------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de septiembre del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"G., S. G. c/ O. D. T., É. M. s/ Interdicto de Retener"*** (Expte. N° 122/12 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 125 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico provincial, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS - FLASS – FRÜCHTENICHT.----

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia la sentencia de fs. 105/109, registrada bajo el n° 28/2012 del 27 de abril de 2012? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------

------Contra la sentencia definitiva que rechazó en todos sus términos el interdicto de recobrar, apeló la actora a fs. 112, recurso que le fuera concedido a fs. 113, habiéndose expresado agravios a través de la pieza recursiva que luce a fs. 114/118.----------

------La sentencia obrante a fs. 105/109 rechazó en todos sus términos la demanda de interdicto de recobrar promovido por S. G. G. contra É. M. O. D. T., le impuso las costas a la accionante y reguló estipendios profesionales.----------

------Los agravios de la actora los centró contra la conclusión del Juez "a quo" que tuvo por no acreditada la posesión de la accionante respecto del predio que pretende recobrar así como que hubo una total ausencia de prueba en torno de la violencia o clandestinidad en la desposesión alegada, que el sentenciante obvió así el art. 360 inc. 1° del CPCC en virtud que al interponer el interdicto alegó la actora que estaba ocupando el predio desde hacía largo tiempo, que fue

desposeída de esa ocupación por la construcción de un alambrado por el que se corrieron los límites de las respectivas posesiones ejercidas por las partes, que la desposesión fue clandestina en ausencia de la actora y que al responder la acción la demandada no los negó a esos hechos en forma expresa, clara y contundente como tenía la obligación de hacerlo, que el fallo debió haber estimado como reconocidos dichos hechos, que tampoco tuvo en cuenta que la demandada admitió explícitamente que se habría corrido el límite de las posesiones al afirmar la construcción del alambrado que concretó la desposesión de G. y sostener equivocadamente, la demandada, que la colocación del alambrado no fue más que el ejercicio regular del derecho de propiedad y debe configurar para la actora un derecho al que debe respetar, que pese a ello y aún cuando fuera la propietaria no era el poseedor o tenedor, que si no se discute que el cerramiento de la superficie afectada al derecho de propiedad de T. tuvo lugar en el año 2011 y que ante tal cercamiento se concretaba con referencia en menos hectáreas es evidente que la familia de la demandada no tenía la posesión que ejercía G.----------

------Luego se detiene en el análisis de la prueba testimonial achacándole al fallo no haber analizado en profundidad las declaraciones que dichos testigos sostuvieron que habría un cerramiento anterior al alambrado nuevo, tales como S., T., W. y L., que asimismo que las construcciones de las mejoras de los T. estaban en la parte de la mitad del predio, es decir en la parte que siempre ocuparon.----------

------Confronta los testimonios con los producidos por las personas ofrecidas y la duda que le ocasionara al sentenciante que no es tal atento que el resto del lote * siempre fue de G.----------

------Se agravia del rechazo de todo valor de la confesión ficta de la demandada sostenida por el Juez “a quo” sobre la base de la falta de coincidencia de los testimonios respecto de la posesión anterior que invocara la actora y la total ausencia de prueba con relación a la

clandestinidad en la desposesión formulando una suerte de interrogantes al respecto, lo que importó una clara violación al derecho de defensa de la actora, al menos así lo sostiene.----------

------Por último vuelve sobre los pilares de la sentencia que rechazara la demanda de interdicto de retener por no haber acreditado el despojo del inmueble con violencia o clandestinidad llevando a cabo un análisis de la demanda y los hechos allí contenidos, que los requisitos de violencia y clandestinidad deben interpretarse en sentido amplio para evitar dejar al margen del amparo judicial diversas hipótesis que también implican vías de hecho demostrativas de la voluntad de apropiarse de una cosa sin el consentimiento del poseedor o tenedor.---

------Solicita se revoque la sentencia objeto de apelación, se haga lugar al interdicto, con costas.----------

------La demandada no hizo caso del derecho a contestar el traslado de las quejas, llamándose a fs. 124 autos para dictar sentencia, providencia firme y consentida, practicado el sorteo de ley a fs. 125, desinsaculado a votar en primer término procedo a pronunciarme en este acto.----------

------Dando respuesta a las quejas de la actora apelante, promovió esta en su oportunidad y conforme da cuenta la demanda de fs. 14/16 el interdicto de recobrar la posesión de la mitad de la Fracción X del lote * del Paraje B. A. C. de la localidad de El Maitén alegando la ocupación del lote * por parte de la actora y el despojo de la accionada después del fallecimiento del esposo de esta última de manera clandestina.----------

---

------La demandada se opuso a la pretensión a través del libelo de fs. 30/31 oponiendo la caducidad del interdicto con fundamento en el art. 627 del CPCC, y en la técnica utilizada es cierto que no hubo por parte de la asistencia profesional una negación categórica y circunstanciada de los hechos constitutivos alegados por la accionante al tiempo de demandar de conformidad con las previsiones del art. 360 del CPCC y sobre cuyas omisiones centralizó la primera de las quejas el actor.-------

------Más ello, así como el silencio y las respuestas evasivas no significa que tengan por efecto la aplicación de la sanción que sí se prevé acerca

de los documentos y su falta de respuesta, sino que tales conductas han sido valoradas para apreciar con menos severidad la prueba producida por el actor o en algunos casos juegan como presunción simple, debiendo el juez en todos los casos y tal lo ocurrido en el "sub-case" en la oportunidad de dictar sentencia, atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que surjan de él, establecer si es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida. (conf.: Fenochietto – Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. 2, págs. 256/257).----------

------Cosa que hiciera el sentenciante de origen al proceder al análisis de los diversos elementos de convicción arrimados a la causa por ambos justiciables (doctrina art. 360 del CPCC).----------

------Mal podría aplicarse por la judicatura una sanción como la pretendida por el quejoso cuando no ha sido prevista de esa manera por el legislador.----------

------Como consecuencia de ello el primero de los agravios debe ser desestimado. ASI LO VOTO.----------

------Tocante al restante agravio consistente en la falta de profundidad del análisis de la prueba, puntualmente de las declaraciones testimoniales que llevara a cabo el Juez "a quo" en la sentencia puesta en crisis, ya hemos tenido oportunidad de sostener que la valoración de la prueba testimonial y su fuerza probatoria deben apreciarse según las reglas de la sana crítica y lógica, procurando el sentenciante quien analiza desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración con las demás circunstancias y elementos de convicción que corroboren o disminuyan su fuerza y en esa tarea los jueces son soberanos (doctrina arts. 390 del CPCC).----------

------Asimismo un testigo resulta atendible cuando su declaración es idónea para crear la convicción del Juez sobre la verdad de los hechos en los cuales se refiere (conf.: CALZ, Sala I, SD 5/9/2006 in re "fallo, Edelmira c/ Cersosimo s/ Interdicto de recobrar", causa 62.131).--------

------Pues imponer otro análisis distinto al realizado por el sentenciante no es expresar agravios, sino simplemente exponer un criterio subjetivo del apelante distinto al llevado a cabo por el juez (doctrina art. 268 CPCC).----------

------Lo fundamental para la dilucidación del caso que arriba a esta Sede es que para la procedencia del interdicto de recobrar hubo la actora de probar la posesión o tenencia actual del predio en cuestión y el despojo.----------

------El testigo A. A. afirmó que le comprendía las generales de la ley por ser primo de la actora, no dio la razón de sus dichos a la par de no aportar elemento alguno a la posesión o tenencia alegados ni el despojo (fs. 70); L. F. tampoco supo si la actora poseía el límite cuestionado y lo poco que dijo lo fue porque se lo contaron otras personas, afirmando que la fracción lindera la ocupa la familia T. (fs. 71). V. E. dijo no conocer la fracción de tierra de propiedad de la actora así como que la fracción lindera es ocupada por la familia T. (fs. 72). G. M. también reconoció comprenderle las generales de la ley y no dio razón de sus dichos por lo que sus afirmaciones aparecen desprovistas del conocimiento necesario (fs. 73); R. H. reconoció no conocer la fracción de tierra de propiedad de la actora y respecto a la fracción lindera que era ocupada por la familia T. (fs. 74).----------

------De ninguna manera puede reconocerse con estos testimonios que la actora haya detentado la posesión o la tenencia actual de la fracción de terreno que reclama como objeto en este interdicto.----------

------La confesión ficta que da cuenta la constancia judicial de fs. 55 y su pliego de fs. 54 aparece desvirtuada en cuanto a la ocupación de la fracción del Lote * por las declaraciones testimoniales de L. (fs. 75); W. (fs. 77); T. (fs. 79); y S. (fs. 81) al afirmar que la ocupación de la demandada en el predio en cuestión se condice con la totalidad del Lote *, entre 9 y 10 hectáreas.----------

------Finalmente y no probado el presupuesto del primer inciso del art. 620 del CPCC el segundo inciso, esto es el despojo con violencia o clandestinidad queda vacío de contenido y se transforma en una

cuestión abstracta. Es que no puede sostenerse el despojo con violencia o clandestinidad si no logró acreditar el hecho de la posesión o tenencia actual del inmueble al momento en que según sostiene hubo sido despojado. ASI LO VOTO.----------

------Como consecuencia de ello la sentencia deberá ser confirmada en todos sus términos con costas al apelante perdidoso en la ocasión (art. 69 CPCC), atento el criterio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC), regulándose emolumentos a los profesionales intervinientes por la labor desarrollada en esta Alzada. ASI LO VOTO.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Habiendo el Dr. Petris reseñado con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones vertidos en la presente causa, corresponde analizar los agravios expresados.----------

------1) Falta de negativa expresa:----------

------El primer agravio que expone la recurrente es que la demandada, al contestar demanda, no efectuó negativa expresa de todos los dichos de la actora y que, en consecuencia, debe tenérsela por conforme con ellos.----------

------Adelanto que mi voto será negativo.----------

------Ciertamente que es costumbre, cuando se contesta demanda, realizar una negativa genérica y pasar a negar pormenorizadamente cada uno de los dichos de la actora. Ciertamente que es también de buena técnica procesal hacerlo, pero ello no se puede convertir en una ritualidad sacra cuya omisión implique allanarse a la pretensión actoral sobre todo si, del cuerpo del escrito de contestación de demanda, surge claramente, tanto la oposición al progreso de la acción como la refutación de los hechos invocados mediante un relato distinto de los hechos.----------

------Analizando el escrito de fs. 30/31 vta. encuentro que la demandada, aun cuando no cumpliera con fórmulas preconcebidas, refutó puntualmente los elementos esenciales en que se funda la acción

intentada y que son la posesión anterior por parte del actor y la violencia o clandestinidad en la desposesión.----------

------El demandado explicó que el inmueble, cuya retención plantea el interdicto, viene siendo poseído por él desde muchísimo tiempo atrás; invoca justo título (a mas del corpus y del ánimus); describe distintos actos posesorios por él ejercidos sobre el fundo y, si quedara alguna duda, procede a negar enfáticamente tanto la clandestinidad como la violencia de la posesión (fs. 31, parr. 3).----------

------Aun cuando la técnica procesal elegida no hubiera sido la mejor, entiendo que la demandada ha dado efectivo cumplimiento a los requisitos contenidos en el art. 360 inc. 1 del C.P.C. y C. En concreto, no hubo *"silencio"* por que la demandada expuso su versión de los hechos; no hubo *"respuestas evasivas"* ni hubo tampoco una *"negativa meramente general*" pues se invocaron como argumentos de rebate tanto el ejercicio de actos posesorios como la inexistencia de violencia o clandestinidad.----------

------Aun cuando defectuosa, la contestación de demanda logró dejar trabada la litis sobre los aspectos esenciales para la procedencia de la pretensión actoral que son: la desposesión y la clandestinidad.----------

------Tampoco debo dejar de advertir que el art. 360 inc. 1° del CPCC faculta al Juez a tener por ciertos los hechos no negados, mas no lo constriñe a ello pues el legislador utilizó el verbo *"podrá"* y no *"deberá"*. El a quo tenía facultades para tener por reconocidos o no los hechos y tal como lo expuse ut supra, entiendo que no se excedió en la sana critica al tenerlos por rebatidos.----------

------Es por lo dicho que voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis.----------

------2) La admisión de corrimiento de alambrado:----------

------Se queja la actora de que el a quo no tuvo en cuenta que el demandado admitió expresamente haber corrido el alambrado.---------

------De la lectura de la pieza que obra a fs. 31 encuentro que el demandado admitió haber "colocado" un alambrado mas no haberlo

“corrido”, situaciones distintas, pues la segunda presupone la existencia de un alambrado anterior. No obstante, la cuestión en sí misma carece de relevancia. Sea que el alambrado se haya “corrido”, sea que el alambrado se haya “colocado” ¡tanto da! Lo que tocó resolver al a quo –y sobre lo que efectivamente fundó su sentencia– es si el demandado tenía o no derecho a hacerlo. Colocar un alambrado en el perímetro de un fundo es un hecho neutro que puede ser lícito si el fundo era poseído por quien alambró y la obra se hizo a plena luz del día, sin ocultamiento, disimulo o violencia; o ilícito si se alambró sobre fundo ajeno en forma artera.----------

------Contrariamente, a lo que sostiene la actora, el a quo sí tuvo en cuenta la construcción del alambrado (fs. 106 vta. parr. 3º), por eso procedió –atinadamente desde mi punto de vista– a analizar si tal acto de cerramiento era o no legítimo. Es decir si el demandado tenía derecho a alambrar o si, careciendo de tal derecho se valió de violencia o clandestinidad.----------

------Es en atención a lo expuesto que el agravio bajo análisis debe ser rechazado y así lo voto.----------

------3) La apreciación de los testimonios:----------

------Impugna el recurrente la forma en que el a quo interpretó los testimonios. Sugiere que todos los testigos reconocieron que las mejoras realizadas por el demandado fueron hechas en el predio que ya poseía, mas no en el que es objeto de este litigio. Señala que aun los testigos de la demandada coinciden en que había una tranquera, que esa tranquera era la entrada al predio de los T. y que el actual alambrado se encuentra por delante de esa tranquera. Entiende probada entonces la ocupación de la demandada de una porción que antes poseía la actora.----------

------Coincido con lo dicho por el recurrente respecto a la existencia de la tranquera, mas no con las conclusiones que él extrae de dicho dato.--

------Lo cierto es que los testimonios vertidos en autos son coincidentes en que los demandados construyeron un canal y un camino; también que ese canal y ese camino atraviesan el predio bajo litigio.----------

------Tanto la construcción de un canal como la de un camino que permiten acceder a una fuente de agua o a una ruta en beneficio de una instalación agrícola ganadera, son, a mi entender, claros actos posesorios ellos quedaron suficientemente probados con las declaraciones testimoniales.----------

------La existencia de la tranquera es irrelevante si el demandado logró demostrar que ejercía otros actos posesorios en la franja de terreno que se extendía por delante de la dicha tranquera y que fue lo que, con posterioridad, procedió a alambrar.---------- ----------

------De todos los testigos citados, solo dos sostuvieron que la actora poseía el predio en disputa, ellos fueron el Sr. M. G. y el Sr. F. L. Ninguno logró explicar qué actos posesorios realizaba la Sra. G. o en qué datos cifraban la mentada tenencia sobre el inmueble en cuestión. A ello debe agregarse que el Sr. G. se declaró comprendido en las generales de la ley y que cuando se le preguntó al Sr. L. respecto a *"¿Como sabe que esa fracción no le corresponde a la Sra. T.?"* respondió *"que se lo han dicho otras personas"*.----------

------No debe perderse el rumbo de la distribución de cargas probatorias que la presente acción impone. La demandada debía demostrar que tenía la posesión cuya turbación invoca. No solo fracasó en ese intento, sino que fue la demandada quien aportó, claros indicios de que poseía el predio en litigio antes de proceder a alambrarlo.--------

------4) La apreciación de la confesión ficta:----------

------Se queja el recurrente de que el a quo no hubiera tenido en cuenta la confesión ficta en que incurrió el demandado y que lo hiciera solo en función de la contradicción de los testigos o en la ausencia de prueba de la clandestinidad.----------

------Voy a comenzar destacando que el agravio bajo análisis adolece de insuficiencia. El a quo no dejó de lado la confesión ficta solo por que los

testimonios fueran contradictorios, o porque no había otros medios que acreditaran la clandestinidad, sino, además, por que *"no surge ninguna posición que implique reconocer clandestinidad en la posesión ejercida por la demanda..."*. El recurrente debió explicar a este Tribunal como es que a su criterio, sí existía una posición que implique reconocimiento de la clandestinidad. Ya dije reiteradamente que, cuando la sentencia se funda en distintos argumentos, es carga del recurrente rebatir todos y cada uno de esos argumentos, pues si solo lo logra respecto a algunos, la sentencia igual queda incólume por los no atacados.----------

------Reitero, eran dos los extremos necesarios que debía probar la actora: tenencia y desposesión clandestina. Respecto a la clandestinidad **nada** aporta la absolución pues no hubo ninguna posición relativa a ella, desde que la falta de *"aviso"* no es sinónimo de clandestinidad, tal como lo expondré ut- infra. Respecto a la desposesión, si bien las posiciones primera y séptima aluden a la ocupación de la actora, tal ocupación quedó desvirtuada por la prueba de testigos que describieron claros actos posesorios por parte de la demandada, sin haber podido explicar ni L. ni G. en que hechos fundaban la invocada ocupación de G., con el agravante de que el segundo se declaró comprendido en las generales y el segundo se confesó testigo de "oídas". Concluyo que el a quo no se apartó de la sana crítica cuando entendió que la confesión había sido desvirtuada por la restante prueba de autos.----------

------Conforme a lo expuesto voy a votar por el rechazo del agravio en cuestión.----------

------5) La clandestinidad:----------

------Se queja el recurrente de que no se hubiera tenido por probada la clandestinidad en la construcción del alambrado pues insiste en que ella se hizo en ausencia de la actora.----------

------Previamente entiendo que el análisis del presente agravio deviene abstracto pues, no habiendo podido probar la actora que ocupaba

efectivamente el inmueble objeto de esta litis y habiendo paralelamente demostrado la demandada que realizaba actos posesorios en el mismo, anteriores a la colocación del alambrado, resulta superfluo analizar si este último hecho –colocación del alambrado– fue clandestino a o no. la acción intentada exige la verificación de ambos extremos (despojo y clandestinidad) siendo insuficiente la demostración de solo uno de ellos. Ergo, con clandestinidad o sin clandestinidad, la acción debe ser rechazada por ausencia de despojo.----------

------No obstante considero oportuno decir que, para tachar de clandestino un acto, no basta la mera ausencia de la contraparte, caso contrario, cualquiera se apreste a realizar un acto posesorio debería convocar a todos los supuestos interesados a que presencien o se anoticien de tal. Clandestinidad equivale a ocultamiento. La clandestinidad es la cualidad, situación o estado de lo que se realiza en forma ilegal o secreta.----------

------La actora tenía la carga de demostrar que el alambrado se realizó con clandestinidad. Para ello no bastaba demostrar que se hizo en su ausencia, sino que se hizo mediante ocultamiento.----------

------Según el Sr. E. V., que fue contratado por la demandada para realizar el alambrado, la obra insumió varios días *(“primeros días de septiembre de 2010”* dijo). Conforme la declaración de los testigos, el predio se ve desde la ruta. El Sr. M. G., tío de la actora, incluso declaró que él *“estaba cuando el alambrador hizo el alambre”*. Una obra que insumió algunos días, realizada en una zona fácilmente visible desde la vía pública y en presencia, incluso, de un pariente de la lindera, no encuadra dentro del concepto de clandestinidad necesario para que se tenga por probado tal extremo.---

------Conforme a lo expuesto, voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia, las cuales han de imponerse al apelante vencido conforme principio objetivo de la derrota. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión, propongo al Pleno: **1°) CONFIRMAR**, en todos sus términos, la sentencia de fs. 105/109 del 27 de abril de 2012, **2°) IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante perdidoso en la ocasión (art. 69 CPCC), atento el criterio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC), **3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. J. R. M. en un 3,25%, porcentaje con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del juicio que se determine, por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 13 del Arancel).----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme a lo expuesto al analizar la primer cuestión voy a votar por: **1) CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto fuera objeto de agravios. **2) IMPONER** las costas de esta Alzada a la recurrente vencida conforme principio objetivo de la derrota. (art. 69 CPCC) **3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. J. R. M. en un 3,25%, porcentaje con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del juicio que se determine, por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 13 del Arancel).----------

------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:***----------

------**1°) CONFIRMAR**, en todos sus términos, la sentencia de fs. 105/109, registrada bajo el n° 28/2012 del 27 de abril de 2012.----------

------**2°) IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante perdidoso en la ocasión (art. 69 CPCC), atento el criterio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC).----------

------**3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. J. R. M. en un 3,25%, porcentaje con más el IVA pertinente y a calcular sobre el

monto del juicio que se determine, por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 13 del Arancel).----------

------**4°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, de la Ley XIII N° 5 DJP (antes Ley 2203).---------

CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2012. CONSTE.