----En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo L. De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. R. Adrián Vergara y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V. S., L. c/ D. F., G. R. y otro s/ Acción Posesoria” (Expte. 390 - Año 2017 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 136. ----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 114, que fuera concedido libremente a fs. 115, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 107/111 que rechazó la acción posesoria interpuesta por L. R. V. S. contra G. R. D. F. y R. G. C., con imposición de costas a la parte actora vencida. ----------

La expresión de agravios luce a fs. 127/130 y vta., el traslado conferido a fs. 131 fue evacuado por su contraria a fs. 132/133 y vta., y el apelante al aludir al concepto de cosa juzgada sostiene que la acción posesoria es una valiosa herramienta prevista por la legislación de fondo que encausa el derecho a peticionar a la justicia de quien busca proteger su posesión. Destaca que en modo alguno resulta ilegítima su promoción como lo hace entrever la Sra. jueza cuando por la caducidad de instancia decretada en la acción policial prevista por la legislación local no se avocó a la consideración de la prueba producida, ni en su desarrollo trató el fondo del asunto. Entiende que la magistrada tergiversa los efectos aún vigentes del interdicto de recobrar y en base al nuevo código civil y comercial desnaturaliza los efectos de la sentencia definitiva N° 077/2014, sigue sin tratar la cuestión de fondo e improvisa con una pétrea e ilegítima cualidad de irrevocabilidad que no es propia del instituto en cuestión, menos aún cuando al tiempo que fue dictada regía el ordenamiento jurídico de Vélez Sarsfield (año 2104). Considera que la sentencia definitiva N° 077/2014 no tiene otro alcance que el de la simple preclusión procesal que no hace al fondo del asunto, pues es cosa juzgada formal, por lo que admite un tratamiento posterior de la materia de fondo mediante las acciones consagradas para la tutela posesoria en los arts. 2469 y 2490 del Código Civil, vigente en el año 2012. A su vez, como segundo agravio manifiesta que si bien la sentencia apelada refiere estar conteste con la inconstitucionalidad del art. 629 del Código Procesal, luego queda en abstracto el expreso pronunciamiento solicitado en el acápite II de la demanda sobre el test de constitucionalidad de la mentada norma procesal, por lo que solicita un pronunciamiento al respecto. Invoca cuestión federal y peticiona se revoque el fallo haciendo lugar a la demanda.

A su turno, la parte demandada al contestar el traslado conferido a fs. 131 estima que debió aplicarse el plazo de un año (art. 2564 del C.C.C. y art. 4038 del Código Civil) ya

que según los dichos del actor fue despojado de la posesión el 29 de marzo de 2012. Agrega también que el actor no realiza una crítica concreta del fallo ya que alude a la sentencia definitiva dictada en el interdicto de recobrar. Y en lo que hace al planteo de inconstitucionalidad del art. 629 del C.P.C.C. estima que deviene improcedente ya que es de otro juicio ya precluido, y además quedaría abstracto su tratamiento ya que existe una norma superior que sostiene la prescripción de la acción en un año.----------

---2. En atención a que el Código Civil y Comercial (ley 26.994) entró en vigencia a partir del 01/08/15 (ley 27.077), corresponde en primer término determinar cuál es el ordenamiento que resulta aplicable al caso de autos toda vez que el despojo alegado por el actor se habría producido el 29 de marzo de 2012 según resulta del interdicto de recobrar agregado por cuerda (ver escrito de demanda, p. III, fs. 57, segundo párrafo, del Expte. N° 34/2014 -Expte. N° 60/2015 C.A.T.).----------

---Al respecto, el art. 7 del Código Civil y Comercial dispone que las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, al igual que lo estableciera el art. 3 del Código Civil. En tales condiciones, juega la noción de consumo jurídico por lo que corresponde diferenciar los hechos pasados que agotaron su virtualidad, los hechos en curso de desarrollo, y las consecuencias no consumadas de los hechos pasados. Por eso se expresa que la primera cuestión, ha de resolverse, según nuestro criterio, conforme a la noción de "*consumo jurídico*". Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley y si se los afectara se incurriría en retroactividad. En cuanto a los hechos "in fieri" o en curso de desarrollo, pueden ser alcanzados por el nuevo régimen, por no tratarse de hechos cumplidos bajo la legislación anterior, y por tanto cuando se les aplica la nueva ley no se incurre en retroactividad. Finalmente, las consecuencias no consumadas de los hechos pasados, caen bajo la nueva ley, especialmente cuando su eficacia no depende enteramente del hecho que las origina sino concurrentemente de la fecundación obrada por el porvenir. Porque estando este porvenir sujeto a la acción del legislador, éste puede en cualquier momento interferir en el régimen de aquello que le está sujeto (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Editorial Perrot, 2da. ed. act., 1964, T. I, par. 167, pág. 140). Conclusiones que se mantuvieron después de la reforma introducida por la ley 17.711 al señalar que las *consecuencias* de tal relación o situación, que son gobernadas por las nuevas leyes que se dicten, son las derivaciones de hecho que reconocen su causa eficiente en aquellos antecedentes. Tales consecuencias, aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las leyes, pues lo impide la noción de *consumo jurídico* (Llambías, Jorge Joaquín, obra y tomo citado, vigésima edición actualizada por Raffo Benegas, Patricio, LexisNexis, 2003, par. 167 bis, págs. 127/128). Con ese alcance, en cuanto a los hechos pasados que agotaron su virtualidad -doctrina de los hechos cumplidos- y con expresa referencia al art. 7 del C.C.y C. se precisa que la nueva ley no

puede afectar consecuencias posteriores a su entrada en vigor, cuando tengan relación de causa a efecto con el hecho cumplido bajo la vigencia de la ley antigua. Los efectos propios de un hecho o acto por estar incorporados en él se regirán siempre por la ley existente en el momento de su constitución (Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", La Ley, 27/04/15). Por eso se afirma que "… si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil…" (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", La Ley, 02/06/15). Las situaciones y relaciones jurídicas ya constituidas o ya extinguidas se rigen por la ley bajo la cual se constituyeron o extinguieron; de otro modo habría retroactividad. Por lo tanto: …Los hechos ilícitos se rigen por la ley que estaba en vigor al tiempo en que el hecho ilícito se produjo, pues ese es el momento en que se establece la relación jurídica entre los agentes del hecho (Rivera, Julio Cesar, "El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes", eldial.com, 07/08/15, Año XVIII, N° 4293). Por otra parte, el art. 3 del Código Civil y el art. 7 del Código Civil y Comercial no dan solución al problema que se suscita cuando la relación procesal se trabó con anterioridad a la vigencia de la nueva ley ya que debe tenerse presente el principio de congruencia en razón de sustentarse en los derechos constitucionales de defensa en juicio y de propiedad, y tampoco tienen en cuenta la conducta observada por las partes al amparo del derecho vigente a ese momento. En esa dirección se sostiene que: "…Aún cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídico procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que hay que tener en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y como se aplica. …Justamente uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya ocurridos, es que, retrospectivamente, encierra cierta injusticia, en tanto las partes NO pudieron haber ajustado su conducta a la norma que, por hipótesis, no existía. El derecho pierde, en tales supuestos, su rol de guía de la conducta y altera las expectativas formadas alrededor de cierta conducta que se realizó con conciencia de su ajuste a derecho. Esto último supone generar ganadores y perdedores, alterando las posiciones relativas de las partes con relación al derecho al que ajustaron su conducta. Por eso es sumamente común que los ordenamientos jurídicos adopten estrategias para mitigar los daños que las transiciones legales imponen. La doctrina de Roubier y por ende de Borda como el art. 3 del Código vigente y del art. 7 del futuro se despreocupa de este aspecto central de la cuestión." (Rivera, Julio César, "Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", La Ley, 04/05/15). También se expresa que "…el efecto inmediato que dispone el art. 7° es

una regla general, pero que no debe aplicarse si de ella deriva la privación de un derecho amparado por garantías constitucionales. En definitiva, el efecto inmediato tiene el mismo límite que la aplicación retroactiva, lo cual es por lo demás una consecuencia de la supremacía constitucional. Ahora bien; llevemos esa premisa que acabamos de sentar a los juicios en trámite. El efecto inmediato del derecho nuevo en relación a los juicios en trámite produce una afectación inconstitucional de la garantía de defensa en juicio si las partes no tienen la oportunidad de invocar, alegar y probar sobre el derecho “nuevo”. Insisto en que no es de aplicación el principio iura curia novit porque no es un derecho que las partes pudieron haber invocado; amén de que tal principio está hoy en tela de juicio por cuanto conduce a una sentencia “sorpresiva”. Y, como hemos señalado antes, puede conducir incluso a la vulneración del principio de congruencia si de la aplicación del derecho “nuevo” resultara una sentencia que no reflejara las pretensiones de las partes. El principio de congruencia está ligado a la garantía del debido proceso según la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación.” (Rivera, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite”, La Ley, 17/06/15). En este último aspecto, el respeto del principio de congruencia ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho: “4°) Que, en efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301: 925; 304: 355, entre muchos otros). 5°) Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea “que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias” (Fallos: 315: 106 y 329: 5903)” (CSJ 367/2014 (50 – B) /CS1 Recurso de hecho, “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/cumplimiento de contrato”, del 07/07/15). ----------

----Por tales razones, en atención a que el despojo se habría producido el día 29 de marzo de 2012 según lo relatara el actor en el interdicto de recobrar y lo reiterara al promover la presente demanda (ver escrito de inicio, p. III, fs. 10), esto es durante la vigencia del Código Civil, corresponde aplicar a la presente causa dicho ordenamiento.-

---3. Paso ahora a considerar si el plazo establecido por el art. 2493 del Código Civil es de caducidad o de prescripción pues ello resulta dirimente ya que la parte demandada no interpuso la defensa de prescripción (ver contestación, fs. 30/32 y vta.). ----------

---En tal sentido, el C.P.C.C. tiene previsto el plazo de un año para la caducidad de los

interdictos de retener, recobrar y de obra nueva, en cambio se discute si el previsto en el art. 2493 del Código Civil es de caducidad o de prescripción.----------

---Así se precisa que: El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación también tiene previsto el plazo de un año, pero para la *caducidad* de los interdictos de retener, recobrar y de obra nueva, remedios que no podrán ser promovidos después de transcurrido ese plazo contado desde que los hechos en los que se fundan se produjeron. Recuérdese que los plazos de caducidad no se interrumpen ni se suspenden y pueden ser aplicados por los jueces. En cambio, la prescripción debe ser alegada por parte interesada, no corresponde su declaración de oficio, y los plazos están afectados por causales de interrupción y de suspensión. Una parte de la doctrina sostiene que se trata de un plazo de caducidad. Para ello se funda en la intención del legislador, que estableció el plazo de seis meses, diferente del previsto para las acciones típicamente posesorias; en la terminología del artículo en comentario, según el cual la acción de despojo *dura* sólo un año, y en el texto del art. 2494 que dispone que "*el demandante debe probar su posesión, el despojo y el tiempo en que el demandado lo cometió*", elementos que permitirían al juez declarar de oficio su vencimiento. En cambio, otro sector de la doctrina sostiene que se trata de un plazo de prescripción. Argumentan del siguiente modo: la acción de despojo es una de las acciones que según el Código Procesal (art. 623) deben tramitar por juicio sumario, y esto la separa definitivamente del interdicto de recobrar, que tramita por juicio sumarísimo (Zannoni, Eduardo A., *Director*, y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Coordinadora*, "Código Civil y leyes complementarias", Editorial Astrea, 2005, T. 10, pág. 564). También se destaca: **¿Prescripción o caducidad de la acción de despojo?.**- La doctrina clásica afirmó que en el art. 2493 se regulaba la prescripción de la acción de despojo y asimiló el caso al de la prescripción anual del art. 4038 (Segovia, Llerena, Machado, Ibarguren, Allende, Dasen -Vera Villalobos, Benedetti, Garrido-Andorno, Borda). Otra orientación sostiene que se trata de un supuesto de caducidad (Molinario, Alsina Atienza, Alterini, J. H. Valdés-Orchansky, Tolosa, Álvarez Juliá, Highton, Sanchez Urite) (Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge H., "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, 1981, T. IV-A, pág. 257).----------

----------López de Zavalía comparte la doctrina clásica y por eso se precisa que López de Zavalía también se inclina por la tesis que sostiene que el artículo en análisis contempla un caso de prescripción. Alega que el concepto de caducidad es impreciso, máxime si se tiene en cuenta que el Código no trae reglas generales sobre la caducidad; que el art. 4038 se refiere a "todas" las acciones posesorias; que la brevedad del plazo anterior (seis meses) no es decisiva cuando el art. 4041 fija un plazo más breve (tres meses), y sin embargo es de prescripción; que la expresión "dura" no puede ser entendida literalmente ya que el pleito puede "durar" más de un año; que la verdadera razón de la frase "dura un año" se encuentra en el rechazo de las doctrinas que daban al interdicto *de vi* y a la *actio spoli* otras reglas de prescripción, con plazos más cortos; que el art. 2493 no menciona al tenedor, lo que impediría restringirlo a la acción de

despojo; que el art. 2494 obliga al actor a probar el tiempo en el que se cometió el despojo sólo para no volcar sobre el demandado el peso de dicha prueba; que los códigos de procedimiento no pueden modificar el Código Civil. Finalmente, agrega que las cuestiones relativas a si la caducidad puede ser declarada de oficio, y si los plazos de ese tipo pueden o no ser interrumpidos o suspendidos, no son pacíficas en la doctrina (Zannoni, Eduardo A., *Director*, y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Coordinadora*, obra y tomo citado, pág. 565 y nota n° 5). También respecto de la postura seguida por la doctrina clásica se señala que para Llambías se trata de un supuesto de prescripción que tiene la particularidad de correr a partir del conocimiento que pudo tener del despojo, el poseedor o tenedor despojado. Si se tratara de la caducidad de una acción policial sólo se estaría a la fecha del despojo porque ese instituto no atiende para demorar o prolongar el lapso a las circunstancias personales del interesado, en la especie su desconocimiento del hecho del despojo. La consideración de esta última circunstancia para postergar el inicio del término demuestra que se trata de una prescripción y no de un término de caducidad (Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge H., obra y tomo citado, pág. 258). Y en ese mismo sentido se pronuncian Papaño-Kiper-Dillón y Causse (ver de esos autores, “Derechos reales”, Ediciones Depalma, 2000, T. I, págs. 156/157), y también Iturbide, Gabriela A., “Las acciones posesorias y la vía procesal para su tramitación”, en particular “Prescripción y caducidad de acciones e interdictos” (elDial.com. – DC6B5, publicado el 29/08/2005). La norma del art. 2493 que el código repite en el art. 4038, establece un término de prescripción y no de caducidad, conforme lo ha entendido la doctrina (Salvat-Galli, “Obligaciones en general”, t. III, núm. 2264, p. 633; Allende, G., “La Posesión”, Buenos Aires, 1959, p. 65) y, si ello es así, de acuerdo con el art. 3964 del cód. civil, el a quo no ha podido declarar de oficio la prescripción de la acción (del voto del Dr. Albisetti, CNCiv., sala D, agosto 18-969, “Saúl de Sasson, Regina c. Marfaing, Manuel V. y otra”, E. D. T. 31-4).----------

---Tales razones me llevan al convencimiento que el art. 2493 del Código Civil establece un plazo de prescripción, por lo que al no invocar los codemandados tal defensa no cabe su aplicación de oficio, a lo que agrego que en la actualidad ya no cabe discusión algún pues el inciso b) del art. 2564 del C.C. y C. incluye dentro del plazo de prescripción de un año a las acciones posesorias.----------4. Con ese alcance, desde que el plazo previsto por el art. 2493 del Código Civil es de prescripción y no de caducidad y que los codemandados no opusieron como defensa la prescripción de la acción (ver contestación, fs. 30/32 y vta.), corresponde analizar el planteo de inconstitucionalidad del art. 629 del C.P.C.C. introducido en demanda (ver p. II del escrito de inicio, fs. 8/10), conforme lo dispone el art. 281 del C.P.C.C. ante el pedido efectuado al expresar agravios (ver p. III, segundo agravio, fs. 130) y omisión en que incurriera el juzgador ya que si bien aludió a que el art. 629 del C.P.C.C. resultaba inconstitucional en definitiva no se pronunció al respecto (ver sentencia, fs. 109/vta.). Nótese que la Sra. Jueza expuso a fs. 109/vta. que: “Así las cosas, se dijo que el art. 623 y 617 de los

Códigos Procesales de Nación y de Buenos Aires (nuestro art. 629, 2° párrafo del rito), resultaba inconstitucional porque el código procesal local no podía vulnerar las disposiciones del Código Civil, y por lo tanto no podía enervar el derecho del turbado o despojado vencido en el interdicto de plantear luego la acción posesoria emanada del art. 2487 del Código velezano, por parte de los poseedores propiamente dichos, con las calidades que exigían los arts. 2473, 2474, 2475, 2478, 2479, 2480, y 2481, cf. MARIANI de VIDAL, Marina, Curso de Derechos reales, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, Tomo I, p. 191/192". Pese a ello a continuación abandonó el tema al señalar que la cuestión se encuentra ya resuelta por el Código Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de considerar a fs. 110 vta. sin mayor fundamento que le asistía razón a la parte demandada cuando indica que el actor trae el planteo de inconstitucionalidad como una suerte de revisión del rechazo del interdicto de recobrar.-------Desde ya que no participo de esa conclusión a la que arriba sin brindar sustento alguno por lo que ingreso al análisis del planteo de inconstitucionalidad del art. 629 del C.P.C.C.-----Destaco que el fallo analiza la eventual inconstitucionalidad de la norma a la luz de doctrina que cita pero en definitiva no explica cuál es el razonamiento seguido para no tratar la cuestión. En ese aspecto, el actor en su demanda planteó la inconstitucionalidad del art. 629 por estimar que el Código de Procedimiento Civil y Comercial le impide ejercer la defensa posesoria que ha instituido la legislación de fondo que se erige como norma superior por lo que su ejercicio no puede ser condicionado por una legislación de menor rango (p. II.2., fs. 9, tercer párrafo), y en ese contexto peticionó se declare la violación del art. 31 de la Constitución Nacional ante la inconstitucionalidad formal y material del art. 629 del C.P.C.C. (final del p. II, fs. 10, primer párrafo).----------Por eso, la inconstitucionalidad del art. 629 CPCC surge, según lo postula el actor, de ese contraste negativo entre la ley procesal local y el derecho de fondo, y ese conflicto constitucional debió ser resuelto por el sentenciante.----------
-----El art. 629 CPCC establece en su segundo párrafo: "Deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real". ----------
----------Y decidir acerca de su inconstitucionalidad resulta por demás trascendente ya que el actor inició el 25 de marzo de 2014 un interdicto de recobrar (ver escrito, fs. 56/59, y cargo de fs. 60, Expte. N° 034/2014), que fue rechazado por sentencia del 15 de diciembre de 2014 (fs. 207/209), decisorio que adquirió firmeza al declarar esta sala "B" desierto el recurso de apelación el 14 de abril de 2015 (fs. 226/233 y vta., Expte. C.A.T. N°
60/2015).- ----------
----Es por ello que el actor promovió posteriormente la presente acción posesoria iniciada el 8 de abril de 2016 (escrito de demanda, fs. 8/13 y vta., y cargo, fs. 14), por lo que indudable resulta que la promoción de esta acción queda sujeta a la declaración de inconstitucionalidad del art 629 del C.P.C.C. ya que esta norma establece que deducido

el interdicto sólo puede promoverse la acción real. Dicho de otro modo. Si el actor no obtiene favorable acogida a su pedido de declaración de inconstitucionalidad del citado artículo la acción de despojo no resulta procedente.----------De allí que la Sra. Jueza a-quo debió analizar si el plazo del artículo 2493 del Código Civil era de prescripción y si así lo consideraba a renglón seguido tuvo necesariamente que ingresar al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 629 C.P.C.C.----------Con ese alcance, dicha norma procesal limita derechos consagrados en el ordenamiento de fondo, debiendo ponerse de relieve que no encuentro razón que justifique que una ley provincial de forma impida o limite el ejercicio de una acción emergente del derecho sustantivo federal. Esto es, el art. 629 C.P.C.C. carece de jerarquía legal dentro de nuestro ordenamiento para limitar los alcances de las acciones posesorias reguladas en los arts. 2468 a 2501 del Código Civil, hoy reguladas en los arts. 2238 a 2246 del Código Civil y Comercial. ----------

----En tal sentido se expresa que: Sin perjuicio de considerar saludable la tendencia de unificar la instancia posesoria en una futura reforma de la legislación de fondo y de forma, es inconstitucional la última parte del art. 623 arriba transcripto, al seccionar tutelas que brinda el Código Civil desbordando la esfera de atribución de facultades entre la Nación y las jurisdicciones locales (Highton, Elena I. y Areán, Beatriz A., dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2009, T. 12, pág. 134). En ese mismo direccionamiento se señala que la Cámara de Apelaciones declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto y para resolver de ese modo la Cámara consideró que en los procesos interdictales no se advierte la imposibilidad de la ulterior tutela de los derechos que genere un agravio irreparable. Fundamentó su resolución en el hecho de que la sentencia dictada en un juicio de interdicto no posee la condición de definitividad, sea que los admita o los rechace, ya que deja incólume las acciones posesorias strictu sensu, y no impide al accionado el ejercicio de juicio posterior para hacer valer sus derechos (del voto del Dr. Llugdar, Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, en autos “Tolosa, Horacio Jacinto c/ Roldan de Maldonado María y otros s/ interdicto de recobrar la posesión - queja por casación denegada”, 17-feb-2011, Cita: MJ-JU-M-63395-AR | MJJ63395).----------De tal modo, el art. 2490 del Cód. Civ. no establece exclusión o restricción alguna, por lo que la limitación impuesta en el art. 629 del C.P.C.C., norma de menor jerarquía, va en desmedro del sentido amplio que la ley sustantiva quiso darle al titular de esta acción. Por eso, en la actualidad y con referencia a la acción de despojo prevista en el art. 2241 del C.C. y C. se sostiene que: En este punto, cabe advertir que puede ser reputada inconstitucional la norma procesal que altere lo dispuesto por una ley nacional, en este caso el Código Civil y Comercial (Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2016, T II, pág. 423). ----------Por tales razones, corresponde declarar la inconstitucionalidad del

segundo párrafo del art. 629 del C.P.C.C. en cuanto dispone que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real.----------5. Paso ahora al análisis de los requisitos que deben cumplimentarse conforme lo previsto por el Código Civil de aplicación al caso conforme lo ya establecido al punto 2 que antecede. Para ello destaco que la acción posesoria de despojo establecida en el art. 2490 del Código Civil es el remedio legal idóneo y disponible para que, quien fuera víctima del despojo, recupere la cosa que perdió por causa de ese despojo.----------La finalidad de esta acción es recuperar la posesión de la cosa perdida a causa de un despojo. Atento a la naturaleza policial de la acción, a diferencia de la de restitución, no requiere para su ejercicio reunir los requisitos enumerados en los arts. 2473 a 2481, conclusión reforzada por la reforma introducida en los artículos 2490 y 2491. No hay que olvidar que lo que aquí se intenta proteger son situaciones de hecho, con prescindencia del derecho que los involucrados puedan tener (Zannoni, Eduardo A., *Director*, y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Coordinadora*, obra y tomo citado, par. 2 y 3, y págs. 546 y 548, respectivamente). ----------Además se expresa que: Obviamente, el actor que deduce una acción de despojo no se ve en la necesidad de "*producir título alguno*" para fundar su demanda, porque "*será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado*" (art. 2472). Si el posesorio se encuentra separado del petitorio, con mayor razón aún debe estarlo este juicio de naturaleza policial. El art. 2472 se refiere al "*demandante*", mientras que el art. 2490 tampoco discrimina, por lo que cabe sostener que la inutilidad de *producir título alguno* se refiere no sólo al poseedor sino también al tenedor (Zannoni, Eduardo A., *Director*, y Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Coordinadora*, obra y tomo citado, par. 3, pág. 548).----------Por eso, atento a la naturaleza policial de la presente acción el codemandado D. F. no pudo válidamente invocar que es poseedor por contar con un boleto de compraventa, y menos aún que el codemandado C. tenga la posesión en virtud del contrato de comodato celebrado entre ambos (ver contestación, p. V, fs. 31/vta.), pues no cabe en la acción posesoria la prueba del derecho de poseer. Es decir, el boleto de compraventa es un instrumento jurídico que no puede hacer valer el demandado en una acción posesoria ya que es inútil la prueba del derecho de poseer (art. 2472 del Código Civil), a lo que agrego que no es un acto posesorio en los términos del art. 2384 del citado ordenamiento. También destaco que el actor en el escrito de fs. 37/39 negó la autenticidad de tales documentos, reiterando la negativa ya expuesta en el interdicto de recobrar a fs. 56 respecto del contrato privado de compra venta de inmueble y boleto de compraventa de terreno que lucen a fs. 73/ vta. y 74/75 y vta., ratificación de fs. 76, y contrato de comodato de fs. 79 vta. de las referidas actuaciones que obran por cuerda, y que incluye la impugnación por resultar falsa la firma atribuida al vendedor Castillo en el instrumento de ratificación. Añado además que los codemandados en su escrito de contestación no alegaron la realización de actos posesorios (ver p. V1. y V.2., fs. 31/vta.)

y sabido es que no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 368 del C.P.C.C.), por lo que la prueba testimonial ofrecida al p. VII. C de fs. 32 vta. resulta inadmisible en ese aspecto por ser inconducente (declaraciones de Reucci, fs. 143/vta.; Urrutia, fs. 146; Gaztelú, fs. 149; Díaz, fs. 153; y Galdamez, fs. 156).----------Al respecto, explica Palacio que la norma bajo análisis regula dos diversos supuestos o grados de *impertinencia* de la prueba: en el primer apartado establece el principio general que impide producir pruebas sobre hechos que no hubieran sido articulados -y controvertidos- por las partes en los escritos constitutivos (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, T. V-A, pág. 100). Vale decir que los hechos llamados a establecerse en objeto de la prueba deben haber sido introducidos por las partes en el proceso, a través de sus escritos constitutivos de demanda, reconvención, excepciones y sus contestaciones, y excepcionalmente, al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, pues para el ordenamiento procesal que nos rige el hecho no afirmado no existe (Kielmanovich, Jorge, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot, 1996, par. 2.a) I., pág. 40). ----------Tocante a la calidad de poseedor invocada por el actor (ver demanda, p. IV.1, fs. 10 vta.) sostiene esa parte que lo acredita con la documental del expediente judicial ofrecido como prueba ya que el Municipio de Trelew aceptó el pago de los diversos tributos de los que se acompañó constancia documental (p. IV. 3, fs. 12). ----------Desde ya que esa prueba no resulta por sí sola determinante ya que si bien es una exteriorización del *animus* se erige como una prueba que debe complementarse con otras. Así se sostiene que el pago de los impuestos no constituye un acto posesorio y consiguientemente nada prueba con relación al *corpus posesorio* (Areán, Beatriz Alicia, “Juicio de usucapión”, Editorial Hammurabi, 3a. ed. Act., 1998, pág. 315). No cabe asignar tal carácter al pago de impuestos, pues por sí sólo no revela el contacto con la cosa, en especial su apoderamiento. Los actos posesorios son actos materiales, mientras que el pago es un acto jurídico, aunque es una muy buena prueba del ánimo (Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T 1, pág. 152). También que es criticable que judicialmente se haya asignado tal carácter al mero pago de impuestos… pues por sí solos no revelan el contacto con la cosa, en especial, su ocupación. Por el contrario, se comparte la tendencia jurisprudencial según la cual dicho pago, si bien es revelador del *animus domini*, no consiste en un acto posesorio, ya que no se trata de un acto material sino jurídico. El pago de impuestos constituye una exteriorización del *animus* o bien una prueba complementaria de su existencia, que debe estar acompañada por otras para la prueba de la posesión (Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, obra y tomo citado, págs. 290/291).----------En cambio, sí es un acto posesorio por resultar un acto de ocupación con ánimo de dueño el relleno del terreno. Así, con referencia al art. 2384 del Código Civil se precisa que la enumeración que hace este artículo de los actos

posesorios de cosas inmuebles es meramente enunciativa, no taxativa, ya que lo esencial para que uno o varios hechos puedan ser considerados tales es que haya sido ejercidos con *animus domini*. Se trata, en definitiva, de actos de ocupación o de construcción, hechos a los que se refiere el artículo en estudio (Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, obra y tomo citado, págs. 288 y 289, respectivamente). Interesa resaltar que el acto posesorio probablemente más común es la "ocupación" de los inmuebles, que según el art. 2384 es eficaz "de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes" (Llambías-Alterini, obra y tomo citado, pág. 124).----------Y en tal sentido la parte demandada al formular la séptima posición reconoció el hecho del relleno del terreno ("SEPTIMA: Para que diga cómo es cierto si tiró 200 m3 de relleno" (ver acta, fs. 76), ya que cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere (art. 415, segundo párrafo, del C.P.C.C.). Así se expresa que constituyendo cada posición la afirmación de un hecho por el ponente, en virtud del principio de adquisición procesal, la misma es susceptible de tener eficacia probatoria contra él. En efecto, la contestación del confesante se provoca "mediante proposiciones afirmativas", proporcionando "no sólo la declaración de ciencia del confesante, sino también la de quien provoca la confesión: *qui ponit fatetur*, ya que la formulación de las posiciones importa la referida afirmación de hechos por parte del ponente y su confesión por éste (Morello, Sosa, y Berizonce, ob. cit., 1992, T. V-B, pág. 54). De tal modo, esa admisión expresa de la parte demandada se incorporó al proceso. Es de su esencia que los materiales de conocimiento aportados por cualquiera de las partes benefician o perjudican a las mismas, indistintamente, o sea, cual fuere su resultado, ya que dejan de pertenecer al oferente y se incorporan al proceso para entrar al servicio de la justicia que en éste se realiza (Eisner, Isidoro, "El principio de adquisición procesal (Su ámbito de vigencia)", La Ley, t. 128, 1032). Cualquier afirmación o prueba aportada por una de las partes son elementos de convicción y se adquieren para el proceso, en virtud del principio de adquisición y comunidad probatoria, con independencia de la parte que los haya arrimado (Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Víctor P. de Zavalía, 1970, T. I, pág. 445, esta Cámara, en su composición de sala única, c. 9.780, S.D.L. 82/92; c. 9.927, S.D.C. 20/92; c. 10.084, S.D.L. 97/92). Relleno del terreno reconocido por la parte demandada y que se compadece con el recibo obrante a fs. 4 del interdicto de recobrar y con la nota de fs. 4 de estas actuaciones.----------A su vez, el relleno del terreno como acto posesorio fue precedido por su limpieza, aspecto este último que también debe ponderarse y así lo señalaron en el interdicto de recobrar los testigos M. (respuesta a la 8ª pregunta, fs. 158), G. (respuesta a la 4ª y a la 6ª pregunta, fs. 159), G. (respuesta a la 5ª pregunta, fs. 161), F. (respuesta a la 5ª y 7ª pregunta, fs. 162) y L. (respuesta a la 5ª y 6ª pregunta, fs. 163). Aclaro que en estas actuaciones la prueba testimonial ofrecida, salvo la referida al testimonio de Flores, no fue proveída por el juzgador (ver fs. 53 vta. de la providencia que luce a fs. 52/53 vta.) ya que la misma

se cumplió en el interdicto de recobrar, y el testigo Flores también manifestó acerca de la limpieza del terreno dispuesta por el actor (respuesta a la 4ª, 5ª y 8ª pregunta, fs. 78). ----------Asimismo, destaco que la prueba debe analizarse en conjunto. Sabido es que la prueba debe apreciarse en conjunto pues en ese sentido se expresa que la unidad y comunidad de la prueba, también denominada "apreciación global" o "prueba compuesta", es indispensable, en principio, en todo proceso, pues conduce a formar parte de un método crítico de conjunto, a la vez, general y propio de cada medio de prueba. Lo contrario, y censurable, es la descomposición por el juzgador de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente. En suma, como se tiene decidido, la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN (art. 384, CPBA), puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, T. 2, pág. 357 y notas de doctrina y jurisprudencia Nros. 11, 12, 13 y 14). La quinta regla de la sana crítica dice: 5) *Examina los medios en su conjunto y coordínalos para obtener una solución única* (Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Abeledo-Perrot 1984, T. III, par. 386.9.22, pág.193). ----------En ese contexto, cabe ponderar la fotografía y la nota presentada por el actor ante el Juez de Faltas de la Municipalidad de Trelew de la que surge la limpieza y el cercamiento del frente del lote lo que fue considerado al imponer con fecha 12 de mayo de 2011 una sanción de multa atenuada, conforme resulta de la Resolución N° 1790/2011(ver fs. 45/46 y fs. 129/130 agregadas con la respuesta de fs. 132 del interdicto de recobrar), y también entonces el pago de los impuestos que resulta de fs. 12/40 del interdicto de recobrar pues se trata de una prueba complementaria.----------Con tales alcances, tengo por acreditado el carácter de poseedor invocado por el ctor.----------

----------En cuanto al despojo, debe valorarse de modo trascendental que la parte demandada al formular la quinta posición reconoció que los demandados ingresaron al inmueble en forma clandestina y violentamente ("5).- PARA QUE JURE COMO ES CIERTO, que los demandados entraron al inmueble en forma clandestina y violentamente", ver pliego, fs. 75) y tal hecho tuvo una respuesta afirmativa por el absolvente. Así lo dispone el art. 415, segundo párrafo, del C.P.C.C., a cuyo respecto se señala que la fórmula normativa traduce una de las manifestaciones del principio de *adquisición procesal*, por cuanto implicando cada posición la afirmación de un hecho por parte del ponente, es susceptible de tener eficacia probatoria contra él aún en el supuesto de que el absolvente se pronuncie en sentido negativo (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, 1972, T. IV,

pág. 522). También en el caso de que se pronuncie el absolvente en sentido positivo cabe precisar que en las posiciones: quien las pone comienza por confesar él lo que es el contenido de la pregunta y el efecto es *bilateral* si el absolvente confiesa al contestarla (Colombo, Carlos J., "Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación", Abeledo-Perrot, 1969, T. III, pág. 485). Destaco también que la misma posición fue formulada por la parte demandada en el interdicto de recobrar (ver pliego, 5ta. posición, fs. 137 del Expte. N° 34-Año 2014).---------Por todo lo expuesto, la ponderación realizada en conjunto de la prueba antes analizada permite concluir que el actor acreditó el despojo sufrido ante la clandestinidad y violencia empleada por los codemandados, sin perjuicio de considerar que frente a la tesis restrictiva en cuanto a que el despojo significa desposesión violenta el art. 2492 del Código Civil alude a otros medios que no sean despojo, por lo que una interpretación amplia a favor de incluir la desposesión en forma clandestina o por abuso de confianza resulta más acorde. En este direccionamiento se expresa que la disposición en comentario hace referencia a "*otros medios que no sean despojo*". Como puede apreciarse, la utilización del plural revela que éste puede ser ocasionado por más de un medio y no sólo por la violencia. Finalmente, la interpretación amplia es la que mejor se compadece con la principal finalidad del instituto, cual es la supresión de las vías de hecho. De no ser así, el poseedor desposeído en forma clandestina o por abuso de confianza únicamente podría ejercer la acción posesoria de restituir, y quedaría sin protección si no reúne los requisitos de anualidad y ausencia de vicios (Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, obra y tomo citado, págs. 562/563).----------Tocante a la prueba de la fecha del despojo cabe considerar que este requisito sólo resulta trascendente cuando el demandado opone la defensa de prescripción y ese no es el caso de autos. Así se precisa que no cuadra hacer cuestión de este requisito, sino en un segundo momento, si el demandado opone la prescripción, supuesto en el cual el actor debe establecer sea la fecha del despojo para acreditar que no ha transcurrido el lapso anual de extinción de la acción, sea la fecha del conocimiento que tuvo del hecho, con igual consecuencia (Llambías-Alterini, obra y tomo citado, pág. 259). A todo evento, el actor manifestó que tomó conocimiento del despojo el 29 de marzo de 2012 (ver demanda, p. IV.2, fs. 11, penúltimo párrafo), y esa fecha es coincidente con las cartas documentos que remitiera el actor a los codemandados y que obran agregadas al interdicto de recobrar (ver cartas documentos de fs. 41 y 42 y respuestas de fs. 43 y 44 del citado interdicto).----------En síntesis, encontrándose reunidos los recaudos exigidos por los arts. 2490, 2491, 2492 y 2494 del Código Civil corresponde hacer lugar a la acción de despojo promovida por L. V. S. y ello conduce a revocar en todas sus partes el fallo en crisis.-----6. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar íntegramente la sentencia venida en apelación para declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 629 del C.P.C.C. en cuanto dispone que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real, y asimismo para hacer lugar a la

acción posesoria de despojo promovida por L. R. V. S. contra R. G. D. F. y R. G. C., condenando a estos últimos a que en el plazo de cinco días de consentida la presente restituyan al actor la posesión del inmueble baldío ubicado sobre la calle M. s/n, identificado según título como lote 4, de la Manzana M de la Chacra 135 de la Colonia Chubut, Circunscripción 1, Sector 9, Manzana 34, Parcela 5, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble como Finca 34.390, Tomo 337, Folio 96, Padrón Inmobiliario 010173-000 de la ciudad de Trelew.-------La revocatoria que se propicia conduce a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C. en materia de costas y honorarios.----------Las costas de ambas instancias se imponen a los codemandados vencidos conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.). ----------Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito y eficacia de las labores profesionales cumplidas en primera instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. R. O. F., en carácter de letrado patrocinante del actor, y del Dr. J. M. A., en calidad de letrado patrocinante de los codemandados y letrado apoderado a partir de fs. 66, en las sumas porcentuales equivalentes al 14% y 12%, respectivamente, del monto del proceso a determinarse conforme lo establecen los arts. 22 y 23 de la ley del arancel, por remisión de su art. 31, con la salvedad de aplicar el mínimo previsto por ese ordenamiento en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo (arts. 5, 6, 7, primer párrafo, 8, 22, 23, 31, 40 y 46 de la Ley XIII N° 4), en todos los casos con más el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------Finalmente, con las pautas apreciativas ya indicadas, y lo previsto por los arts. 7, penúltimo párrafo, y 13 de la ley del arancel, entiendo prudente regular los honorarios de los Dres. R. O. F. y J. M. A., letrados patrocinante y apoderado de las partes actora y demandada, en la suma equivalente al 4,9% y 3%, respectivamente, del ya aludido monto del proceso a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con la salvedad de aplicar el mínimo de la ley del arancel en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo, y con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------Cierro mi intervención y a la segunda cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------**A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ----------Dada la claridad de la reseña que efectuara el colega preopinante de la sentencia de origen de fs. 107/111, de los agravios que contra la misma expusiera la actora a fs. 127/130 vta., así como de la contestación de los mismos por la demandada a fs. 132/133 vta., me remito a la misma a fin de evitar reiteraciones estériles y en homenaje a la brevedad.----------I.- Analizaré los agravios de la apelante en el mismo orden expuesto por el Dr. Vergara a fin de un mejor seguimiento de la lectura de este pronunciamiento.----------1) La actora comienza por señalar que ha sido un yerro determinante de la sentencia haber aplicado el nuevo Código Civil y Comercial, sin advertir que el despojo se produjo en 2012, que no hay hechos *in fieri*, y todas sus consecuencias son derivaciones del único gen que las origina (ver fs. 127 vta., pto. III,

3er. párrafo). Es así que se impone en primer lugar determinar la normativa aplicable. ----------El Código Civil y Comercial -ley 26994-, entró en vigencia a partir del pasado 1° de agosto de 2015 (conf. ley 27077). El art. 7 del citado código establece: *"**Eficacia temporal**. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".*----------Se ha sostenido que esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver el caso, y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas. Para entender adecuadamente el tema ha de decirse que: la ley entra en vigencia a partir de la fecha que establecen (art. 5); esa ley describe un supuesto de hecho y quedan subsumidos en ella todas las relaciones jurídicas futuras; las que están en curso pueden verse afectadas y entonces hay que establecer reglas de aplicación; la regla general es la aplicación inmediata a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes, la excepción es que las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo; la segunda regla general es que la ley no puede tener efectos retroactivos, la excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. La ley fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5) y deroga la ley anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior. La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzados por este efecto inmediato. Por ejemplo, si se contrajo matrimonio, o se constituyó un derecho real, o se cumplió un contrato, ello queda regulado por la ley anterior. Si la ley pretende incluirlas, hay que aplicar la regla de la irretroactividad. Las que están en el proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley. Por ejemplo, si se está constituyendo un derecho real o celebrando un contrato o una sociedad o un matrimonio, pero todavía no se concluyó. Las consecuencias son todos los efectos de hecho, o de derecho que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente (conf. Lorenzetti, R. L., en Lorenzetti (Director): "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T° I, págs. 45/47). ----------La cuestión referida a la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de las relaciones o situaciones

jurídicas existentes, plantea diversos interrogantes y no menos posturas, según sean los casos a considerar. Al respecto, y dado que el art. 7 del CCyC es, en lo sustancial, copia del art. 3 del C. Civil, se ha expuesto que las discrepancias a las cuales este último artículo dio lugar han sido resueltas por la jurisprudencia sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto y, mucho menos, teniendo en consideración el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL del 22/04/2015, cita online: AR/DOC/1330/2015). Lo expuesto por la jurista mendocina fue en relación al Acuerdo Plenario de este Cuerpo N° 194 del 15/04/15, cuya parte dispositiva en su art. 1 establece: *"Disponer que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó".* Vale aclarar que en los considerandos de dicho acuerdo, se argumentó que *"…a los efectos meramente orientadores, esclareciendo algunos criterios que habrán de aplicarse para brindar previsibilidad y certeza a los operadores jurídicos, tanto integrantes del Poder Judicial, como abogados del foro y justiciables, esta Cámara señala que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un "consumo jurídico", que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento".* Mas seguidamente se aclaró *"Ello así con excepción de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella".* ----------Como se puede apreciar, la disposición contenida en el acuerdo plenario citado tiene una mera finalidad orientadora, sentando una regla general, pero ello no obsta a que se prevean excepciones que puedan presentarse en los casos particulares, de allí que, más allá de la crítica que se deriva de la cita doctrinaria efectuada, no encuentro que este Cuerpo considerara que estas cuestiones puedan resolverse en abstracto, sino que, de acuerdo a la regla general sentada, habrá que ponderar su aplicación al examinar cada caso concreto. No escapa al suscripto que Kemelmajer cuestiona concretamente algunos considerandos del acuerdo, entre ellos, los referidos a que la revisión de las sentencias de grado dictadas durante la vigencia de los códigos anteriores constituiría un atentado contra los derechos individuales amparados por las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal; y a que la consolidación jurídica de la causa se produce al momento de dictarse la sentencia de grado. Así, siempre en el artículo mentado, destaca la jurista mendocina, que el alegado derecho de defensa juega poco y nada, atento a que las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes, de allí que entienda que a

través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (iura novit curia). Añade a ello que el hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable, y expone a continuación diversos casos concretos, con diversa solución según el supuesto de hecho.----------Como no pretendo extenderme al respecto más allá de lo estrictamente necesario para precisar la aplicación o no del CCyC al caso en estudio, sólo referiré que en cuanto a la naturaleza de las normas de derecho transitorio, en opinión contraria a la de la Dra. Kemelmajer, el Dr. Julio César Rivera entiende que las mismas son sólo una herramienta que da el legislador a las partes y al juez para saber cuál sería la respuesta a la cuestión de fondo. De allí que sostiene que la norma de derecho transitorio es insuficiente porque no trata el caso de las relaciones jurídicas sometidas a proceso al tiempo de entrada en vigencia de la nueva ley, lo que bien pudo haber hecho la nueva ley. Es así que focaliza el problema en que lo que cabe decidir es si se aplica o no un nuevo derecho de fondo a una relación jurídica sometida a juicio, teniendo a la mano una herramienta insuficiente por omisión. Y en cuanto al compromiso o no de derechos y garantías constitucionales en esta materia señala que aun cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídica procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que debe tenerse en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y cómo se aplica (conf. Rivera, Julio César: “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, en LL del 04/05/2015, cita online: AR/DOC/1424/2015). ----------En un trabajo posterior, Rivera sostiene concretamente que los hechos ilícitos se rigen por la ley que estaba en vigor al tiempo en que el hecho ilícito se produjo, pues ese es el momento en que se establece la relación jurídica entre los agentes del hecho. Y vuelve sobre la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite explicitando que esta aplicación no es el mero ejercicio del principio “iura novit curia”, ya que este principio opera cuando las partes han conocido y podido invocar el derecho y no lo han hecho, o lo han hecho mal o calificado erróneamente la acción. Aquí se trata de un derecho que las partes no conocieron ni pudieron conocer porque no existía cuando se trabó la litis. Las partes han invocado, alegado y probado sobre hechos y derecho; y de acuerdo a ello han pedido cierto efecto. La sentencia no puede pronunciarse sino sobre esa petición, pues de otro modo se afectaría el principio de congruencia que integra la garantía de defensa en juicio según la jurisprudencia de la misma Corte Suprema (conf. CSN, in re: “Becerra, Juan José c/ Calvi s/ cumplimiento de contrato”, del 07/07/15). En dicho antecedente el más alto tribunal federal sostuvo que en reiteradas oportunidades ha resuelto que la jurisdicción

de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Const. Nacional. Y que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos.

Finalmente el autor citado refiere que excepcionalmente podría sostenerse la aplicación de la ley nueva cuando la sentencia a dictarse no sea declarativa de derecho sino constitutiva. En tal caso parece que el derecho debería consolidarse, constituirse conforme al derecho vigente a la fecha de la sentencia final (conf. Rivera, Julio César: “El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes”, publicado en elDial.com - DC 1F98, el 07/08/2015).----------

---En materia de derechos reales, la regla es que la constitución y los efectos ya producidos de las situaciones nacidas bajo el C. Civil no pueden ser afectadas por nuevas disposiciones; en cambio, el C. Civil y Comercial rige las consecuencias o efectos de esas situaciones aun no producidas y la extinción no operada (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pág. 159). En la especie, la actora indica que el despojo que denuncia tuvo lugar el 29/03/12 (ver fs. 10, pto. III, 3er. párrafo), por lo que los efectos del mismo comenzaron a producirse en ese momento. Es así que coincido con el colega preopinante en cuanto a que el litigio en cuestión debe ser decidido de acuerdo a la normativa del C. Civil. Es de apreciar que ya, durante la vigencia del código de Vélez Sarsfield, el aquí actor promovió un interdicto de recobrar -el 25/03/14 (ver fs. 56 del Expte. N°: 34, Año: 2014, que tengo a la vista)-. Esta acción posesoria está motivada en los mismos hechos, en el mismo despojo (ver fs. 10/12, pto. IV de esta causa; y fs. 56/57, ptos. II y III del interdicto referido). Es así que sería inconsistente que los mismos hechos sean analizados a la luz de la nueva normativa, por el mero hecho de que la presente acción fue incoada luego del 01/08/15, más aun cuando en el pleito antecedente se rechazó la demanda por aplicación del plazo de caducidad del art. 627 del CPCC (ver sentencia de primera instancia a fs. 207/209; y de alzada a fs. 226/233 vta. del interdicto), esto es, cuando no existió decisión sobre el fondo del asunto. ----------

----------En síntesis de lo anterior es que comparto que el presente litigio debe examinarse a la luz de las normas del C. Civil.----------

----------2) La apelante cuestiona en el primer agravio que la jueza de grado hubiera conferido al decisorio recaído en el interdicto los efectos de la cosa juzgada material por aplicación del art. 2241 del C. Civil y Comercial (ver fs. 127 vta./129 vta.). Decidido que no es de aplicación el nuevo código cabe considerar lo dispuesto por el art. 2493 del C. Civil. El mismo establece *“La acción de despojo dura sólo un año desde el día del despojo hecho al poseedor, o desde el día que pudo saber el despojo hecho al que poseía por él”.* Se ha entendido que dado que

el art. 2494 del mismo texto legal exige que el actor pruebe el tiempo en que se cometió el despojo y el art. 2493 dispone que la acción de despojo dura sólo un año desde el despojo, se genera el siguiente interrogante: frente a lo dispuesto en el art. 4038, que regula la prescripción de las acciones posesorias, al referirse expresamente el art. 2493 a la duración de la acción de despojo (un año) y exigir el art. 2494 la prueba por parte del actor del "tiempo en que el demandado lo cometió" (al despojo), ¿estaría la ley apartándose del principio común de prescripción de las acciones posesorias, para consagrar, respecto de la policial de despojo un plazo de caducidad y no de prescripción?, con todas las secuelas inherentes: aplicación de oficio, imposibilidad del juego de las causales de suspensión e interrupción admitidas para la prescripción, etc. (conf. Mariani de Vidal, Marina y Heredia, Pablo D., en Bueres-Highton: "Código Civil…", Ed. Hammurabi, 2004, T° 5 A, págs. 382/383, y nota n° 2 de pág. 383).----------

----------Una de las reglas comunes a todas las acciones posesorias es que prescriben en el término de un año (art. 4038), incluso la acción policial de despojo, pese a la confusa redacción del art. 2493, que ha llevado a cierto sector de la doctrina a ver un supuesto de caducidad (Molinario, Alsina Atienza, J.H. Alterini, Highton). Por su parte la doctrina clásica sostiene que el artículo 2493 regula la prescripción de la acción de despojo (Segovia, Allende, Dassen, Marani de Vidal, Llambías, Papaño-Kiper-Dillon-Causse), contrariamente a lo que acontece en materia de interdictos, los que caducan al año de producidos los hechos en que se fundaren (arts. 621 del CPCCN). Adoptar un criterio u otro tiene importantes consecuencias, pues tratándose de un plazo de prescripción es pasible de interrupción o suspensión, lo cual no ocurre si se trata de caducidad. Por otra parte, la caducidad es aplicable de oficio por el juez, en tanto que la prescripción debe ser opuesta por el interesado (conf. Picado, Leandro S., en Kiper, Claudio (Director): "Código Civil Comentado", Rubinzal-Culzoni, 2004, "Derechos Reales", T° I, págs. 543/544).----------

----------Se ha sostenido que la unificación de los arts. 2493 y 4038, provocada por la ley de fe de erratas 1196 de 1882, constituye un argumento en favor de la prescripción. Finalmente, la idea de caducidad no se compatibiliza con los términos del artículo en comentario, dado que el comienzo del curso de un año se cuenta desde *que pudo saber el despojo hecho al que poseía por él,* y como enseña Llambías, para la caducidad "es tan esencial el ejercicio del derecho en un tiempo preciso, que no se concibe que el término pueda prolongarse en obsequio a circunstancias particulares de alguien, tales como la imposibilidad de hecho para actuar, incapacidad no suplida por la representación adecuada, etc." (conf. Kiper, Claudio M., en Zannoni (Director)- Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora): "Código Civil…", Ed. Astrea, 2005, T° 10, pág. 565).----------

----------De acuerdo a la reseña de doctrina comentada habré de inclinarme por considerar que el plazo establecido en el art. 2493 del C. Civil es de prescripción. Es que amén de las razones expuestas, la interpretación del artículo en cuestión como

prescripción resulta más favorable al mantenimiento de la acción, al principio *pro actione,* en definitiva al derecho de acceso a la justicia, en tanto la prescripción no puede ser declarada de oficio. Es que debe recordarse que en la base de la seguridad jurídica hallamos el derecho a la jurisdicción, que la jurisprudencia de la Corte Suprema lo tiene conceptuado como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. El titular de ese derecho, al que latamente se da el nombre de "justiciable", es tanto el hombre como las personas jurídicas y asociaciones, y también a veces en sentido amplio el propio estado (este último en cuanto, no pudiendo hacerse justicia por sí mismo, debe llevar sus litigios al órgano judicial). El sujeto pasivo es el estado a través del órgano judicial encargado de administrar justicia (conf. Bidart Campos, Germán José: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, T° I, pág. 624).----------En síntesis, por las razones esgrimidas he de considerar al plazo previsto en el art. 2493 del C. Civil como de prescripción. ----------3) Sentado lo anterior, es de considerar que los demandados no opusieron la excepción de prescripción (ver fs. 30/32 vta.), de allí que procede decidir respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 629 del CPCC que interpusiera el actor en la demanda (ver fs. 09/10, 1er. párrafo). Es de aclarar que la jueza de grado hizo referencia a la eventual inconstitucionalidad de la norma mentada en una cita de doctrina (ver sentencia a fs. 109, último párrafo/vta., 1er. párrafo), mas, amén de que no existió decisión al respecto en la parte resolutiva (ver sentencia a fs. 110 vta./111), la misma señaló que la cuestión se encuentra ahora zanjada por el art. 2241 del C. Civil y Comercial que unifica en una misma norma todos los ataques a la posesión, desapareciendo la dualidad de acciones posesorias (ver sentencia a fs. 109 vta./110). -----El art. 629 del CPCC, en su segundo párrafo establece: *"Deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real".* En la especie la decisión respecto del planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuestión es de absoluta efectividad, en tanto el actor, como se mencionara más arriba, promovió con anterioridad el respectivo interdicto de recobrar que fuera rechazado en virtud de haber operado el plazo de caducidad anual, y dicho decisorio adquirió firmeza en razón de la deserción del recurso correspondiente (ver fs. 207/209 y 226/233 vta. de la causa 34/2014 que tengo a la vista). Al promover con posterioridad la presente acción posesoria, en el caso de considerarse constitucional la norma del art. 629 del CPCC, la misma debería ser desestimada ante la improponibilidad de la misma. ----------Puesto entonces a examinar el planteo de inconstitucionalidad deducido por el accionante, se ha entendido que sin perjuicio de considerar saludable la tendencia de unificar la instancia posesoria en una futura reforma de la legislación de fondo y de forma, la última parte del art. 623 del CPCCN -629 del CPCCChubut- es inconstitucional al seccionar tutelas que brinda el C. Civil, desbordando la esfera de atribución de facultades entre la Nación y las jurisdicciones locales". Es que de acuerdo al Código Civil (ley nacional) es posible promover la acción policial, luego el

vencido puede intentar la acción posesoria, y todavía las partes tienen a su disposición la acción real. En cambio según el Código Procesal (ley local), después de promovido un interdicto sólo cabría la posibilidad de deducir la acción real. Evidentemente, el Código Procesal ha eliminado defensas previstas por la ley de fondo, lo que excede su cometido y justifica que toda la doctrina cuestione su constitucionalidad (conf. Iturbide, Gabriela A., en Highton-Areán: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, 2009, T° 12, pág. 134).----------

----De lo expuesto resulta claro que una norma de inferior jerarquía, ley local o provincial como el código procesal (conf. art. 121 de la Const. Nacional), invade materias reguladas por el código civil que es ley nacional (conf. art. 75, inc. 12 de la Const. Nacional), por lo que el artículo en cuestión deviene inconstitucional dada la mayor jerarquía de la ley nacional (conf. art. 31 de la Const. Nacional). Amén de lo indicado es de agregar que la norma en cuestión cercena una opción judicial que reconoce la legislación de fondo y de tal manera restringe, de manera irrazonable (conf. art. 28 de la Const. Nacional y art. 9, 1er. párrafo de la Const. Provincial) el derecho de acceso a la justicia (conf. arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 18, inc. 9 de la Const. Provincial). En ese sentido se ha considerado que tanto en el ámbito regional como universal, el derecho internacional de los derechos humanos ha gestado diversos estándares relativos a las garantías tendientes a la protección de los derechos fundamentales, en particular el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos, efectivos, e incluso económicos, para reclamar por su vulneración. Las obligaciones asumidas por los Estados abarcan diversos espectros, desde la negativa, de no impedir u obstaculizar el acceso a tales garantías, hasta la fundamentalmente positiva, de organizar y desarrollar con eficiencia el aparato institucional público que permita que los justiciables puedan acceder a los mismos. Dentro de este marco, "los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia" (conf. cita de la CIDH: "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los Estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", en Sagüés, María S., en Manili, Pablo L. (Director): "Tratado de Derecho Procesal Constitucional", Ed. La Ley, 2010, T° I, págs. 125/126).----------A la luz de lo razonado procede declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 629 del CPCC. ----------

----------4) Despejada la posibilidad del planteo de esta acción posesoria, es de tener en cuenta que la acción de despojo, regulada en los arts. 2490, 2491 y sigs. del C. Civil, debe ser interpretada ampliamente, ya que dicha interpretación es la que mejor se compadece con la principal finalidad del instituto (supresión de las vías de hecho), puesto que con otra inteligencia, el poseedor desposeído en forma clandestina o por abuso de confianza, únicamente podría ejercer la acción posesoria propiamente dicha de recobrar, y ello si reuniera las calidades de

anualidad y ausencia de vicios, quedando desprotegido en caso contrario, conclusión que no parece guardar armonía con lo dispuesto en los arts. 2468 y 2469, parte 1era.. Se ha dicho también que el ataque se configura cuando, por actos materiales sobre la cosa, se excluye absolutamente de ella (en todo o en parte) al poseedor (o tenedor); por consiguiente, es claro que la acción de despojo no procede cuando no exista despojo en sentido técnico, como sería el caso de que mediare violencia en el contrato o en el acto de tradición (conf. Mariani de Vidal y Heredia, op.cit., ídem, pág. 380).----------En cuanto a la legitimación activa compete a los poseedores de cualquier clase, aun los viciosos. A los efectos de las acciones posesorias no interesa la legitimidad de la posesión, porque, como dice el art. 2472 será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandado o demandante; y tampoco es necesaria la buena fe (art. 2473). Compete también a los tenedores interesados, quedando excluidos, por consiguiente, los tenedores desinteresados y los denominados “servidores de la posesión” (vinculados a la cosa a raíz de una relación de dependencia), así como quienes tengan la cosa en virtud de una relación de dependencia u hospitalización. A su vez, en cuanto a la legitimación, la acción resulta procedente contra el despojante y sus sucesores universales. También contra los cómplices del despojo, que serían los copartícipes o coautores del despojo, que no coinciden con los sucesores (tanto universales como singulares), que son mencionados aparte en forma expresa en el art. 2490, y a los que en forma expresa se refiere el art. 2491 (conf. Mariani de Vidal y Heredia, op. cit., ídem, págs. 380/381).----------A la luz de lo expuesto, deviene estéril lo invocado por los codemandados en cuanto a su derecho a poseer, en tanto se señala que D. F. adquirió el inmueble por boleto de compraventa y que éste cedió a C. el mismo en comodato. Ello amén de la negación de autenticidad por parte del actor de la documental indicada por los codemandados (ver fs. 37/39). Por lo demás, coincido con el Dr. Vergara, en cuanto a que los accionados no aluden al ejercicio de actos posesorios en su contestación de demanda (ver fs. 31/32, pto. V). Al respecto es de recordar que de acuerdo a lo establecido en el art. 368 del CPCC, sólo interesan al juez los hechos afirmados por las partes como existentes o inexistentes, es decir, introducidos en la causa. La pertinencia hace a la congruencia lógica que debe de existir entre el relato fáctico de las partes y el objeto de la prueba, estrechamente vinculado al principio escriturista y preclusivo. Admitir prueba respecto de hechos no afirmados, es decir impertinentes, significaría no sólo violentar el “buen orden” que debe seguir el procedimiento (conf. art. 35 del rito), sino también permitir nuevas alegaciones en perjuicio del principio de defensa en que se desarrolla el debate judicial (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 2, págs. 279/280). ----------De acuerdo a lo argumentado “ut supra” no corresponde atender las declaraciones testimoniales de fs. 143/vta., 146, 149, 153 y 156 de la causa de interdicto. Es que tales testimonios se enderezan a demostrar la ocupación y ejercicio de actos posesorios de los demandados.----------

----------Dicho lo precedente, es de tener en cuenta que el actor invoca, como actos posesorios, la limpieza de matorrales y arbustos, el rellenado en las zonas más bajas e inundables, el periódico retiro de chatarra y escombros (ver fs. 10 vta., pto. IV, 1, 3er. párrafo); así como el pago de tributos (ver fs. 12, pto. IV, 3, 1er. párrafo). Sobre esto último debe recordarse que el pago de impuestos por sí solo no constituye un acto posesorio, por lo que si no está avalado por otras pruebas, carece de entidad suficiente para demostrar la posesión. Así, a los efectos de la usucapión, luego de la reforma introducida por el dec.-ley 5756/58, la acreditación del pago de impuestos dejó de ser un requisito fundamental para la procedencia de la acción, puesto que en la actualidad dicho pago *"será especialmente considerado"* (art. 24, inc. c de la ley 14159), o sea que como elemento probatorio sigue teniendo gran importancia, pero no es decisivo para el éxito de la acción (conf. Cám. 1era. Civ. y Com. Mercedes, 18/4/68, LL, 131-407). A ello debe recordarse que el pago de impuestos no constituye un acto posesorio, de modo que nada prueba con relación al *corpus.* El hecho de que el usucapiente acredite haber abonado los impuestos durante el lapso de posesión, si no está avalado por otras pruebas, carece de entidad suficiente para tener por demostrada dicha posesión, pues un simple tenedor puede pagar los impuestos y ello por sí sólo no lo convierte en poseedor (conf. Bueres-Highton,: "Código Civil Comentado", Ed. Hammurabi, 2001, Tº 6-B, págs. 754/755) (ver mi voto en CA Trelew, Sala "B", SDC Nº04/10, del 03/02/10). En consecuencia, deviene intrascendente la referencia que efectúa la quejosa con relación a dicha acreditación (ver fs. 169 vta., 1er. párrafo).----------Debe tenerse presente que se han calificado como actos posesorios: el cerramiento del terreno, la construcción de un alambrado de cerramiento, el empadronamiento del inmueble, la presentación al fisco de las planillas de revalúo declarando realizar el acto a título de propietario, la construcción de un galpón para herramientas y el cultivo de frutales y verduras, la plantación de árboles y la apertura de una puerta dando entrada al domicilio sito en el inmueble vecino, hacer construcciones aunque no cuenten con aprobación municipal, realizar mejoras aun precarias, dar en alquiler una vivienda construida en el predio usucapido, sembrar, plantar, cercar, alambrar y construir, persistiendo en esa conducta durante un lapso prolongado de tiempo (conf. BueresHighton, op. cit., ídem, págs. 751/752). En cambio la mera ocupación no es suficiente como acto posesorio. En ese sentido se ha sostenido que el no domiciliarse en el inmueble usucapido no es obstáculo para la prescripción, pero, inversamente, el domiciliarse en el mismo no basta por sí solo para tener por demostrado el ejercicio de la posesión (conf. Bueres-Highton, op. cit., idem, pág. 753) (conf. mi voto en CA Trelew, Sala "B", SDC Nº 04/10, del 03/02/10). ----------En cuanto a la enumeración del art. 2384 del C. Civil se ha entendido que es de carácter meramente enunciativo. La jurisprudencia se ha encargado de determinar copiosamente qué actos se consideran comprendidos en la previsión de dicha norma. Así se ha considerado que importan verdaderos actos posesorios la

mensura y el deslinde judicial, el alambrado del predio, el pago de impuestos pero siempre que no aparezca aislado y que los pagos se hayan efectuado en oportunidad debida -con cierta periodicidad-, la tenencia de animales y pastores, la construcción o reparaciones, entre otros (conf. Mariani de Vidal y Heredia, op. cit., ídem, págs. 215/218).----------Bajo los parámetros indicados, el rellenado del terreno que denuncia el actor, procede que sea considerado como acto posesorio. Y es de reparar que tal hecho fue admitido por los demandados, en tanto en la posición séptima de fs. 76 preguntaron al actor como si es cierto que tiró 200 m3 de relleno, a lo que se contestó afirmativamente. Cabe recordar que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 415, 2do. párrafo del ritual, es importante tener en cuenta que el ponente comienza por confesar el hecho contenido en la posición. Es que en las posiciones quien la pone comienza por confesar él el hecho, al fijar el contenido de la posición, y el efecto es bilateral si el absolvente confiesa al contestarla (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, págs. 393 y 408). ----------Es que por virtud del denominado principio de adquisición, los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso se logran para éste, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de la afirmación y de la prueba. Los actos son para el proceso y benefician o perjudican indistintamente a las partes, inclusive a aquélla que los solicitó u ofreció (conf. MorelloSosa-Berizonce: “Códigos Procesales…”, Librería Editora Platense S.R.L. – AbeledoPerrot, 1982, T° I, págs. 619/620). De allí que la admisión de los demandados mediante la posición referida fue incorporada al proceso. ----------Es de destacar que se ha considerado que la confesión del ponente no es un principio absoluto, sino que la prueba que de él resulte ha de examinarse según los dictados de la sana crítica (conf. CN. Civ., Sala C, 23/6/76, ED, 72-424). Sin embargo, aun cuando no se considere a este principio de manera absoluta, cabe precisar que el relleno admitido resulta corroborado con el recibo de fs. 04 del interdicto, en el cual se alude también a la limpieza del terreno. Y sobre esto último, y otros actos posesorios, han declarado positivamente en el expediente sobre interdicto los testigos cuyos testimonios obran a fs. 158 (respuesta octava), fs. 159 (respuestas cuarta y sexta), fs. 161 (respuesta quinta), fs. 162 (respuestas quinta y séptima), y fs. 163 (respuestas quinta y sexta). Asimismo en esta causa obra la declaración de fs. 78 que aduna los testimonios referidos (ver respuestas cuarta, quinta y octava). ----------Es de recordar que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN (art. 390 del CPCCChubut), puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (conf. SCBA, 9/11/79, DJBA, 109-329). En apoyo de la doctrina expuesta, la

Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280).----------De acuerdo a las pautas antedichas, los actos posesorios del actor se encuentran acreditados con la confesión de los demandados ponentes (conf. art. 415, 2do. párrafo del CPCC), y los testimonios referidos. A ello debe añadirse lo que surge de las fotografías y nota de fs. 45 y 129 de la causa de interdicto, se correlaciona con la resolución del Juez de Faltas (ver fs. 46 y 130 de la misa causa). Cabe aludir finalmente al pago de impuestos que se desprende de las constancias de fs. 12/40 del expediente de interdicto, lo que si bien por sí solo no importa un acto posesorio, su consideración global con los demás actos considerados, permite adunar la referida prueba. En consecuencia de lo anterior, se tiene por acreditada la condición de poseedor del actor.----En cuanto a la legitimación pasiva de los codemandados, como se dijo más arriba, desde una postura amplia, basta con que se demuestre el despojo, no sólo mediante violencia, sino también por medios clandestinos o abuso de confianza, esto es, ocultando los actos o engañando al poseedor. Y nuevamente aquí encontramos que existe admisión de ello a través de las posiciones formuladas por los codemandados, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 415, 2do. párrafo del rito. Es que en el pliego de fs. 75 la última posición hace referencia a que entraron al inmueble en forma clandestina y violentamente (ver quinta posición). Es así que se tiene por probada la legitimación pasiva al haberse admitido el despojo denunciado por el actor. Resta aclarar que la prueba de la fecha del despojo resulta trascendente en el caso de que se deduzca la prescripción (conf. art. 2493 del C. Civil), lo cual no ha acontecido en la especie.----------En resumen de todo lo argüido es que corresponderá revocar la sentencia impugnada, para hacer lugar a la acción posesoria interpuesta.----------II.- En suma, de todo lo expuesto y razonado corresponde revocar la sentencia apelada, declarar la inconstitucionalidad del art. 629, 2do. párrafo del CPCC, y en consecuencia hacer lugar a la acción posesoria de despojo promovida L. R. V. S. contra R. G. D. F. y R. G. C., condenando a éstos a que, en el plazo de cinco días de consentida la presente, restituyan a aquél la posesión del inmueble ubicado sobre la calle M. s/n, identificado como lote 4 de la manzana M de la chacra 135 de la Colonia Chubut, Circunscripción 1, Sector 9, Manzana 34, Parcela 5, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble como Finca 34.390, Tomo 337, Folio 96, Padrón Inmobiliario 010173-000 de Trelew.----------Dada la revocación del decisorio, corresponde readecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios (conf. art. 282 del CPCC). Las costas se imponen a los codemandados vencidos (conf. art. 69 del rito). Asimismo, atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, se establecen los honorarios de grado, al letrado patrocinante del actor, Dr. R. O. F. en un 14%; y los del letrado patrocinante y

apoderado -desde fs. 66- de los codemandados, Dr. J. M. A., en un 12%; en ambos casos sobre el monto del proceso a determinarse de acuerdo lo establecido en el art. 22 del arancel, según la remisión del art. 31 de la misma ley arancelaria, sin perjuicio de los mínimos en ella fijados, y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 7, 1er. párrafo, 8, 22, 31, 40 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).----------

----------Las costas de esta instancia se imponen a los codemandados perdidosos (conf. art. 69 del CPCC). Asimismo, y teniendo en cuenta las mismas pautas consideradas para la regulación de la instancia de grado, se regulan los emolumentos, por los trabajos ante esta sede, al Dr. R. O. F., en un 4,9%; y al Dr. J. M. A., en un 3%; en ambos casos sobre el mismo monto de proceso referido para los honorarios de grado y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 13 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).-------A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA

NEGATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

--Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) revocar íntegramente la sentencia venida en apelación para declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 629 del C.P.C.C. en cuanto dispone que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real, y asimismo para hacer lugar a la acción posesoria de despojo promovida por L. R. V. S. contra R. G. D. F. y R. G. C., condenando a estos últimos a que en el plazo de cinco días de consentida la presente restituyan al actor la posesión del inmueble baldío ubicado sobre la calle M. s/n, identificado según título como lote 4, de la Manzana M de la Chacra 135 de la Colonia Chubut, Circunscripción 1, Sector 9, Manzana 34, Parcela 5, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble como Finca 34.390, Tomo 337, Folio 96, Padrón Inmobiliario 010173-000 de la ciudad de Trelew; b) imponer las costas de ambas instancias a los codemandados vencidos; c) fijar, por adecuación al presente decisorio, por las tareas de primera instancia, los honorarios correspondientes a los Dres. R. O. F. y J. M. A., en las sumas porcentuales equivalentes al 14% y 12%, respectivamente, del monto del proceso a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia conforme lo previsto por los arts. 22, 23 y 31 de la ley del arancel, con la salvedad de aplicar el mínimo del citado ordenamiento en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo; d) regular los honorarios de los Dres. R. O. F. y J. M. A., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,9% y 3%, respectivamente, del ya aludido monto del juicio, con la salvedad de aplicar el mínimo de la ley del arancel en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo; y e) declarar que los honorarios antes regulados deberán incrementarse con el I.V.A. que pudiere corresponder. Así lo voto. ----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

--El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel

expresión del acuerdo alcanzado.----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

---Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

---REVOCAR íntegramente la sentencia venida en apelación para declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 629 del C.P.C.C. en cuanto dispone que deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real, y asimismo para hacer lugar a la acción posesoria de despojo promovida por L. R. V. S. contra R. G. D. F. y R. G. C., condenando a estos últimos a que en el plazo de cinco días de consentida la presente restituyan al actor la posesión del inmueble baldío ubicado sobre la calle M. s/n, identificado según título como lote 4, de la Manzana M de la Chacra 135 de la Colonia Chubut, Circunscripción 1, Sector 9, Manzana 34, Parcela 5, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble como Finca 34.390, Tomo 337, Folio 96, Padrón Inmobiliario 010173-000 de la ciudad de Trelew. ----------

----------IMPONER las costas de ambas instancias a los codemandados vencidos.----------FIJAR, por adecuación al presente decisorio, por las tareas de primera instancia, los honorarios correspondientes a los Dres. R. O. F. y J. M. A., en las sumas porcentuales equivalentes al 14% y 12%, respectivamente, del monto del proceso a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia conforme lo previsto por los arts. 22, 23 y 31 de la ley del arancel, con la salvedad de aplicar el mínimo del citado ordenamiento en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo.----------

------REGULAR los honorarios de los Dres. R. O. F. y J. M. A., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,9% y 3%, respectivamente, del ya aludido monto del juicio, con la salvedad de aplicar el mínimo de la ley del arancel en caso de que tales porcentajes sean inferiores al mismo. ----------

----DECLARAR que los honorarios antes regulados deberán incrementarse con el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

ALDO L. DE CUNTO
PRESIDENTE

AGUILERA
CÁMARA

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2018 - SDC - CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA