ese único punto de disidencia entre mis colegas, adhiero también al segundo voto sobre lo sustancial de la cuestión de fondo, en particular el análisis de la prueba relativa a la posesión previa de la demandante y al despojo clandestino del demandado, a cuyos términos me remito en razón de brevedad.

En definitiva, propongo confirmar la sentencia al igual que el Dr. Cuellar, adhiriendo a la vez a su propuesta sobre las costas y los honorarios de segunda instancia.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

RESUELVE: I) CONFIRMAR la sentencia en crisis, DENEGANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión; II) IMPONER las costas de esta segunda instancia al demandado vencido (art. 68 ap. 1º Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada de la Dra. Honrado en un 30 % y los del Dr. Caride en un 25 % (arts. 6, 15 y cdt. L.A.; base: lo que se regule en 1a. instancia); IV) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto por Secretaría; V) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANGELA ALBA POSSE

Secretaria de Cámara