**Registro N° 69 /2019**

**Fojas** 435/442

En la ciudad de Pergamino, el 13 de junio de 2019, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° 3431-18 caratulada **"BATALLA SUSANA DEL LUJAN Y OTROS C/ CASTAÑARES MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ ACCION DE DESPOJO"**, Expte. 79.606 del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Graciela Scaraffia y Roberto Degleue y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

**C U E S T I O N E S**:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo:

El Sr. Juez de la anterior instancia a fs. 482/487, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por el demandado. Rechazó la demanda incoada por la parte actora por los fundamentos brindados en el considerando. Con costas a cargo de la misma que resulta vencida.- Y difirió la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando se determine la base regulatoria pertinente.

Tal decisorio fue objeto del recurso de apelación por la actora a fs. 488, el que fue concedido a fs. 489 libremente y con efecto suspensivo. A fs. 490/498/vta. es agregado la expresión agravios de la actora. A fs. 506 se ordenó el traslados a la parte demandada, el que fue efectivizado a fs. 507/512. A fs. 513 se llama autos para dictar sentencia, providencia que, firme a la fecha deja la causa en condiciones de ser fallada.-

A partir de una lectura detenida del recurso deducido, es posible sintetizar los agravios constitutivos de la apelación en los siguientes puntos: 1) que el Juez de grado ha desconocido que el uso de la propiedad objeto de autos por parte de la demandada no ha trasuntado una situación posesoria, sino una serie de actos de mera tolerancia entre vecinos, 2) que el Juez de grado no ha valorado la prueba documental e instrumental y ha tergiversado las testimoniales aportadas.

Entrando a resolver el recurso incoado, he de anticipar que el mismo no puede prosperar.

Previo a analizar cada una de las críticas en particular, considero metodológicamente conveniente efectuar un encuadramiento jurídico de la materia debatida en autos.

Desde esta óptica no es ocioso referir que, en su meta de simplificar la regulación de las acciones posesorias, el Código Civil y Comercial concede solamente una acción frente al desapoderamiento (art. 2241), que puede ser ejercida por todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, contra el despojante, aunque sea el dueño, sus herederos y sucesores particulares de mala fe (cf. HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IV. Publicado en el sitio oficial http://www.saij.gob.ar del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Presidencia de la Nación).

El interdicto de recobrar es la pretensión procesal -mediante la cual se incardina actualmente la referida acción sustancial de despojo, en cuya virtud el poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble del cual ha sido total o parcialmente despojado requiere judicialmente que se le restituya la posesión o la tenencia perdidas (cf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 2ª ed. act. por Carlos E. Camps, Bs. As., 2011, T. VII, pág. 22).

Los recaudos de procedencia del interdicto aludido, están previstos en el art. 608 de nuestro código ritual, el que determina como requisitos que: 1) quien lo intente, o su causante, hubiere tenido la posesión actual o la tenencia de un bien mueble o inmueble; 2) que hubiere sido despojado.

La finalidad del interdicto de recobrar es entonces *“impedir la alteración del orden establecido, determinando la preexistencia de posesión por parte de los peticionantes. Ello así porque con el interdicto de recobrar se busca proteger la posesión como mero hecho y no el derecho a la posesión, por lo que el juez no ha de valorar la preferencia que otorga el título de dominio sino la circunstancia fáctica de encontrarse quien lo promueve en el inmueble con anterioridad al despojo"* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, "Yapour, Rodolfo c/ Urrutia, Regina y otro/a s/ Interdicto", CC0002 AZ 61985 S, 20/12/2018); Fenochietto, Carlos Eduardo “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, 3ra edición actualizada, 1996, Ediciones La Rocca, pág. 586).

Es que, como lo tiene dicho la Suprema Corte, *“el interdicto de recobrar es en concreto un remedio policial, urgente y sumario, dado a favor de quien se encuentra en posesión de un inmueble -o tenencia- con o sin derecho a tenerla y cualquiera sea el tiempo de duración y origen, contra el que por sí y ante sí, la turbe con violencia o clandestinidad. No constituye una acción posesoria propiamente dicha, ni una acción real fundada en una presunción de propiedad, sino una disposición de orden público tendiente a prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo, tratándose de un medio expeditivo ideado para suprimir las vías de hecho"* (SCBA, Ac 86631, “Veloso Adolfo...”, del 16/02/2005; en igual sentido, esta Sala, causa cit. “Gallo”, y causa n° 56.175, “Lemma, Luis Alberto...”, del 07/02/12).

Aclarada esta cuestión, y en relación al primer motivo de agravio, advierto que el Juez de primera instancia utilizó un argumento dirimente para rechazar la acción impetrada por la Sra. Batalla, cuál fue la falta de acreditación de la posesión del accionante como requisito de procedencia de la pretensión de despojo. En tal sentido, cabe puntualizar que el argumento dirimente es aquel que sirve de apoyo, sostiene o funda una decisión jurisdiccional -holding o ratio decidendi- [cf. CUCATTO, Mariana, *"Argumentación jurídica, obiter dicta y técnica recursiva: lo que abunda no daña"*, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Universidad Nacional de La Plata, Argentina].

Como consecuencia lógica de lo señalado *ut supra*, la cuestión relativa a la calificación de la situación jurídica del actor respecto al inmueble objeto de la litis quedó automáticamente desplazada, por cuanto la razón indicada precedentemente se autobastece como motivación suficiente para justificar la desestimación de la pretensión actoral. Luego, si el estado de ocupación del demandado encuadra o no en el concepto de actos de tolerancia entre vecinos u en otra categoría jurídica, no deviene relevante para la resolución de la causa, toda vez que, con prescindencia del resultado de dicha consideración, la suerte del decisorio atacado no resultará alterada en virtud de tal circunstancia.

En relación al segundo motivo de agravio, entiendo que los argumentos esgrimidos por el apelante trasuntan una disconformidad subjetiva con el modo en que el Juez de grado ha valorado la prueba producida en la causa, más el nivel de la crítica expresada no resulta suficiente para demostrar la arbitrariedad y/o absurdidad de la operación judicial estimativa de la prueba producida.

Atento a la insistencia de los apelantes en este aspecto de la sentencia recurrida, es que estimo conveniente enfatizar en el mayor margen de discreción de que dispone el magistrado cuando de apreciación probatoria se trata: *"En el proceso civil, el juez es soberano en la apreciación de la prueba, que deberá analizar conforme las reglas de la sana crítica, sin tener que expresarse en su sentencia sobre la valoración de toda ella, sino solamente respecto de la pertinente, con suficiente entidad como para formar en él convicción. Además, que para admitir o descartar posiciones, dichos de testigos, diligencias fuera del asiento del Juzgado o cualquier otra prueba, su imperium no se encuentra circunscripto a la observación que de la prueba producida hayan podido efectuar las partes; no es él un simple observador del proceso; por lo tanto, venido el expediente para dictar sentencia, analizará los elementos colectados admitiendo y descartando, con sujeción a las normas pero con absoluta libertad"*. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, de Mar del Plata, "KUNKEL, Carlos Miguel y otra c/LIDEIRO TRILLO, María del Carmen s/Escrituración y Daños y Perjuicios", 7/4/2005).

Sin perjuicio de lo expresado, y en orden a una fundamentación de la presente sentencia adecuada a las circunstancias particulares del caso, he de precisar que no es cierto que el *a quo* ha omitido valorar la prueba documental e informativa producida en la causa.

En efecto, el Juez de grado consideró las constancias de pago de los impuestos del terreno conforme se desprende de la documental acompañada, y tuvo en cuenta el carácter de heredera de la actora respecto al titular del bien objeto de la litis a tenor de la declaratoria de herederos dictada en el proceso sucesorio del Sr. Vicente Ysaias Batalla. Así, por ejemplo, el a quo sostuvo que: *"los actores acompañan constancias de pagar los impuestos del terreno sin embargo es reiterada la jurisprudencia en punto a que el eventual pago de los impuestos [no] constituye un acto posesorio propiamente dicho"* y que *"si bien es cierto que el heredero continúa la persona del causante tiene la posesión de la hereditaria desde el momento mismo de su muerte, tampoco existe prueba alguna de que el causante (Sr. Raúl Batalla) haya estado en posesión del inmueble objeto de este proceso en el momento de la ocurrencia de los hechos de despojo denunciados en la demanda"*.

Que en la fundamentación de la sentencia el juzgador le atribuya a tales elementos probatorios una eficacia convictiva diferente a la pretendida por el apelante no significa sin más que la prueba de referencia haya sido soslayada en la sentencia de grado, sino tan sólo que a juicio del sentenciante ha resultado inidónea para acreditar la posesión de la demandada sobre el inmueble en cuestión como requisito de procedencia de la pretensión de despojo deducida en juicio.

El otro aspecto del segundo agravio versa sobre la alegada tergiversación de la prueba testimonial.

A fin de comprender cabalmente esta dimensión particular de la crítica expresada, considero conveniente clarificar el concepto de posesión a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, el art. 1909 del CCyC determina: *"Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no"*. El nuevo cuerpo normativo adopta aquí una inteligencia interpretativa intermedia entre las tesis objetiva de Inhering y la tesis subjetivista de Savigny. Así pues, el *"corpus"* queda comprendido en la expresión *"poder de hecho sobre la cosa"* y el *"animus"* en la expresión *"comportándose como representante del poseedor"*.

El corpus consiste entonces en la *"posibilidad de disponer fisícamente de la cosa. Esa posibilidad se visualiza fácilmente cuando la persona está en contacto directo con el objeto (por ejemplo, cuando alguien tiene un paragüas en su mano). Sin embargo, hay que tener presente que para la existencia del corpus no siempre es necesario ese contacto directo, pues es suficiente con la posibilidad de poder disponer fisícamente"* (KIPER, Claudio, Tratado de Derechos Reales, Segunda edición actualizada, Tomo I, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2017, pag. 91).

El concepto de *"animus"* fluye, por su parte, del artículo 1910 según el cual hay tenencia si la persona se comporta como representante del poseedor. De este modo, para la existencia del animus domini, y para arribar a la posesión, se requiere *"comportarse como titular de un derecho real",* es decir, comportarse con la cosa sin reconocer en otra persona un derecho superior al que se está ejerciendo. Este animus domini no radica en la voluntad íntima del poseedor, sino que apunta a la intención exteriorizada, o sea, traducida en hechos exteriores. Esos hechos exteriores que reflejan el animus pueden ser realizados aun faltando el corpus, aunque generalmente el animus se expresa por medio del corpus.

Recapitulando, la sentencia de grado sustenta el rechazo de la pretensión actoral en la falta de acreditación de la posesión del inmueble por parte del demandado. Y específicamente pone el acento del déficit probatorio en la prueba del corpus. Al respecto, estimo que los testimonios recogidos en la causa vienen a ser aquí una razón más del fracaso de la actividad probatoria del demandado en este aspecto: *"No se desprende de ninguno de los testimonios de los testigos de la parte actora, que éstos ocuparan efectivamente el terreno ni que tuvieran el corpus en su poder..."*.

Tras un reexamen del material probatorio invocado como fundamento de la apelación, he de arribar indefectiblemente a la misma conclusión expuesta por el a quo: no existe en autos prueba concluyente de la posesión alegada por el actor. La respuesta positiva del Sr. Acerbo a la pregunta de *"si la posesión ha sido ejercida en forma quieta, pública, pacífica, ininterrumpida y a título de dueño y poseedor"* carece en sí misma de relevancia jurídica, toda vez que el objeto de la declaración testimonial son los hechos y no su calificación técnica (objeto de la prueba pericial) o jurídica (objeto de la función jurisdiccional). En este sentido, el art. 440 del CPCCBA circunscribe el objeto del examen de testigos a lo que *"supieran sobre los hechos controvertidos"* yel art. 441 del CPCCBA es categórico en cuanto a que las preguntas *"no podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueran dirigidas a personas especializadas"*. Si bien es cierto que el testigo se desempeña como martillero público y no es completamente ajeno a la temática analizada, considero que su área de especialidad no lo habilita a emitir un juicio de carácter jurídico respecto al estado de la posesión del inmueble.

En cuanto fuente fáctica, entiendo que el testimonio no ha sido concluyente en el sentido de revelar la ejecución de actos posesorios por parte del accionante. La puesta en venta del inmueble y el pago de impuestos no constituyen estrictamente actos posesorios, puesto carecen de materialidad y no implican *per se* ocupación o exclusión de terceros.

Al respecto, cabe tener presente que el art. 1928 del CCyC establece: *"Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojanamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga"*. Si bien la enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa de las posibles manifestaciones de las posesión (la norma dice *"en general"* y *"por cualquier modo que se obtenga"*), lo cierto es que hay denominador común esencial que se infiere del conjunto de actos enumerados y es que, en definitiva, debe tratarse de actos de ocupación o de exclusión de terceros. Tal circunstancia confirma la inidoneidad tanto de la puesta en venta del terreno como del pago de impuestos como actos posesorios, toda vez que los mismos no revelan el contacto con la cosa, en especial su apoderamiento. En tal sentido, cabe remarcar que los actos posesorios son actos materiales, mientras que el pago y la oferta de venta son actos jurídicos que en sí no exteriorizan el corpus.

Sobre esta tónica, la jurisprudencia de los tribunales provinciales es conteste en la falta de aptitud del pago de impuestos para acreditar el requisito del corpus: *"Si bien estos elementos son demostrativos del ´animus´ posesorio, sólo cumplen esta función cuando se presentan acompañados por la detentación material del inmueble; por sí solos no son demostrativos de tal detentación y nada indican respecto a la real situación posesoria en que se encuentra el bien. Como consecuencia, si el demandado pagó o no alguno de estos tributos o si los abonó el actor, resulta irrelevante a los fines del interdicto, en tanto lo que en él juega es si este último detentaba la posesión material actual del predio y si fue despojado por el demandado cuando hacía ejercicio efectivo de ella (doct. art. 2490 Cód. Civ. y art. 608 Cód. Proc.)"* (CC0002 SM 56766 RSD-191-5 S 24/05/2005 Juez MARES (SD), Carátula: Carrizo, Segio c/Turcman, Miguel A. y otros s/Interdicto de recobrar la posesión, Magistrados Votantes: Mares-Occhiuzi-Scarpati).

En otro orden, y aunque a priori cumple con la condición precedente, la limpieza del terreno por parte del Sr. Batalla a la que hace referencia el testigo aludido no se erige en el caso concreto como una circunstancia categórica e inequívoca de la posesión pretendida. En primer lugar, no ha quedado perfectamente claro si tales tareas recayeron sobre el predio que efectivamente ocupaba el demandado o sobre los terrenos linderos, especialmente si se tiene en cuenta que *"los terrenos de la manzana de los Batallas son varios lotes, continuos..."* tal como se ocupa de señalar el apelante en su memorial. En segundo término, el propio declarante se ocupa de hacer referencia a la existencia de una *"arbolera añosa que siempre estuvo ahí",* lo cual contradice su anterior aserción según la cual el actor *"siempre los mantuvo libre de malezas"*, conspirando ello contra la coherencia del relato en cuanto aspecto fundamental para la credibilidad del testimonio.

Que toda vez que la carga de la prueba de la posesión es una cuestión fáctica que incumbe al accionante por cuanto constituye el fundamento de su pretensión (cf. art. 375 y 604 del CPCC y art. 2241 del CCyC), la falta de prueba del extremo señalado ha de operar necesariamente en contra del progreso de la acción entablada por la Sra. Batalla. Que, por esa misma razón, la crítica formulada en relación al valor convictivo otorgado por el Juez de grado a la declaración de los testigos ofrecidos por el demandado no adquiere aquí relevancia alguna para la resolución de la causa, por cuanto el fundamento del rechazo de la pretensión procesal no ha sido la prueba de la posesión del Sr. Castañares, sino la falta de acreditación de la posesión de la parte actora respecto al inmueble objeto de la litis.

Finalmente, el análisis particular y global de la prueba producida en autos debe ser complementado a todo evento con una regla hermenéutica específica que fluye del art. 2243 del CCyC: *"Prueba. Si es dudoso quién ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha, más próxima a la lesión"*.

De acuerdo al referido principio señero, la carga de la prueba de la posesión pesa sobre el actor, lo cual armoniza con las disposiciones generales del Código Procesal y con las propias del ámbito posesorio, conforme a las cuales el demandado posee o tiene la cosa sin tener nada que probar (art. 1917). Por tal motivo, cuando la situación sea dudosa y no se acredite claramente quién ejercía la relación de poder en el momento de la lesión, deberá resolverse en favor de quien se encuentre en contacto con la cosa (ver. LORENZETTI, Ricaro Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo X, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, pag. 270).

Trasladando estas consideraciones al caso de autos, puedo observar que no sólo la prueba producida resulta demostrativa de la ocupación material del inmueble por el demandado, sino que además es el propio actor en su demanda quien reconoce el contacto que el demandado tiene con la cosa: *"El Sr. Castañares Miguel desplegó en nuestra propiedad una mesa, sillas, una pileta de lona desarmable (armada en verano solamebnte) y unas conejeras..."* por lo que tal circunstancia constituye un hecho admitido por el demandado. Con todo, y aún cuando hipotéticamente quedase un resquicio de duda respecto a la falta de posesión del accionante sobre el inmueble de referencia, la situación debería resolverse en favor del demandado por imperio del art. 2273 del CCyC.

Finalmente, estimo prudente aclarar que las consideraciones precedentes no implican pronunciamiento alguno respecto a si la ocupación de la parte demandada sobre el inmueble objeto de autos constituye o no posesión y, en su caso, si la misma asume los caracteres que el orden jurídico reputa relevantes para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva (art. 1900 del CCyC), a propósito de la acción judicial que tramita en la causa n° 59.080 por ante el Juzgado Civil y Comercial n° 3 de Pergamino.

En síntesis, los argumentos desplegados por el Juez de Primera Instancia respecto a la falta de prueba de la posesión alegada por la parte accionante han quedado incólumes, por lo que propicio la confirmación del fallo.

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

**VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1) Desestimar el recurso de apelación deducido, y en consecuencia confirmar el decisorio atacado en cuanto fuera materia de agravio. 2) Costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 y 69 C.P.C.). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

**ASI LO VOTO**.

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

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

1) Desestimar el recurso de apelación deducido, y en consecuencia confirmar el decisorio atacado en cuanto fuera materia de agravio.

2) Costas de Alzada a la apelante vencida (art. 68 y 69 C.P.C.). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

Roberto Manuel Degleue

Presidente

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial

Dpto. Judicial Pergamino

Graciela Scaraffia

Jueza

Adrian Oscar MOREA

Auxiliar Letrado