------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de mayo del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Jorge Luis Früchtenicht y con la asistencia del Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"J., V. M. c/ J. C. S. y otro s/ Interdicto de Recobrar"*** (Expte. N° 33/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 179 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS - FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 163/166? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Flass:----------

-----A fs. 11/13 el Sr. V. M. J. por intermedio de su apoderado el Dr. J. O. C. inicia interdicto de recobrar contra la Sra. S. J. y el Sr. M. A. M. tendiente a que se restituya un inmueble que fuera de su hijo y que actualmente ocupan los demandados.----------

-----A fs. 53/54 vta. se presentan los demandados con el patrocinio letrado del Dr. D. A. S. y contestan demanda oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 163/166 se dicta sentencia nº 10/2009 del 2 de febrero de 2009 conforme a la cual se rechaza la demanda por no haber probado el actor que hubiera sido despojado del inmueble con violencia o arbitrariedad ni que detentara la posesión o tenencia actual del mismo. En cuanto a las costas se imponen en el orden causado en atención a que el actor, en su carácter de sucesor universal pudo creerse con derecho a actuar como actuó. Se regulan los honorarios de los Drs. C. y S. en un 13% y 18% respectivamente.---

------A fs. 169 apela el actor expresando agravios a fs. 171/172 vta. donde se queja de que: 1) La sentencia sería autocontradictoria pues si bien al inicio declara como presupuesto de la acción el hecho de la tenencia o posesión termina por encontrarle razón a los demandados en virtud de una cesión de mejoras y

derechos que, en si misma, no son prueba de posesión ni tenencia. 2) del testimonio de los propios demandados surge que antes del 14 de febrero de 2007 ni los demandados ni la Municipalidad de Esquel destentaban la posesión ni la tenencia de inmueble. 3) De los testimonios vertidos en autos surge que era el actor quien detentaba la tenencia antes de la oportunidad mencionada. 4) En cuanto a la violencia o clandestinidad se deduce del mismo hecho de la ocupación actual del predio por los demandados pues si ingresaron al inmueble estando en tenencia del actor es por que, o forzaron el cerramiento, o aprovecharon la ausencia de aquel para introducirse.----------

------Resumido en lo precedente las constancias de autos corresponde analizar los agravios en cuestión:----------

-----Previamente debo aclarar que el interdicto de recobrar no es una acción real o posesoria, sino un remedio policial, urgente y sumario, dado en favor de quien se halla en posesión de un inmueble, con o sin derecho a tenerlo, cualquiera que sea el tiempo de duración y origen, contra quien lo turba con violencia o clandestinidad. No ampara el derecho emergente de relaciones contractuales, para cuyo reconocimiento corresponde acudir al procedimiento adecuado, sino que trata de mantener el orden y prevenir el uso de la violencia. La prueba necesaria para la procedencia del interdicto será entonces la tenencia o posesión anterior, la pérdida de dicha tenencia o posesión y la violencia o clandestinidad con que la misma se produjo. Ha dicho al respecto la jurisprudencia *"... es necesario acreditar, además del despojo total o parcial del bien, que ello se realizó empleando la violencia o la clandestinidad" CNCiv. D, 13/8/76 ED 74-173 y 174. conf. Cit. de GIANGRASSO, Antonio José. "Código Procesl Civil de la Nación". Depalma. Buenos Aires 1989 pag. 650).*----------

------Encuentro que en autos no se ha probado la violencia o clandestinidad del despojo pretendiendo el recurrente que ella se deduzca del solo hecho de la desposesión. En efecto, relata el actor que el día 14 de febrero de 2007 entre las 19:30 y las 20:00 hs. se retiró del predio para concurrir a casa de su hija y que cuando volvió encontró violentado el candado y la cadena con los cuales había cerrado el predio, mas nada de eso logró probar – al menos no lo invoca en sus agravios- sino que dice textualmente *"Ahora bien, si partimos de la premisa, con el testimonio valorado precedentemente de que el actor al tiempo de los hechos ocupaba el bien*

objeto de autos, es evidente que la introducción al mismo por parte de los demandados se debió al aprovechamiento de la ausencia transitoria del actor, al violentar los elementos referidos. De otro modo no se explica como "pudieron haber ingresado al bien". Se equivoca el recurrente, la introducción no cabe ser presumida de clandestina o violenta, sino que estas últimas circunstancias han de ser objeto de prueba expresa para que la acción proceda. Ha dicho la jurisprudencia *"Es el demandante el que debe probar el despojo, sea que consista en violencia, clandestinidad o abuso de confianza. No le basta con decir que él ocupaba el bien que ahora ocupa otro, y que ese otro no tiene título alguno para poseer. Que esto no basta lo dice el art. 2494 del Código Civil, al erigir al despojo en un requisito que demanda prueba por sí mismo, y que no se reemplaza con la prueba de los otros dos recaudos que menciona la norma" (C1ª CC La Plata, sala III 9-2-99 "Gil, José Luis y otro c/Gil, Daniel y otro s/Interdicto de recobrar posesión", 232.820, Base Juba 7.0 a conf. cit de PICARDO, Leandro en KOPER, Claudio -Dir.- "Código Civil Comentado" pag. 546).*----------

------No habiendo el actor probado los extremos necesarios, tal como lo llevo dicho, resulta abstracto analizar sus otras quejas, razón por la cual debe confirmarse la sentencia de la anterior instancia.----------

------Resta por tratar lo referido a las costas de la presente instancia las cuales conforme principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C.) deben imponerse a la recurrente vencida.----------

------A IDENTICA CUESTIÓN el Dr. Früchtenicht dijo:----------

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, en función del recurso de apelación intentado a fs. 169 por la parte actora contra la sentencia del Sr. Juez de grado que luce a fs. 163/166, la que en lo sustancial, rechazó el interdicto de recobrar promovido por el actor.----------

------Concedido que fuese el recurso (v. fs. 170), a fs. 171/172vta. la actora apelante deduce sus agravios, los que no merecieron la réplica de la contraria.----

------Las quejas deducidas por el actor apelante a fs. 171/172 y vta. fueron ya suficientemente referenciadas por el vocal que me precedió en el voto, y a ellas me remito en homenaje a la brevedad procesal.----------

------2. Ingresando en el tratamiento de los agravios deducidos, debo advertir que la intentada en el escrito inaugural de esta instancia (v. fs. 11/13), es una acción que la doctrina reconoce en el grupo de "*acciones posesorias policiales*" y que tutelan a todo tipo de poseedores, aún viciosos, e incluso a los tenedores.----------

------También que las agresiones básicas a la posesión, en sentido amplio, son la desposesión y la turbación (art. 2487 del Código Civil). La posesión o la tenencia resultan ser hechos con consecuencias jurídicas, una de las cuales resulta ser precisamente la defensa que el derecho positivo le otorga al poseedor o tenedor.-

------Esta acción posesoria más que una acción propiamente dicha, constituye un remedio policial, urgente y sumario, dado a favor de quien se encuentra en la posesión o tenencia de un inmueble, con o sin derecho a tenerlo y cualquiera sea el tiempo de duración y origen, y contra el que por si y ante si la turbe violenta o clandestinamente. Tal acción, se encuentra prevista en el Libro IV del rito provincial titulado "Procesos especiales" en los arts. 606 y ss.----------

------Así, el interdicto de recobrar procede en los casos de violencia o clandestinidad, pero no cuando exista abuso de confianza, y puede dirigirse contra los autores del despojo, sus sucesores, copartícipes y beneficiaros.----------

------La clandestinidad como vicio de la posesión, se identifica con actos subrepticios, con engaño, en ausencia del poseedor o tenedor, o con precauciones para evitar que quienes tenían derecho a oponerse tomasen conocimiento, ello mediante disimulo del sujeto activo e ignorancia del pasivo.---

------La acción posesoria en análisis se acuerda exclusivamente para tutelar de manera eficaz (remedio policial, urgente y sumario) a quien resulte perturbado en el ejercicio de la posesión o tenencia, ello con el fin último de evitar se ejercite la justicia por mano propia.----------

------Supone la existencia de un sujeto desposeído y otro despojante y la existencia de tal despojo realizado con violencia o clandestinidad, siendo carga procesal del primero acreditar su previa posesión o tenencia y el hecho violento o clandestino del segundo.----------

------Respecto de la carga procesal de probar (*onus probandi*) tengo dicho en reiterados votos que: "*El instante culminante de la función jurisdiccional consiste en decidir lo justo en cada caso concreto; para ello es necesario que el juez verifique las circunstancias fácticas traídas a su conocimiento. En este esquema, la finalidad de la actividad probatoria consiste en crear en el juzgador la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en la estación procesal oportuna, los que son motivo del debate y la contradicción, y que no están exentos de prueba. En el escenario descripto, puede acontecer que la ausencia o insuficiencia de los elementos probatorios incorporados al proceso no llegue a*

producir en el juez dicha certeza. Sin embargo, no debe dejar de emitir su pronunciamiento: nuestro orden jurídico le exige una resolución o sentencia.----------

------"*En torno a la carga de la prueba, podemos afirmar sin hesitación que esta noción comprende dos variables que se interactúan recíprocamente: a) Constituye un regla para el juez porque le indica como debe fallar acerca del fondo de la controversia cuando exista ausencia de prueba sobre los hechos alegados por las partes sobre los cuales debe fundar su decisión, y b) Es una regla de conducta para las partes, pues les señala cuales son los hechos que a cada una le interese probar a fin de evitarse las consecuencias disvaliosas que provoca la incertidumbre sobre aquéllos. Así, la esencia operativa de esta afirmación radica en la indicación dada al juzgador acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en caso que no pueda comprobar la verdad de una afirmación de hecho. En este supuesto, debe dictar su fallo en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la alegación de hecho no acreditada (cfr.* ***ROSEMBERG****, Leo; "La carga de la prueba"; EJEA; Bs. As.; 1956; pág. 2). Ello nos muestra que debe decidirse sobre el onus probandi al final del proceso (cfr.* ***EISNER****, Isidoro; "La prueba en el proceso civil"; Bs. As. 1964; pág. 54), sin perjuicio de la importancia que reviste para el juzgador tenerlo presente al momento de recepcionar cada uno de los medios de prueba ofrecidos por las partes en función de la resolución definitiva del litigio (v.* ***ROSEMBERG****, Leo; op. cit., pág. 65).*----------

------"*Así también, la noción de carga de la prueba indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, para no padecer sus efectos perjudiciales (cfr.* ***DEVIS ECHANDÍA****, Hernando; "Teoría General de la Prueba Judicial"; Bs. As.; 1970; tº I, pág. 424 y* ***PALACIO****, Lino Enrique; "Derecho Procesal Civil"; Bs. As.; 1972; Tº IV; pág. 363).*----------

------"*Resulta entonces que la carga no significa la obligación de probar ni tampoco necesidad que la prueba proceda de una determinada parte: implica estarse a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de la comunidad procesal el material probatorio incorporado al proceso surte todos sus efectos, cualquiera sea la parte que lo haya suministrado (cfr.* ***SENTÍS MELENDO****, Santiago; "Teoría y práctica del proceso", Ed. Jurídicas Europa-América; Bs. As.; 1959; t. III; pág. 200). De esta manera y para las partes, funciona como un principio de autorresponsabilidad y probidad procesal, aunque meramente facultativo pues el litigante es libre de probar o no, sin otra consecuencia –en caso de no hacerlo– que la de perder la "ventaja" que le podría haber aparejado su eficaz y oportuno*

cumplimiento (cfr. ***RAMACIOTTI****, Hugo; "Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba"; Depalma; Bs. As.; 1978; t. I, pág. 535).*----------

------"*De lo hasta aquí expuesto con la cita de grandes maestros del derecho procesal, podemos colegir que la responsabilidad probatoria no supone, pues, ningún derecho del litigante adversario, sino antes bien, un imperativo del propio interés de cada parte y una derivación de la bilateralidad; constituye una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito. Puede, entonces, quitarse esa carga probando y esto no es más que una situación atinente a cada parte. Por todo ello, los dos aspectos que integran la noción de onus probandi están íntimamente relacionados, pues una vez decidido qué debe constar para que venza el demandante o el demandado, se ha resuelto al mismo tiempo a quien perjudica la ausencia de prueba (cfr.* ***ROSEMBERG****, Leo; op. cit. Pág.37)" (transcribir votos en 96/06 Crettón; 152/06 Garbini; 158/06 Nahuelcheo; 93/06 Rossi; 62/06 Rial; 141/06 Cáceres; 131/06 Estéfan; 83/06 Garmendia; 214/06 Müller: 159/06 Gatica; entre otros) (…).*"----------

------De las quejas deducidas por el actor apelante, y analizadas las constancias anejadas en estos autos, se advierte un déficit probatorio que impide acceder a las pretensiones del actor apelante. También se observa que el recurrente no se hace cargo de desarticular los argumentos de suficiente solidez ni los detallados fundamentos legales dados por el sentenciante para explicar la decisión adoptada al fallar y que se hallan expuestos y suficientemente desarrollados en el Considerando **PRIMERO** del decisorio puesto en crisis.----------

------Concluyendo esta consideración, entiendo que este primer agravio vertido por el quejoso, ha consistido en una discrepancia con el razonamiento desarrollado por el sentenciante que no alcanza la entidad necesaria que habilite su viabilidad impugnaticia en esta instancia. Por ello, sus agravios no pueden prosperar y así lo propongo al Acuerdo.----------

------Tal como queda resuelta la cuestión, estimo que las costas de esta instancia deben aplicarse al apelante vencido, por imperio del art. 68 del rito, no advirtiendo motivo alguno para apartarme de él.----------

------A la SEGUNDA CUESTION, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo analizado al tratar la primer cuestión, propongo al pleno: 1) CONFIRMAR la sentencia nº 10/2009 del 2 de febrero de 2009. 2) IMPONER las costas de la presente instancia a la recurrente vencida conforme principio

objetivo de la derrota (art.68 C.P.C. y C.). 3) REGULAR los honorarios profesionales del Dr.....

------**A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo**:----------

------Atento lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia al apelante (art. 68 del C.P.C.C.); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. O. C. en el 3,25 % (arts. 6, 9 y 14 de la Ley del Arancel Nro. 2200) del monto del proceso a determinar como se fija en la sentencia apelada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada nº 10/2009, del 02 de febrero de 2009 y que obra a fs. 163/166.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta instancia al apelante (art. 68 del C.P.C.C.).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. O. C. en el 3,25 % del monto del proceso a determinar como se fija en la sentencia apelada, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 del Dto. Ley 2.200).----------

------**IV.-REGÍSTRESE,** notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550) y hallarse vacante una vocalía de cámara.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL Nº CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009. CONSTE.-