

Expte. N°: JU-622-2010 CALISTI MARCOS ANTONIO C/ PEÑA LUCIANA
BEATRIZ S/ACCION DE RESTITUCION

N° Orden: 36

Libro de Sentencia N°: 53

Folio:

/NIN, a los 6 días del mes de Marzo del año dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, PATRICIO GUSTAVO ROSAS Y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa N° JU-622-2010 caratulada: "CALISTI MARCOS ANTONIO C/ PEÑA LUCIANA BEATRIZ S/ACCION DE RESTITUCION", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán, Guardiola y Rosas.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Castro Durán, dijo:

I- En el pronunciamiento de fs. 399/402, la Sra. Juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión de restitución incoada por Marcos Antonio Calisti contra Luciana Beatriz Peña, condenando a ésta última a restituir a aquel, el inmueble objeto de litis, en el término de quince días, bajo apercibimiento de lanzamiento. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para adoptar tal decisión, la Dra. Laura S. Morando consideró que el accionante logró acreditar los extremos requeridos para la procedencia de la acción, a saber: su calidad de poseedor del inmueble, posesión que se remonta a una época anterior al ingreso de la demandada, en su condición de pareja de aquel; el despojo producido en su perjuicio, a partir de la resistencia de la demandada a restituirle el inmueble con posterioridad al vencimiento del término del período de exclusión judicialmente establecido en la causa 6855/2.009 sobre denuncias por violencia familiar; y la temeridad en la promoción de la acción.

II- Contra dicha resolución, la demandada interpuso apelación a fs. 409; recurso que, concedido libremente, recibió fundamentación por medio de la expresión de agravios luciente a fs. 419/424.

Allí la apelante sostuvo que el accionante no logró acreditar su condición de poseedor, ni mucho menos que ella hubiera ingresado al inmueble mediante violencia o clandestinidad, razón por la cual no puede tenerse por configurado el despojo. En esta dirección, puso de resalto que convivió con el accionante durante varios años, por lo que le asiste el derecho a permanecer en la vivienda, máxime teniendo en cuenta las necesidades de

su hija, cuyos intereses deben ser privilegiados por sobre los de su progenitor.

III- Corrido traslado de la expresión de agravios reseñada precedentemente, a fs. 428/429vta. se agregó la contestación presentada por el accionante, quien solicitó la confirmación de la sentencia impugnada; luego de lo cual, previo dictamen del Asesor de Incapaces favorable a la procedencia del recurso deducido por la progenitora de su asistida (ver fs. 432/433), se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

IV- En tal labor, es dable señalar que la acción de despojo constituye una acción de carácter policial establecida como un remedio judicial tendiente a recuperar la posesión o tenencia de una cosa. Si ésta es inmueble, para la viabilidad de la acción se requiere que la pérdida de la posesión se haya producido por violencia, clandestinidad o abuso de confianza (art. 2490 C.Civil; conf. Leandro Picado, "Código Civil Comentado. Claudio Kiper director. Derechos Reales", Tomo I, págs. 533/534).

El demandante debe probar su posesión o tenencia sobre la cosa; el despojo del que fue víctima; y la fecha en que ese despojo fue cometido (art. 2494 C. Civil).

Sentado ello, adelanto que no encuentro probado el despojo alegado por el accionante.

Llego a tal conclusión, partiendo de la demanda, donde el accionante reconoció haber convivido en el inmueble cuya recuperación pretende con la demandada y la hija de ambos, hasta abril de 2009, momento en que fue decretada su exclusión del hogar, en el marco de la causa 6855/2009 sobre Violencia Familiar. También en dicho escrito el accionante expuso que *"El periodo de prórroga de exclusión de mi hogar ha vencido; la desposesión sufrida por esta parte como consecuencia de la medida preventiva adoptada por el juez interviniente, amerita la interposición de la presente demanda, teniendo en cuenta que la srta. Peña aún se resiste a restituirme el inmueble, sin que le asista derecho para permanecer en tal actitud"* (ver fs. 275vta./276).

Entonces, del propio relato fáctico contenido en la demanda surge la improcedencia de la acción intentada, al no haberse denunciado un hecho concreto que pueda considerarse como despojo en los términos requeridos por la ley.

Es que el cumplimiento de la orden judicial de exclusión del hogar, no puede traducirse en la violencia, la clandestinidad o el abuso de confianza necesarios para configurar el despojo de un inmueble; ya que, ante tal exclusión, no es dable considerar que la demandada, cuyo ingreso al inmueble fue consentido por el accionante, haya adquirido la posesión del mismo por vías de hecho acompañadas de actos materiales ejercidos con fuerza o intimidación, o por actos ocultos, o por la negativa de restituirlo pese a haber contraído la obligación de hacerlo al ingresar (arts. 2365, 2369 y 2372 C.Civil).

El retiro del hogar por parte del accionante, sólo implicó el mero cumplimiento de un deber legalmente impuesto dentro del marco de un proceso judicial en el que el mismo tuvo la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio; situación que excluye la configuración del despojo (art. 1071 Cód. Civil; conf. Leandro Picado, obra y tomo citados, pág. 536).

En cuanto a la permanencia de la demandada una vez vencido el término de la exclusión del accionante de la vivienda común, corresponde señalar que este último no denunció acto de violencia alguno por el que aquella se hubiera apoderado de la casa, habiéndose limitado a señalar que la misma se "resiste" a restituirle el inmueble, sin brindar mayores precisiones, circunstancia que impide tener por configurado el despojo.

Así se ha sostenido que: *"...si la violencia que el actor alegó en la acción de despojo, consistió en negársele la entrada y la restitución del local, ello no cuadra en ese concepto. Es que no existe violencia, si no media un acto de fuerza material o moral, tal como lo requiere el art. 2365 del Cód. Civil, o sea si la relación con la cosa no se adquiere por vías de hecho, intimación o amenazas..."* (Augusto M. Morello, "Juicios sumarios. Interdictos-Desalojos", pág. 87).-

V- Por lo antes expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso en tratamiento; y consecuentemente, revocar la sentencia apelada, rechazando la acción de restitución incoada (arts. 2.490, 2.494 y ccs. Cód.Civil); con costas de ambas instancias en el orden causado, atento a que las particularidades de la cuestión litigiosa pudieron generar en el accionante una razonable expectativa de contar con derecho a la restitución requerida (art. 68 C.P.C.).

ASI LO VOTO

A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor Guardiola , dijo:

Como ya reflexionaba Lafaille la posesión y su defensa es uno de los temas del derecho civil que, junto con las nulidades y los privilegios, tiene bien ganada fama de difícil.

Basta señalar que la reforma de la ley 17711 no alcanzó para zanjar definitivamente la polémica en relación al dualismo o unidad de acciones de protección frente a la turbación y la desposesión.

Si bien es criterio mayoritario, que comparto, que en el Código Civil hay cuatro acciones de tutela de la relación real básicas (es decir sin considerar variantes internas como la de obra nueva) distribuidas en un doble juego (tesis dualista) : a) las posesorias propiamente dichas de mantener y recobrar (arts. 2487 y 2495) y b) las señoriales o policiales innominada de manutención (art. 2469) y despojo (art. 2490), todavía subsisten importantes dificultades interpretativas en lo que hace a sus requisitos y alcances, que se agudizan cuando se las relaciona en determinadas jurisdicciones provinciales con el instituto procesal de los interdictos.

Excediendo su análisis global los requerimientos del presente, me remito a las consideraciones que de lege lata se efectuaron en la Comisión 5 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Tucumán el año pasado y a la ponencia que allí presenté. Sí resulta necesario recordar en relación a la acción regulada por el art. 2490, que diversas posturas interpretativas se han formulado en torno a la clase de atentado que la hace procedente: la doctrina tradicional se inclinó por entender que el despojo equivalía a la desposesión violenta (Lafaille, Salvat, Segovia, Machado etc) . Con posterioridad se fue ampliando el concepto de acto de desapoderamiento, incluyéndose en su ámbito también la clandestinidad (ver Bendersky "Acciones posesorias y despojo" Monografías jurídicas n° 46 p. 24; Gabás "Juicios posesorios" p. 106 quien contrariamente a lo expuesto por la A-quo tiene una posición restringida en el asunto ya que el párrafo al que remite - pag. 84 letra e - se refiere a la acción posesoria propiamente dicha) En esa línea y tal como cita el Dr. Castro Durán , con una estimativa hoy dominante se terminó por incluir también a la obtenida por abuso de confianza (ver Llambías-Alterini Código Civil To. IV-A p. 256; Kiper en Código Civil de Zannoni-Kemelmajer de Carlucci To. 10 p. 563; Mariani de Vidal en Código Civil de Bueres-Highton To. 5 p. 277, Díaz Reyna en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil señalando que ello es lógico "para evitar ora una interpretación extensiva de la turbación, ora quede un vacío en la protección del poder efectivo. No sería lógico que el poder efectivo esté protegido contra meras turbaciones - art. 2469-....." argumento válido para todo tipo de desposesión). Sin embargo existe otra opinión a la que adscribo, según sostuve en esas Jornadas y me permito transcribir: *"De lege lata...6. Las clases de atentado deben ser interpretadas de forma idéntica para las acciones policiales y las posesorias stricto sensu. Los conceptos de inquietación y privación no tienen porqué ser distintos para unas y otras. Así, no se justifica limitar el concepto de despojo para la acción del art. 2490 a los casos de privación mediando violencia. Si bien constituye un avance la corriente amplia, ahora dominante, en cuanto lo extiende - con respaldo en el Esbozo de Freitas- a cualquier desposesión viciosa, igual se deja un vacío de protección, en los casos de simple desposesión (art. 2382). No se justifica un sentido diferente de la palabra despojo según se trate de los arts. 2490, 2498 y 2776 conf. López de Zavalía.*

Según el texto de la ley el atentado que da lugar a la acción de despojo (art. 2490) es sin dudas el despojo y el que da lugar a la acción de recobrar es también el despojo (arts. 2482 y 4038) Esta unidad de denominación se compadece con la que la ley simplemente habla de "exclusión absoluta" (arts. 2496 y 2497), sin calificaciones o distingos para la procedencia de la acción recuperatoria. Si hay protección policial contra turbaciones (art. 2469) a fortiori debe haberlas contra cualquier privación, que es siempre un atentado más intenso." y agregaba en nota: " López de Zavalía Derechos Reales To. 2 p. 397 es el más categórico. Parece ser también la opinión de Garrido-Andorno "Código Civil anotado" Libro III To. I p. 562/3 en cuanto

recuerdan a Ihering sobre la necesidad de ser garantido y reclamado de protección contra toda especie de sustracción sin distinguir si implica o no delito, agregando "Reiteramos sí que es claro el sentido de la reforma, de poner una valla al ejercicio de todo acto arbitrario y de propia autoridad; y que al afirmar el art. 2469 que la posesión y la tenencia no pueden ser turbadas arbitrariamente, impone una norma protectoria amplia de la situación de hecho. Si es ilegal turbar la posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, con mayor razón es ilegal despojar al poseedor aún vicioso o al tenedor ...Nos lleva ello a sostener que la actual interpretación del art. 2492 debe ser que el poseedor carecería de acción si se desprendiera voluntariamente de la posesión ; o si hubiera mediado ilicitud o violencia para la obtención del acto jurídico referido a la posesión". Galiano en párrafo transcripto por Dassen (Acción posesoria de recobrar en Estudios de Derecho Privado y Procesal civil p. 213) : 'no sólo procede en los casos de sustracción de la posesión por violencia, clandestinidad o abuso de confianza sino también en todos los de posesión arbitraria' "

Ahora bien, al margen de la distinta opinión con el preopinante que mantengo sobre este controvertido asunto (la clase de desposesión para la cual es viable la acción policial respectiva) entiendo existe una razón de otra índole aún superior para mantener el progreso de la acción de restitución incoada.

Me estoy refiriendo a lo que Jorge Peyrano (La Ley 13/7/2011) ha dado en denominar "el ejercicio del iura novit curia como deber funcional de los magistrados", en comentario al fallo de la CSJN de fecha 2/3/2011 recaído en causa "Guerrero Estela Mónica por sí y sus hijos menores c. Insegna Rubén Leandro" en el cual declaró "los jueces tienen no sólo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes"

No parece razonable que satisfechos los requisitos - tanto en la alegación de los hechos como en la prueba- de la acción posesoria de recobrar, mucho más exigente en cuanto a la legitimación activa, se desestime la pretensión de recupero por un encuadramiento legal de la misma en la policial llamada de despojo (y particularmente en una de sus interpretaciones) efectuada en base a una confusa fundamentación jurídica de la demanda, en una materia que presenta complejidades hasta para los especialistas. Ningún óbice existe para el abordaje desde esta otra óptica en esta instancia porque en la anterior la calificación haya sido de la que se ocupó mi colega - aún con diferente valoración-, e incluso la que propongo haya pasado inadvertida por el actor en su réplica de fs. 428/9, en tanto además de operar en su beneficio la regla comunmente conocida por adhesión implícita a la apelación de quien viene como vencedor, no estamos excediendo el estrecho círculo de los agravios y los límites de la apelación utilizando como motivación dispositivos que ninguna de las partes invocó o que manejaron erróneamente, subsumiendo los hechos

alegados y probados en otra norma que también es aplicable y coadyuva al resultado obtenido, sin alterar la causa petendi o cercenando defensas que pudieron hacerse valer (Azpelicueta- Tessone La Alzada Poderes y deberes p. 193 y ss) .

Viene a avalar esta postura que al promover la acción, se la denomina "posesoria de restitución"(fs. 275) con igual terminología que la empleada en el art. 2487 para la posesoria propiamente dicha y no despojo, y que se cita un párrafo de Kiper referida a aquella, que con criterio uniforme sí se estima procedente- y así se indica- para cualquier forma de desposesión (fs. 276 parte final del punto II). Ello al margen de que se haya invocado en el punto III- Derecho- "lo establecido por los arts. 2490 y concordantes del Código Civil y 614 y sig. del CPCC", es decir por lo último también el interdicto de recobrar.

Más allá de ello y en lo que realmente interesa, de la -sintética pero suficiente a los fines de contradicción- exposición de los hechos resulta que se ha invocado ser poseedor, de antigua data desde 2004 - más de un año-, en base a un boleto de compraventa que adjunta y del que resulta único adquirente (fs. 121), con continuidad, construyendo la vivienda, y sin vicios -aludiendo específicamente a su publicidad-, hasta que por una medida judicial temporaria - originariamente 60 días- de exclusión del hogar obtenida por quien fuera su pareja - la demandada- debió retirarse, negándose la misma luego de su vencimiento a restituir el inmueble.

Es decir, de lo anterior se desprende que una posesión de tales características proclamada reuniría las recaudos de los arts. 2473 y 2478 a 2481, para la procedencia de la acción posesoria stricto sensu.

Al contestarse la demanda (fs. 285/286) no se rebate concretamente tales extremos. Solo se alega que el actor no es propietario porque no tiene título de dominio -lo que no tiene ninguna relevancia en este tipo de proceso,art. 2472 CCivil-; que estuvieron juntos y conviviendo en esa casa -sin esgrimir específicamente el carácter propio de poseedora (art. 2351) o coposeedora (art. 2409) y sin hacer alusión siquiera a algún acto posesorio por ella cumplido (arts. 2384)- y enarbolando como única razón para el rechazo de la pretensión la existencia de una hija de ambos y el derecho habitacional como prestación alimentaria debida.

Esto último, amén de ser una cuestión de una índole completamente diversa al tema posesorio aquí en debate, amerita señalar que conforme constancias de fs. 358/9 del proceso de alimentos resulta que el actor ha ofertado alquilarle una vivienda e incrementar la cuota alimentaria para la niña (9/10/2009) si se le restituye el inmueble, negándose a ello la demandada por temor a que deje en un futuro de hacerlo. Según se consigna en esa misma acta judicial las partes son concientes "que no puede prorrogarse indefinidamente la estancia de la Sra. Peña y la niña en la casa a través de resoluciones dictadas en la causa existente por violencia familiar". Tampoco es ocioso destacar que el concubinato por sí solo no es fuente de derechos de índole patrimonial entre los integrantes de la pareja y que " *No obstante no ser intruso, comodatario, ni tenedor el*

concubino no propietario puede ser en principio desalojado ya que "la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo, permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a "cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible" como ha sostenido esta Cámara en su actual integración en diversos pronunciamientos (Expte. N° 42577 sent. del 3/4/2008 LS 49 n° 59 con mi voto; Expte. N° 42759 sent. del 14/8/2008 LS 49 n° 188 con voto del Dr. Castro Durán). Obviamente los intereses de la hija menor común como ocupante e integrante del núcleo familiar conviviente con la accionada deberán ser tutelados en la modalidad y tiempo para el recupero del inmueble, siendo obligación paterna contribuir a sus necesidades entre ellas las habitacionales en forma concomitante a la desocupación (por lo que he de proponer ampliar el plazo respectivo a 60 días improrrogables, tiempo que considero suficiente para que las partes de común acuerdo o judicialmente por las vías pertinentes arbitren la solución respectiva), pero sin que ello pueda interferir de un modo definitivo como se pretende en los derechos posesorios del progenitor no conviviente esgrimidos frente a su ex pareja. La tutela de los derechos de la menor no ampara en este caso a su madre ni debe ser procurada a costa de los derechos posesorios de su padre.

Con los elementos probatorios existentes (profusa documental agregada, testimonial rendida y expedientes en copia acollarados) cabe tener por acreditada no sólo la posesión calificada en cabeza del actor sino también actos de agresión y exclusión de los que fuera víctima (ver informe del servicio social de fs. 26/27 y consideraciones de la resolución judicial de fs. 28/29 del expte 6855 también valorados por la Sra. Juez de grado) - arts. 384 y 375 del CPCC-. Como un dato importante también es de puntualizar que conforme informe de fs. 13/14 de la citada causa corroborando la denuncia que aquel efectuara, resulta que la vivienda fue por él construida durante un prolongado período de interrupción de la convivencia y que a los pocos meses de reanudada la misma es que se producen los hechos que desembocaron en la medida provisional adoptada.

En suma, estando satisfechas en mi opinión no solo las exigencias para la acción policial de despojo sino también las propias de la posesoria propiamente dicha de recobrar, la decisión de primera instancia debe mantenerse, aunque ampliando el plazo para la restitución a 60 días improrrogables para que por las vías pertinentes se tutelen los intereses de la hija menor.

ASI LO VOTO

A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Rosas, dijo:

Que se adhiere y hace suyos todos los conceptos doctrinales y legales dados por el Sr. Juez preopinante en segundo término Dr. Guardiola, votando en consecuencia, en el mismo sentido.-

ASI LO VOTO

A LA SEGUNDA CUESTION, EL Señor Juez Dr. Castro Durán, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículo 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

POR MAYORIA Dres. Guardiola y Rosas, (disidencia Dr. Castro Durán):
I.-Mantener la sentencia de Primera Instancia, ampliando el plazo para la restitución a 60 días improrrogables para que por las vías pertinentes se tutelen los intereses de la hija menor, con costas a la parte demandada, (art. 68 del C.P.C.).-

II.-Se fijan los honorarios por las labores de Alzada del siguiente modo: Dr. Alberto Emilio Martinez en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA (\$180) y Dra. Bibiana Ferrero en la suma de PESOS CIENTO VEINTE (\$120), con mas el 10% que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716 (art. 31 Ley 8904).-

ASI LO VOTO.-

Los Señores Jueces Dres. Guardiola y Rosas, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, JUAN JOSE GUARDIOLA Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria)

//NIN, (Bs. As.), 6 de Marzo de 2011.-

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, se resuelve:

I.-Mantener la sentencia de Primera Instancia, ampliando el plazo para la restitución a 60 días improrrogables para que por las vías pertinentes se tutelen los intereses de la hija menor, con costas a la parte demandada, (art. 68 del C.P.C.).-

II.-Se fijan los honorarios por las labores de Alzada del siguiente modo: Dr. Alberto Emilio Martinez en la suma de PESOS CIENTO OCHENTA (\$180) y Dra. Bibiana Ferrero en la suma de PESOS CIENTO VEINTE (\$120), con mas el 10% que establece el art. 12 inc. a) de la ley 6716 (art. 31 Ley 8904).-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.-
FDO. RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, JUAN JOSE GUARDIOLA Y PATRICIO GUSTAVO ROSAS, ante mí, DRA. MARIA V. ZUZA (Secretaria)

