

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 31 de agosto 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/ BARTOLI, DIEGO Y OTROS S/ INTERDICTO DE RECOBRAR (Sumarísimo)" (R.C. 01312-16) 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. CUELLAR dijo:

Corresponde resolver lo que por derecho proceda con respecto al recurso apelativo directo interpuesto por FRACCIONES (fs. 207) contra la sentencia que rechazó su demanda (fs. 196/199 vta.), concedida en relación con efecto suspensivo (fs. 208), fundada (fs. 209/210) y sustanciada con el Sr. BARTOLI (fs. 212/214)

La crítica de la recurrente a mi juicio resulta plenamente atendible.

Ya con motivo y en ocasión de decidir dos casos análogos, tanto desde lo fáctico como desde lo jurídico (in re "FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. C/ BALMACEDA S/ INTERDICTO DE RECOBRAR" -Expte. N° 991-15 RC- y "FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. C/ AMADEO S/ INTERDICTO DE RECOBRAR" -Expte. N° 1234-16RC-), este Tribunal tuvo oportunidad de meritar el siguiente orden ideario.

1. 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 fui 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" (Fenochietto-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", T° 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, de manera unívoca, 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).

Y no puede ni 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 caracter 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.)

2. Las circunstancias del caso vinculadas con 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 a continuación plurales y dirimentes razones.

Liminarmente me permito hacer notar que encuentro suficientemente reunidos los presupuestos fáctico-jurídicos requeridos por la ley para que proceda el interdicto de recobrar.

Veamos.

A la ya presunta con que contaba, derivada de su condición de cesionaria de los Sres. LACROZE (fs. 4/18) y de un acta de constatación que no fuera redargüida de falsa por el Sr. BARTOLI (fs. 28/30), 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, a diferencia de lo meritado por el Juez de grado, en los dichos de los Sres. Burgos, únicos dos de mayor atendibilidad que los Sres. Capuzzi y Arregui, de los cuales cabe lealmente concluir, a mi juicio sin hesitación, que hacia principios de 2012 aquélla efectivamente ya tenía alambrado no sólo aquél sino otros varios predios en la misma zona (recuerdo que lo mismo declararon otros testigos en el primero de los precedentes citados: Sres. Mercante y Battistini).

In itinere no puede ni debe perderse de vista, como bien apunta FRACCIONES en su memorial, lo altamente sugestivo que resulta el contraste entre la precariedad de la vivienda construida (y en rigor de las condiciones de vida) y el hecho de que el Sr. BARTOLI pueda llegar a involucrarse nada más y nada menos que en un alambrado de una superficie de casi 11.000 m<sup>2</sup>.

Como contrapartida los dichos de los restantes testigos Sres. Arregui y Capuzzi ya referidos, aún si se soslayaran la dudosa vecindad efectiva de la primera y la flagrante contradicción del segundo en lo relativo a la existencia de luz que el propio demandado reconoció no tener, en cualquier caso resultan insuficientes para contrarrestar el objetivo peso propio de aquéllas pruebas referidas.

Y finalmente la inspección ocular permitió corroborar la verosímil preexistencia del alambrado vis á vis la ocupación sobreviniente del Sr. BARTOLI, tal como muestran con elocuencia las fotografías anexas con especial referencia tanto a la intercalación de algunas cañas en su estructura como a la misma rotura de aquél.

Luego: ante tales condiciones fáctico-jurídicas de revista no sólo que no visualizo la suerte de anodina eficacia probatoria que de los testimonios de los Sres. Burgos considerara el Juez de grado sino que, incluso al contrario, estoy persuadido que quienes muy poco aportaron fueron los Sres. Capuzzi y Arregui.

Por lo mismo no está de más recordar que en nuestro derecho los testigos necesariamente se "pesan" y no sólo se "cuentan".

Repárese asimismo sobre lo dirimente que es cómo, en cualquier caso, el predio en disputa estaba, de un lado, con mucha maleza pero con alambre de campo al momento de intrusarlo el Sr. BARTOLI y, de otro, de qué manera dicho alambrado fue intervenido (no construido) por éste.

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).

Reitero tal como hiciera en ambos precedentes ya citados: la preexistencia del citado alambrado 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. BARTOLI que indica, sin ambages, cómo el lote estaba en poder de aquélla al momento de sobrevenir la intrusión de éste; con lo cual que justamente la prueba de la posesión del terreno por parte de FRACCIONES esté dada por los trabajos de alambrado observados en el terreno es lo que aquí y ahora importa, por así haberse probado y ser considerado por el derecho como una típica manifestación de la relación posesoria (cf. además acta de constatación policial fs. 9 y vta. autos "FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. C/ BARTOLI, DIEGO EDUARDO S/ MEDIDA CAUTELAR" - Expte. N° N-3BA-305-C2014 Reg. Juzgado de origen-).

Y en cuanto a la clandestinidad, corroborando lo ya sostenido por FRACCIONES, recuerdo que el lote siempre estuvo repleto de maleza (cf. fs. 28/30 cit, fotografías fs. 32 aportadas por el propio demandado, 141/147 y 151/152 anexas al reconocimiento judicial y prueba testimonial cit.); con lo cual quiero significar in concreto en qué forma resulta patente la intención del Sr. BARTOLI por ocultar su ocupación.

Remito a lo antes consignado en punto a la fungibilidad del concepto de despojo en toda la materia interdictal recobradora.

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

Sobre toda esta cuestión ya el Tribunal formuló, como adelantara, las siguientes consideraciones perfectamente pertinentes a este nuevo caso:

Aunque la cesión no implica por sí misma la tradición, es un título que al menos permite presumirla a favor del cesionario porque, en caso de disputa y duda, debe juzgarse que posee quien tiene derecho a poseer, como bien ha interpretado la sentencia con fundamento en la norma pertinente (artículo 2471 del CC citado), lo cual no ha sido convincentemente refutado. Ello no implica dirimir el interdicto en función de quien tiene mejor derecho, sino dirimir la duda probatoria a favor de la única parte que ha presentado título y ante la falta de otra prueba contraria sobre el hecho mismo de la posesión. Por el contrario, ya el 20/11/2006 el tercero había constatado notarialmente el estado del inmueble como representante de los herederos (fs. 22/24), quienes le cederían los derechos dos días después (fs. 12/15, punto segundo), hecho material que denota una

fuerte relación de hecho con el bien y un fuerte indicio de que la cesión debió complementarse con la tradición. Asimismo, dado que el tercero cesionario cedió a su vez sus derechos a la demandante y que al hacerlo intervino también como representante legal de esta última (fs. 121/15: 11/06/2009), cabe inferir que aquélla se constituyó en poseedora constituto posesorio- sin necesidad de tradición (artículo 2462, inciso 3º, del CC por analogía). Luego: acreditada la posesión de la demandante, esa posesión debe reputarse subsistente a pesar del aparente descuido del terreno, porque toda posesión se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otra persona (artículo 2445 CC), salvo que otro tome una posesión contraria -lo que en este caso recién habría ocurrido en 2011- porque no pueden coexistir dos posesiones exclusivas sobre la misma cosa (artículo 2401 del CC; ver, por ejemplo, Borda, obra citada, tomo I, párrafos 121 a 124). Por eso, la “voluntad” se juzga subsistente mientras no se haya manifestado una voluntad contraria (artículo 2445 citado). Por consiguiente, en ese punto también es atinada la sentencia al reputar vigente la posesión de la demandante a pesar del mal estado de conservación del inmueble. En definitiva: debe tenerse por acreditado que la demandante poseía el inmueble cuando los demandados comenzaron a ocuparlo en 2011. En ese contexto probatorio, es evidente que el viejo alambrado del fondo mencionado por algunos testigos (particularmente Migliora y Guiñazú) es otro vestigio posesorio que favorece a aquella por pertenecer a sus antecesores. Por ser así, la toma unilateral y subrepticia de la posesión por parte de los demandados ha implicado un despojo en desmedro de la demandante, el cual ha ocurrido evidentemente en ausencia de ésta y, por ende, con clandestinidad, aunque haya ocurrido a plena luz del día. No importa que muchos hayan visto o podido ver la ocupación si la poseedora estaba ausente y no podía oponerse. Es que la posesión es clandestina cuando son ocultos los actos por los cuales se toma o se continua, o cuando se toma en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla del conocimiento de quienes tienen derecho a oponerse (artículo 2369 del CC). Además, en este caso, ni siquiera las construcciones hechas por los demandados podían verse desde la vía pública (del voto del Dr. Riat).

Mi conclusión general: comprobada que fue de manera suficiente la relación posesoria de FRACCIONES con el predio del que fuera despojada por el Sr. BARTOLI, la demanda debe acogerse sin más trámite.

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) REVOCAR la sentencia en crisis, RECEPTANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión, y en consecuencia HACER LUGAR a la demanda y condenar al Sr. Diego BARTOLI y/o a cualquier otro ocupante a restituir a FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. la posesión del inmueble motivo del juicio en el término de DIEZ (10) días bajo apercibimiento legal; II) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado vencido (arts. 68 ap. 1° y 279 Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada de la Dra. Honrado en un 35 % y los de la Dra. Zannoni en un 25 % (arts. 6, 15 y cdts. L.A.; base: lo que se regule en 1a. instancia); IV) (De forma).

Así lo voto.-

A la misma cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Por compartir lo sustancial de sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. CUELLAR .

A igual cuestión el Dr. RIAT dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

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

RESUELVE: I) REVOCAR la sentencia en crisis, RECEPTANDO al efecto el recurso apelativo en cuestión, y en consecuencia HACER LUGAR a la demanda y condenar al Sr. Diego BARTOLI y/o a cualquier otro ocupante a restituir a FRACCIONES LAGO GUTIERREZ S.A. la posesión del inmueble motivo del juicio en el término de DIEZ (10) días bajo apercibimiento legal; II) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado vencido (arts. 68 ap. 1° y 279 Cód. cit.); III) REGULAR los honorarios de Alzada de la Dra. Honrado en un 35 % y los de la Dra. Zannoni en un 25 % (arts. 6, 15 y cdts. L.A.; base: lo que se regule en 1a. instancia); IV) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, en la instancia de origen; V) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

c.t.

EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

ANGELA ALBA POSSE

Secretaria de Cámara