

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Resolución:

San Carlos de Bariloche, 11 de marzo de 2021.

VISTOS: Los autos "MIGLIORA, PABLO y OTROS C/ GUILLERMO, ANDRES MARTIN y OTROS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo)" (expte. 18620-18).

RESULTA:

A) Que a fs. 43/ 51 Pablo Migliora, Maximiliano Martín Salgado, Gastón Cristian Ramirez, Leandro Andrés Ramirez, Brenda Cogliolo y Rebeca E. Spera, interponen interdicto de recobrar contra Andrés Martín Guillermo, María Flores Rayces, y Ricardo Pastor, en relación al inmueble NC 19-2-C-252, lotes 3, 4, 11 y 13, ubicado en la intersección de las calles Ojos del Salado y Cerro Otto -Barrio Rayen Mapú- de esta localidad.

Refieren que poseen legitimación activa, conforme surge de las copias de las escrituras que acompañan como prueba, alegando ser legítimos cesionarios, de los derechos litigiosos de ocupación de los lotes en cuestión actualmente en trámite judicial de usucapión en los autos caratulados: "FERRARI, Dora Beatriz y otra c/ GOBEE, Roberto Arturo y otro s/ usucapión", trámite por ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería n° 5.

Precisan que el presente interdicto de recobrar, se dirige contra Andrés Martín Guillermo y María Flores Rayces, en el carácter de ocupantes de una parte de la calle lateral de acceso al fraccionamiento; y contra el Sr. Ricardo Pastor, hijo de la Sra. Dora Ferrari, quien en forma ilegítima habría modificado los límites del derecho de ocupación de parte indivisa propia y común de su parte. Asimismo, hacen expresa reserva de ampliar este interdicto contra los originarios dos cedentes de los derechos de

posesión y acciones litigiosas de todos estos lotes, Sra. Dora Beatriz Ferrari y Héctor Hugo Martínez.

Detallan que los lotes 038 de Salgado y Migliora, y 031 de los hermanos Ramírez se encuentran alambrados y con construcciones de vivienda ya finalizadas. El lote 03N de la Sra. Rebeca Spera se encuentra parcialmente alambrado pero con una vivienda construida y el lote 03L de la Sra. Cogliolo se encuentra alambrado. Con ello se acredita la posesión actual y dentro de los límites del plano de mensura que formulara el agrimensor Kovic.

Relatan que a principios del mes de diciembre del año 2017, el hijo de la cedente Ferrari, el Sr. Ricardo Pastor, hizo instalar un alambrado que modificaba los límites y la superficie de los lotes 03F, 03G y 03H, avanzando y tomando como propia la superficie de ingreso desde la calle Cerro Otto, reduciendo los 18,83 mts. originalmente cedidos a favor de su parte.

Indican que en esa oportunidad Salgado y Migliora advirtieron esta circunstancia y le indicaron a los que estaban instalando el alambrado que debían retirarlo. Ante la reticencia de éstos, se dirigieron a la vivienda del Sr. Héctor Hugo Martínez -cedente junto con su señora Dora Ferrari-, quien indicó a los que estaban implantando el alambrado que debían levantarlo e incluso le ordenó al Sr. Víctor Reyes, quien trabaja como obrero y constructor de varias de las viviendas que se están ejecutando en ese loteo, que desmantelara el alambrado, cosa que hizo parcialmente, hasta que se presentó el Sr. Ricardo Pastor y logró instalar nuevamente el alambrado por sobre los límites del plano sobre el cual se cedieron los derechos a favor de su parte. En esos días también se hicieron presentes el Sr. Andrés Martín Guillermo y su pareja María Flores Rayces, quienes invocarían su carácter de adquirentes del lote 03F.

Afirman que se intimó a su restitución mediante carta documento al Sr. Pastor, quien rechazó el reclamo alegando desconocimiento del plano elaborado por Kovic. Por otro lado, Guillermo y Rayces no contestaron la intimación, a pesar de haberla recepcionado.

Agregan que la parte cedente fue intimada en los mismos términos y ésta contestó en forma evasiva, sin perjuicio de haberse comprometido a solucionar el diferendo, en caso

de verificar su existencia, lo que no hizo y guardó un insólito silencio.

Efectúan reserva de reclamar por daños y perjuicios.

Ofrecen prueba.

B) Que s fs. 64/68 Ricardo Pastor contesta demanda solicitando su rechazo.

En primer lugar, niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda y que no reconoce expresamente.

Opone excepción de falta de legitimación activa sosteniendo que ninguno de los actores detenta derecho alguno sobre la espacio reclamado.

Indica que respecto de Maximiliano Martin Salgado, Gastón Cristian Ramírez y Leonardo Andrés Ramírez, no existe título alguno que hayan arrojado a la causa y que permita identificar cuál es el derecho que pretenden detentar. Adjuntan únicamente un Protocolo auxiliar del que surge que el Sr. Maximiliano Martin Salgado adquirió el bien en comisión; y declara como comitentes 1/04 avas partes a Migliora, Gastón Cristian Ramírez y Leonardo Andres Ramírez quienes adquieren en partes iguales; por lo que no les asiste ningún derecho posesorio que no tenga exclusiva referencia a la parte indivisa que ellos adquirieron sin derecho alguno sobre el resto de la superficie de las parcelas 3 y 4 de la manzana 252. Por ello es que no se encuentran legitimados para reclamar sobre una superficie que no les es propia y sobre la cual no adquirieron ningún tipo de derechos.

Agrega que respecto de Brenda Congliolo, su reclamo corre idéntica suerte, ya que conforme la escritura que acompaña como prueba, sus derechos se circunscriben únicamente a la porción de terreno determinada en el instrumento y no cuenta con ningún derecho respecto del espacio de 18.83 mts. sobre la que reclama en las presentes actuaciones. Ese derecho se encuentra en cabeza de quienes son, en la actualidad, actores en el juicio de usucapión en trámite por ante este juzgado.

En relación al fondo de la cuestión, relata que los actores ningún derecho tienen a

reclamar como lo hacen. Ello así, considerando que el único derecho cedido mediante los contratos que ellos mismos adjuntan son sobre aquellas porciones de terreno indivisas cedidas, determinadas taxativamente en cada una de los contratos de cesión firmados ante escribanos públicos. Destaca que no existe, a la fecha, división alguna en propiedad horizontal de manera definitiva. El régimen de propiedad horizontal es un derecho real que no tiene vigencia sino hasta que el mismo no se encuentra registrado en los organismos correspondientes como tal, con la debida aprobación municipal y provincial.

Enfatiza que ante la inexistencia de una división en propiedad horizontal, no existen partes propias y/o comunes, por lo tanto sigue en cabeza del cedente el derecho a distribuir y adjudicar libremente aquellos espacios no cedidos. Nadie puede tener un mejor derecho del que le fue transferido, en el caso de autos, la única parte sobre la cual tienen derecho los demandados resulta de los contratos de cesión y ésta sería la única parte sobre la cual tendrían la titularidad de su acción. Además su parte no ha turbado o tomado clandestinamente porciones de terreno que correspondan a los actores. En efecto, la franja de 18,83 mts. en cuestión no se encuentra identificada como ninguna de las porciones del terreno adquirida por los actores.

Invoca derecho y ofrece prueba.

C) Que a fs. 83/88 Andrés Martín Guillermo y María Flores Rayces contestan demanda solicitando su rechazo.

En primer lugar niegan todos los hechos relatados en la demanda y que no reconocen expresamente.

Oponen falta de legitimación activa y contestan demanda en similares términos que la presentación de Pastor e invocando los mismos argumentos.

D) Que a fs. 90/95 la parte actora contesta excepción opuesta por las codemandadas solicitando su rechazo.

Argumenta el pedido de rechazo de excepción, describiendo pormenorizadamente la

legitimación de los actores basada en los instrumentos, tal como lo hizo en la demanda.

Destaca que la única posibilidad razonable de que la parte cedente ceda efectivamente a los adquirentes los derechos de posesión y acciones posesorias de cada parte indivisa - conforme lo comprometido en las respectivas escrituras públicas de cesión de derechos y acciones-, lo es otorgándoles complementariamente el uso y goce del camino de acceso a los lotes "interiores", tal como se detallaba en el croquis del Agr. Kovic, expresamente agregado a cada escritura de cesión.

Solicita se amplíe la demanda conforme la reserva oportunamente efectuada y se corra traslado de misma a Dora Beatriz Ferrari y a Hector Hugo Martínez.

Invoca derecho y amplía el ofrecimiento de prueba.

E) Que a fs. 110/113 Dora Beatriz Ferrari y Héctor Hugo Martínez contestan demanda y oponen excepción de falta de legitimación activa y pasiva.

En primer lugar, oponen falta de legitimación activa, por cuanto el reclamo de los actores versa sobre una supuesta invasión de un espacio público destinado a calle y, conforme surge del proyecto de fraccionamiento, se prevé la existencia de una calle del dominio público del estado, de manera que los actores no estarían legitimados a reclamar.

Por otro lado, oponen falta de legitimación pasiva por cuanto no fueron ellos los que supuestamente habrían invadido el espacio público.

Subsidiariamente contestan el traslado de la demanda solicitando su rechazo y negando todos y cada uno de los hechos que no reconocen expresamente.

Afirman que la realidad de los hechos es que ellos vendieron a los actores los lotes conforme un anteproyecto realizado por el agrimensor Kovic, con una previsión de calle pública de 18,83 mts. y, al ser un proyecto, quedaba supeditado a modificaciones en la aprobación definitiva.

Destacan que en ninguna parte de las cesiones adjuntadas por los actores dice que la calle tendrá una dimensión determinada.

Ofrecen prueba.

F) Que a fs. 115/119 la parte actora contesta excepción opuesta por Ferrari y Martínez solicitando su rechazo en similares términos que la contestación efectuada a fs. 90/95 y esbozando los argumentos ya expuestos en la demanda.

G) Que a fs. 124 se abrió la causa a prueba con el resultado que el Secretario certificó mediante providencia del 2/12/20.

H) Que en fecha 18/12/2020 presentó alegato el Dr. Iwan, letrado patrocinante del actor.

I) Que el 8/02/21 se llamó autos para sentencia mediante providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

1°) Que los interdictos y las acciones posesorias no resuelven quién tiene derecho a poseer o tener una cosa (artículo 2472 del Código Civil): resuelven solamente quién tenía o poseía efectivamente, y quién perturbó, amenazó o despojó la tenencia o la posesión (art. 2490 del Código Civil y 614 del CPCCRN).

A su vez, los interdictos, igual que las acciones posesorias, fueron legislados para evitar que los litigios se solucionen sin el auxilio de la autoridad competente, como un modo de prevenir la violencia y el intento de hacerse justicia por sí mismo (CSJN, 22/2/83, Rep. ED 17?61, Nro. 1, entre muchos).

El interdicto de recobrar requiere para su procedencia: a) que quien lo intente, o su causante, hayan tenido la posesión actual o la tenencia de una cosa mueble o inmueble; y b) que el poseedor o tenedor hayan sido despojados total o parcialmente de la cosa, con violencia o clandestinidad (artículo 614 del CPCCRN).

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 (CCiv., Bariloche, "Fracciones Lago Gutierrez S.A. C/ Balmaceda, Facundo Javier y otros s/ interdicto de recobrar", del 18/02/16).

De acuerdo con ello, corresponde resolver en este caso si el actor ejercía la posesión actual o tenencia de la cosa y, en tal caso, si fue despojado en forma violenta o clandestina, tal como se invocó en la demanda.

2°) Que los actores acreditaron ejercer la posesión actual de los lotes que se encuentran identificados en el plano borrador que confeccionó el agrimensor Kovic (fs. 58), que forman parte de una fracción mayor, y cuyos derechos posesorios les habría sido cedidos el sr. Hugo Martinez y la sra. Dora Ferrari.

Ello quedó demostrado con las diversas escrituras adjuntas, con las fotos acompañadas y con la declaración de los testigos, siendo que de esa manera quedó acreditado que los actores ejercían la posesión del inmueble objeto de esta litis al momento del despojo invocado.

Por ende, en virtud de lo expuesto, se puede afirmar que los actores poseen legitimación activa para accionar tal como hacen, siendo improcedentes los planteos formulados por los demandados al respecto.

Recuérdese que la legitimación para obrar es aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en un proceso determinado y las personas a las cuales habilita especialmente la ley para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva). La pretensión debe ser deducida por y frente a una persona legitimada. (Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo 2, pág. 228, Editorial Astrea, 1991, cita a Palacio, Derecho Procesal Civil, I, p. 415).

3°) Que la toma de posesión de los demandados de una porción de esa fracción implicó un despojo con clandestinidad.

Hubo clandestinidad en la toma de esa posesión, ya que se ocupó en ausencia de los poseedores o con precaución para sustraerla al conocimiento de aquéllos. Aún cuando se hubiera efectuado a plena luz del día y en presencia de otras personas fue subrepticio para los poseedores. No importa que muchos vieran o pudieran ver la toma de posesión si el poseedor estaba ausente y no pudo oponerse. Es que la posesión es clandestina cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse (artículo 2369 del Código Civil).

Al respecto, se ha dicho que: "Las circunstancias de que los trabajos fueran realizados a plena luz del día, no es decisivo a los fines de descartar el recaudo de clandestinidad, pues el mismo debe aprehenderse en función de si el tenedor o poseedor actual estaba presente o no, o si tuvo la razonable posibilidad de conocerlo, pues como ha sido sentado por la praxis judicial la clandestinidad depende más que de la publicidad frente a terceros, del desconocimiento del perjudicado (art. 608, inc. 2°, Cód. Procesal)." (Cám. 2da. Apel. Civ. y Com., La Plata, Sala I, 18.04.95, el dial WE30F); "El sólo hecho de asentar en el inmueble litigioso una casilla prefabricada por los demandados torna viable la pretensión actora sobre acción posesoria de recobrar (art. 2487, Cód. Civil). Ello es así, porque el despojo se produce por el hecho de la privación de la cosa. Y ello ocurre no sólo cuando se ejercita la violencia, sino también cuando los actos de toma de posesión fueron ocultos o se tomaron en ausencia del poseedor. (Cám. 2da. Apel. Civ. y Com., La Plata, Sala I, 24.08.98, el dial W10C1F; citado en la obra de HIGHTON " AREAN, Código Procesal Civ. y Com. de la Nación, Ed. Hammurabi, T. 12,- 9.-ps. 57/58)." (STJRN, "Nahuelquin BARRIA, JOSE ARMANDO C/ SPINETTA , CAROLINA Y OTRA S/ INTERDICTO DE RECOBRAR Y MEDIDA CAUTELAR S/ CASACIÓN", SD nro. 16, del 14/04/2010).

En el caso, es evidente que los demandados procedieron de hecho a alambrar una parte del lote -calle interna- sobre el cual ejercían la posesión los actores; y además, lo hicieron sin tomar todos los recaudos necesarios para hacer llegar a conocer tal situación a los mismos.

En tal sentido, el testigo Reyes (fs. 245) refirió que, a pedido del sr. Hugo Martinez y Dora Ferrari, tuvo que sacar los postes que habían puesto en el lugar que era calle

interna, ya que los habían corrido un metro para el lado de la tranquera lo que impedía que ésta se pudiera abrir.

Al respecto, cabe recordar, que "La valoración de una prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados, quienes pueden muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que les merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate. De tal modo, en la apreciación de la prueba testimonial lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que de no concurrir total o parcialmente autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante" (CNciv, sala D, del 28/09/2000, "N., M. M. c. Transportes Metropolitanos General San Martín", LA LEY 2001 D, 214).

Asimismo, que en estos casos, "el Juez debe apreciar la declaración para formar su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica, merituando qué grado de valor y fuerza probatoria tiene el testimonio, apreciándolo globalmente en si mismo y conjugándolo con los otros testimonios, con las restantes pruebas producidas y con los reconocimientos de las partes..." (Juan Manuel Converset (h), "El testigo de oídas y testigo actor", Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial del 10-10-2014, on line IJ-LXXIII-704).

Alcanza con que haya clandestinidad o violencia, una u otra, para que el interdicto proceda. Sólo es improcedente cuando la desposesión se produce sin violencia y con presencia o conocimiento complaciente del anterior poseedor.

Es cierto que los co-demandados Andrés Martín Guillermo y Maria Flores Rayces invocaron una cesión de derechos sobre algunos lotes de esa fracción pero ello no resultaba suficiente por sí sólo para modificar la situación de hecho existente, que es lo único que interesa analizar en este proceso.

En fin, aunque los demandados se hubieran creído con algún título para poseer, lo cierto es que tomaron la posesión por mano propia y con clandestinidad, a pesar de la ostensible existencia de poseedores en forma previa.

4°) Que, en relación a los co-demandados Héctor Hugo Martínez y Dora Beatriz Ferrari, cabe hacer lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta, ya que no se ha demostrado que fueran los autores materiales o ideológicos de la colocación de tal alambrado ni del despojo invocado.

Al contrario, según lo relatado por el testigo Reyes, éste procedió a sacar los postes que se habían colocado en el acceso interno, a pedido de los mencionados, todo lo cual demuestra que no tuvieron participación alguna en los hechos denunciados en la demanda.

5°) Que lo dicho es suficiente para condenar a Ricardo Pastor, a Andrés Martín Guillermo y a María Flores Rayces, su grupo familiar, personas que de ellos dependan y demás ocupantes, a restituir a los actores la fracción de terreno objeto de esta litis, en el plazo de treinta días corridos que se juzga razonable para el caso, bajo apercibimiento de ejecución forzada en caso de incumplimiento en término (artículo 515 del CPCC), con las modalidades que corresponda adoptar (artículo 511 del CPCC); y rechazar la demanda dirigida contra Héctor Hugo Martínez y Dora Beatriz Ferrari.

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 (ver CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225); y que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).

6°) Que los demandados condenados deben pagar las costas del juicio porque no hay motivos para omitir el principio general del resultado (artículo 68 del CPCC). Asimismo, las causadas por el rechazo de la demanda en contra de Héctor Hugo Martínez y Dora Beatriz Ferrari deben ser soportadas por la parte actora.

7°) Que las regulaciones de honorarios deben diferirse hasta que se determine la base (artículo 24 y 33 de la ley G 2.212) y ésta deberá diferirse hasta que quede firme la imposición de costas porque a la audiencia necesaria para establecerla sólo debe citarse al obligado a pagar los honorarios (artículo 24, primer y segundo párrafo, de la ley

2212) y sólo después de aquella firmeza se sabrá con certeza quién es el obligado. Si la audiencia se celebre sin firmeza de la imposición y después se revocase la condena en costas, en el procedimiento regulatorio habrá participado quien no debía y viceversa.

En consecuencia, FALLO: I) Condenar a Ricardo Pastor, a Andrés Martín Guillermo y a María Flores Rayces, su grupo familiar, personas que de ellos dependan y demás ocupantes, a restituir a los actores la fracción de terreno objeto de esta litis, en el plazo de treinta días corridos que se juzga razonable para el caso, bajo apercibimiento de ejecución forzada en caso de incumplimiento en término (artículo 515 del CPCC), con las modalidades que corresponda adoptar (artículo 511 del CPCC). II) Condenar a Ricardo Pastor, a Andrés Martín Guillermo y a María Flores Rayces a pagar las costas del proceso. III) Rechazar la demanda dirigida contra Héctor Hugo Martínez y Dora Beatriz Ferrari, con costas a cargo de los actores. IV) Diferir las regulaciones de honorarios hasta que quede firme la condena en costas y se establezca la base regulatoria. V) Protocolizar, registrar y notificar esta sentencia.

Cristian Tau Anzoátegui

Juez