En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 2 días del mes de julio del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., N. F. c/ V. B., M. L. s/ INTERDICTO de RECOBRAR", expte. nro. 15.848/06,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 171/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 691), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 655/657? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente caso por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 94/2007 (fs. 655/657, fs. 659).

La sentencia atacada hizo lugar al interdicto de recobrar ordenando a la Sra. V. B. a poner nuevamente en posesión de las mejoras enclavadas en calle Huergo xx de la ciudad de Comodoro Rivadavia al Sr. N. F. Á., e impuso las costas a la vencida.

En el memorial de agravios de fs. 661/5, luego de transcribir el fallo venido en crisis, dice que el actor no probó la posesión o tenencia del inmueble en cuestión, ya que el juez Aquo tuvo en consideración el acta de fecha 7 de febrero del 2005 cuando el interdicto se inició en noviembre del mismo año, es decir al momento no acreditó. Tampoco existió despojo con violencia o clandestinidad. El intruso en su vivienda no era el actor y cuando lo recupera la demandada apelante el sitio estaba abandonado. Cita antecedentes de este Cuerpo señalando que no había demostrado el actor la posesión ni tenencia efectiva. Finalmente solicitó replanteo de la prueba que fuera desestimado por esta Alzada en sentencia interlocutoria nro. 75/2008.

Es retrucado por la contraria a fs. 668/673vta.

Análisis:

La valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso de apelación no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio (Conf. CS.JA 1972-V-13-333; LL 1980-C,255), ello no puede conducir a admitir presentaciones que carezcan de los mínimos elementos para hacer posible su tratamiento en la Alzada. El memorial en examen adolece de la omisión de una suficiente técnica ya que solo efectúa la mera reedición de argumentos que se encuentran examinados en la anterior instancia lo que acarrearía la máxima sanción (ver fallos: 307:2216).

No obstante la falencia detectada, en adhesión al reiterado criterio amplio de admisibilidad

seguido por este Cuerpo, me expido sobre lo manifestado por la parte demandada apelante.

El planteo de la temporalidad de la ocupación que pretende encontrar para descalificar la decisión del Aquo no resulta contundente, toda vez que el mandamiento de constatación como bien se indica fue de fecha febrero del 2005 (fs. 126vta. y fs. 127) y la interposición de la demanda del interdicto fue en marzo del 2006, pero con ello no descalifica la circunstancia de la tenencia ya que tampoco se demostró en qué momento ingresó; es más, esa parte recurrente, al contestar demanda, dice no ocupar el inmueble ni ejercer tenencia alguna sobre las mejoras existentes en el mismo (fs. 600/601 y vta.). Por otra parte, las testimoniales dan cuenta que el actor vivía en dicho inmueble (fs. 629 y fs. 631).

A mi modo de ver, el intervalo entre el acta de constatación judicial y la notarial invocada por la recurrente (lapso de febrero del 2005 a marzo del 2006) no resulta elocuente para acreditar que la ausencia no era temporal como manifiesta el actor por su enfermedad transitoria. No ha de desconocerse que la demandada cambió la cerradura, alterando la posesión y/o tenencia de quien la ocupaba, aun ausente, en ese momento, haciendo una interpretación propia y subjetiva de lo que considera clandestinidad o violencia o ilegitimidad.

La posesión de una cosa consiste en ejercer sobre ella un poder de disposición física (corpus), sin reconocer en otro, en los hechos, un señorío superior a su respecto –animus domini- y aun cuando pudiera derivarse del art. 2363 del código civil una presunción de posesión; por cierto que resulta

indispensable para que esa presunción funcione que quien la invoque acredite tener el aludido poder de disposición física, es decir, el corpus que se manifiesta a través de la realización de actos materiales sobre la cosa el objeto de la posesión.

Se conceptúa la clandestinidad en la posesión cuando los actos mediante los cuales se adquiere son ocultos, o se verifican en ausencia del poseedor, o adoptando precauciones para sustraerla del conocimiento de quien tiene derecho a oponerse a la ocupación. También de un modo similar se precisa que la posesión de un inmueble es clandestina en los supuestos que el art. 2369 del CC describe, resultado irrelevante que el acto se haya realizado a plena luz del día y pacíficamente, pues no obsta a la calificación indicada, que no se hayan adoptado medidas para ocultar los hechos, "en efecto, el artículo citado enumera distintos supuestos, de modo que en cualquiera de ellos se configura la clandestinidad" (CNCiv., Sala K 19-7-96, LL1997-C-227, con nota de Causse "El interdicto de recobrar y la clandestinidad", ver Fenochietto, "Cód. Proc...", t3, pág. 352, ed. Astrea-99. En igual sentido ver Bueres "Código Civil..., t.5, pág. 124, ed. Hammurabi- notas 1 y 2 a los arts. 2369 y 2370).

Ninguno de los argumentos invocados en el memorial que se centraron fundamentalmente en la falta de ocupación o tenencia del inmueble por el actor y la ausencia de actos ilegítimos de desposesión por parte del demandado conmueven el decisorio, de acuerdo con lo expuesto.

Por estos motivos desestimo los agravios de la parte demandada e impongo las costas de esta instancia conforme principio objetivo de la

derrota (art. 68 del CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1.- Desestimar los agravios de la parte demandada, confirmando el fallo venido en crisis.

2.- Costas de la Alzada a la apelante vencida según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Llegan las presentes actuaciones a la Alzada en apelación (fs. 659) de la sentencia de fs. 655/657 que hace lugar al interdicto de recobrar promovido por N. F. A. a fs. 35/37, como consecuencia de lo cual deberá ser puesto nuevamente en posesión de las mejoras enclavadas en el inmueble sito en la calle Huergo xx de esta ciudad, ordena librar mandamiento para el cumplimiento de la medida, impone las costas a la demandada vencida y regula los honorarios.

A fs. 661/665 se agrega la expresión de agravios. Luego de transcribir párrafos de la sentencia, comienza diciendo que en autos no probó el Sr. A. la posesión ni la tenencia del inmueble de la calle Huergo N° xx, al momento de la desposesión, ni tampoco el despojo total o parcial del mencionado inmueble con violencia, clandestinidad, por su parte.

Agrega que el a-quo hace lugar al interdicto con fundamento sólo en el acta de constatación del 7 de febrero de 2005, resultando ello

insuficiente, por no probar que el Sr A. poseyera el inmueble, sino que sólo estuvo en el inmueble de su propiedad.

Sostiene que no existió despojo con violencia o clandestinidad, y que como ya dijera en noviembre de 2003, los vecinos lo alertaron sobre gente que había usurpado su vivienda, encontrándose al Sr B. en la misma, tal surge de la causa "B. s/ Usurpación", del Juzgado de Instrucción.

Señala que los intrusos se retiraron del inmueble en cuestión en marzo de 2005, por lo que decidió constatar el estado del inmueble con un profesional, el que se encontraba abandonado y en estado calamitoso.

Cita jurisprudencia.

Replantea prueba ante la Alzada.

A fs. 668/673 el actor solicita la deserción del recurso y contesta agravios.

A fs. 686 y vta. se rechaza la apertura a prueba en esta instancia.

Advierto que he de abocarme al tratamiento de la presentación de fs. 661/665, con fundamento en la amplitud de criterio que ha adoptado esta Cámara respecto al cumplimiento del art. 265 del CPCCCh.

Observo que el único argumento de la quejosa para revocar la sentencia lo basa en el tiempo transcurrido entre el 7 de febrero de 2005, fecha de la inspección ocular y el inicio de las actuaciones.

Al iniciar la acción, el actor no se encontraba físicamente en el inmueble, toda vez que el demandado con el accionar que da cuenta el Acta de fs 484/485 se introdujo en el inmueble.

Debe tenerse presente que las acciones tienen por objeto recobrar el bien a través del interdicto, pues como lo señala Enrique Falcón en "Tratado de Derecho Civil y comercial", tomo VI, pág. 112, con cita de Palacio, el interdicto de recobrar es la pretensión procesal en virtud de la cual el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble del que ha sido total o parcialmente despojado, requiere judicialmente que se restituya la posesión o tenencia perdida".

Por último, ha de coincidirse con el Sr Juez de grado en cuanto lo que se resuelve no afecta los derechos sustanciales de las partes, pues su resultado se limita provisoriamente a mantener la posesión o tenencia invocada, La Ley 1992, B, p.100.

No se probó que con posterioridad al 7 de febrero de 2005 (fs. 126/127), fecha en la cual el oficial de Justicia constató que el Sr. A. tenía la tenencia del bien inmueble y marzo de 2005, el actor hubiese dejado de poseer, máxime cuando los testimonios nada aportaron al respecto, pues los propuestos por el actor declaran que el mismo vive allí desde hace mucho tiempo no pudiendo precisar fechas (fs. 629/631), y a fs. 292 el testigo declara que hace 25 años que A. vive allí, y el resto de las declaraciones (fs. 251/257) no mejoran los datos.

Los testigos ofrecidos por el demandado manifiestan: uno, que B. vive allí hace 20 ó 25 años y, otro, cree que desde el año 1992 (fs. 643/644).

El debate a decir de Morello en "Códigos Procesales Civil y Comercial", tomo VII-A, se circunscribe al hecho de la posesión o tenencia invocadas y al despojo. Sólo se admitirán, en consecuencia, las pruebas que tuvieren como objeto

demostrar tales extremos. Han de desestimarse las medidas tendientes a acreditar el mejor derecho a la posesión o dominio.

Y agrega que cada vez que la confrontación de la demanda y responde revele controversia sobre el carácter de poseedor que se atribuye el actor, el examen de pertenencia deberá ser flexible en orden a los medios encaminados a demostrar la antigüedad de la posesión o el derecho a poseer, pues puede acontecer que en el momento de dictar sentencia el juez, deba actuar el art. 2471 del CC previsto para el caso de dudas.

Y en el presente, atento las constancias de la causa, los argumentos del Sr. Juez (fs. 454/461) sobre la calidad de poseedores de las partes en el expediente sobre desalojo agregado, la prueba producida en dicho expediente y en el interdicto, permiten no valerse del artículo en mención, pues la excepción de recurrir al examen del derecho o del mejor derecho de poseer cuando existan dudas sobre quién era el poseedor al momento del ataque, no se da ante el informe del oficial de Justicia al que hiciera referencia.

En punto a otro de los requisitos, despojo, el hecho que la desposesión no haya sido consumada por violencia, sino con maniobras de otro orden, como la apertura del inmueble con cerrajero y ante la presencia de un escribano, entiendo, constituye los presupuestos de viabilidad que la norma tipifica, máxime cuando se dan las otras condiciones.

No puedo dejar de hacer saber al Sr Juez de grado que no resulta fácil constatar las respuestas a las preguntas de los pliegos agregados a fs 628 y 630, ya que los números de ambas no coincide, de allí

que deberá instruir a quienes reciben las audiencias, tomar los recaudos para que en lo sucesivo ello no ocurra.

Por lo expuesto, confirmo la sentencia.

Las costas de esta instancia al apelante vencido.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente el trabajo profesional, la posibilidad que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido y demás pautas de los arts. 6 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia de fs. 655/657.

2) Impone las costas al demandado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Ordena al Sr Juez dar instrucciones para el desarrollo de las audiencias.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 271 y 272 del CPCCCh (reforma ley 4550 del 23/12/99), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 655/657.

2) Imponer las costas al demandado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. N. R. K. en la suma de PESOS TRESCIENTOS ($300) y

del Dr. M. R. C. en la suma de PESOS CIENTO SETENTA Y CINCO ($175).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS - Presidente
GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 20 DEL AÑO 2008 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"