Expediente: **328/18**
Carátula: **SUBELSA JULIO ALBERTO C/ RISSO LUIS ALBERTO S/ ACCIONES POSESORIAS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMÚN SALA II**
Tipo Actuación: **FONDO CAMARA**
Fecha Depósito: **17/05/2023 - 05:02**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
90000000000 - LAZARTE, GUSTAVO-TESTIGOS
90000000000 - CORDOBA, VICTOR MANUEL-TESTIGOS
90000000000 - JUAREZ, MIRTA-TESTIGOS
90000000000 - LEGUIZAMON, FELISA DEL VALLE-TESTIGOS
90000000000 - LEGUIZAMON, PEDRO-TESTIGOS
20223973559 - RISSO, LUIS ALBERTO-DEMANDADO
90000000000 - MARCHEN, CESAR-TESTIGOS
90000000000 - MANSILLA, MARIA FATIMA-TESTIGOS
30715572318808 - FISCALIA DE CAMARA CIV. Y COM.Y LABORAL C.J.CONCEPCION
90000000000 - SALAS, ANA MARIA-TESTIGOS
23049840659 - SUBELSA, JULIO ALBERTO-ACTOR

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CONCEPCIÓN

Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común Sala II

ACTUACIONES N°: 328/18

H20774608455

JUICIO: SUBELSA JULIO ALBERTO C/ RISSO LUIS ALBERTO S/ ACCIONES POSESORIAS - EXPTE. N° 328/18.

En la Ciudad de Concepción, Provincia de Tucumán, a los 16 días del mes de mayo de 2023, las Sras. Vocales Subrogantes de la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de este Centro Judicial de Concepción, Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba y Dra. María José Posse, proceden a firmar la presente sentencia, por la que se estudia, analiza y resuelve el recurso de apelación deducido por Luis Alberto Risso con el patrocinio del letrado Horacio Geria Lépore (28/11/2022), contra la sentencia n° 439 del 3 de noviembre de 2022 dictada por el Sr. Juez en lo Civil y Comercial Común de la IIª Nominación de este Centro Judicial de Concepción, en los autos caratulados "Subelsa Julio Alberto c/ Risso Luis Alberto s/ Acciones posesorias", expediente n° 328/18. Practicado el sorteo de ley, el mismo da el siguiente resultado: Dra. María José Posse y Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba. Cumplido el sorteo de ley, y

CONSIDERANDO

La Sra. Vocal Dra. María José Posse dijo:

1.- Que por sentencia n° 439 del 3 de noviembre de 2022 el Sr. Juez en lo Civil y Comercial Común de la IIª Nominación de este Centro Judicial de Concepción resolvió: "I.- Hacer lugar a la demanda promovida por Julio Alberto Subelsa DNI n° 12.293.151, en contra de Luis Alberto Risso, en consecuencia al ordenar al demandado a la restitución (en un plazo de 30 días a partir de que quede firme la sentencia) del inmueble sito en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, Provincia de

Tucumán, compuesto de cuatro metros con cincuenta centímetros de frente y contrafrente por sesenta metros de fondo en ambos lados y linda al Norte, con Aron Lautaro Fernández, al Sud Luis Alberto Risso, al Este: Calle Rivadavia y al oeste: Miguel Ángel Romano, Nomenclatura Catastral en mayor extensión Padrón n° 42.775. II.- Costas a los demandados vencidos según lo considerado".

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Luis Alberto Risso con el patrocinio del letrado Horacio Geria Lépore (28/11/2022). Expresó agravios (fecha 12/12/2022), los que fueron contestados por la otra parte (29/12/2022).

2.- Antecedentes relevantes de la causa.

a) En fecha 8/10/2018 interpuso demanda Julio Alberto Subelsa, a efectos de recuperar la posesión del inmueble domiciliado calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, provincia de Tucumán en contra de Luis Alberto Risso. Fundó la misma en las consideraciones fácticas y jurídicas que se detallan a continuación: que conforme a lo acreditado con la escritura n° 111, el Sr. Salvador Segundo Ibáñez, con domicilio en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, provincia de Tucumán (ahora fallecido), le cedió las acciones y derechos, en forma gratuita, con usufructo vitalicio, únicamente de una fracción integrante de una mayor extensión con todo lo edificado, plantado, y además adherido al suelo.

Mencionó que en fecha 7 de junio de 2017 el Sr. Segundo Salvador Ibáñez le cedió el inmueble, cuya posesión también fue entregada. Agregó que desde esa fecha que se le otorgó la posesión no ha dejado de hacerla, hasta que el ahora demandado -Luis Alberto Risso-, con posterioridad a la muerte de su cedente -17/07/2017-, apareció haciendo galas de su posesión sin derecho alguno.

Manifestó que es necesario dejar aclarado que el suscrito cuando el Sr. Risso Luis Alberto ingresó ilegítimamente al inmueble en horas de la noche removiendo postes y telas del cercado, ingresando por el fondo, aprovechando la ausencia del ahora accionante, procedió a clausurar con hierro de grandes dimensiones la puerta de entrada principal colocando otro candado más, al que momentos antes después de volver de las exequias del Sr. Ibáñez su patrocinado cerró la puerta con candado después de limpiar la casa y desinfectarla. De esta manera la puerta quedó con candados superpuestos.

b) En fecha 25/06/2019 contestó demanda Luis Alberto Risso donde negó que el actor tenga derecho a promover la demanda presente; que sea legítimo poseedor en calidad de cesionario de una parte del terreno de un inmueble de mayor extensión, ubicado en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca o propietario de la fracción de terreno que reclama en virtud de una escritura de cesión gratuita de acciones y derechos posesorios celebrada el 07 de junio del año 2017; que haya sido continuador de la posesión que detentaba el Sr. Salvador Segundo Ibáñez en el inmueble en cuestión; que después del fallecimiento del Sr. Ibáñez, haya limpiado, desinfectado, y colocado algún candado en la puerta de ingreso al inmueble. Finalmente negó, y rechazó la escritura cesión gratuita de acciones y derechos posesorios n° 111 pasada por ante la Escribana María Fernanda Delgado Carmona, la que impugnó por falsedad material e ideológica.

Destacó que el actor se contradice en cuanto al hecho de la posesión ya que primero dice que es poseedor a partir del día 07 de junio de 2017, fecha le hacen entrega de la posesión en virtud de una cesión gratuita de acciones y derechos posesorios efectuada a su favor ese día por el Sr. Salvador Segundo Ibáñez y después, contradictoriamente en el Amparo a la Simple Tenencia que ofrece como prueba, manifiesta que es poseedor desde hace más de un año ya que ocupaba la segunda habitación conjuntamente con el Sr. Salvador Segundo Ibáñez, estas contradicciones revelan que nunca tuvo la posesión que alega en su demanda. Dado que él es quien posee desde el año 1997 en calle Rivadavia n°544, y que actualmente lo ocupa junto a su familia. Explica que lo

adquirió de su anterior dueño el Sr. Juan Carlos Ibáñez (actualmente fallecido), quien le entregó el inmueble en reconocimiento y agradecimiento, como indemnización y premio de haberle trabajado entre los años 1983 a 1997 en el negocio y parrillada que era de la familia Ibáñez.

Refirió que no contaba con los papeles del inmueble , porque el anterior dueño (Juan Carlos Ibáñez) le efectuó en aquellos años la tradición verbalmente, por considerarlo como un hijo y que por ello efectuó en el año 2010 ante la comisaría de Simoca un informe socio ambiental, en donde se constata que el Sr. Risso vive con su familia en el inmueble, y que además fue criado como hijo por el Sr. Juan Carlos Ibáñez, quien era el anterior dueño y primo de Salvador Segundo Ibáñez quien es coposeedor y ocupa una parte del mismo inmueble.

c) Mediante sentencia n° 439 del 3 de noviembre de 2022 el Sr. Juez Civil y Comercial II° Nominación del Centro Judicial Concepción resolvió hacer lugar a la demanda.

En cuanto al derecho transitorio entendió aplicable las normas del código Velezano.

Destacó que es necesario analizar la legitimación del actor para iniciar la demanda, lo que se traduce en valorar si está legitimado para accionar, conforme doctrina legal de la CSJT. En base a ello explicó que la parte actora inicia la acción de recuperar la posesión, fundando la misma, en la posesión que habría ejercido sobre el inmueble descripto, la cual adquirió por una “accesión de posesiones” en base a una cesión de acciones y derechos hereditarios celebrada con el Sr. Salvador Segundo Ibáñez, el día 7/6/2017 y que desde esa fecha tuvo la posesión del inmueble.

Dijo que no es controversia que el Sr. Salvador Segundo Ibáñez era el que ejercía la posesión del inmueble objeto de la *litis*, ya que tanto el demandado, en su contestación de demanda, como el actor así lo sostienen. También que en el expediente de Amparo a la Simple Tenencia que tuvo a la vista, surge que las declaraciones de los vecinos indican que la persona que vivía en el inmueble era el Sr. Ibáñez.

Concluyó que de la cesión otorgada por Salvador Segundo Ibáñez a favor de Julio Alberto Subelsa, se efectuó con la condición resolutoria de que el bien cedido será restituido al Sr. Ibáñez en caso de que no cumpla con la obligación de cuidado y real material efectiva y libre de ocupantes es otorgada por el cedente a favor del cesionario.

Valoró la declaración testimonial de César Elio Marchan quien manifestó que es enfermero y que realizaba curaciones al Sr. Ibáñez y le colocaba suero en su domicilio, y allí se encontraba el Sr. Subelsa y Damián Gustavo Lazarte quien indicó que el actor le comunicó el fallecimiento del Sr. Ibáñez, el día que sucedió. También de Felisa del Valle Leguizamón alegó que el inmueble constaba de dos habitaciones, que el Sr. Ibáñez vivía solo y que al Sr. Subelsa lo veía en el domicilio por que lo llevaba al medico al Sr. Ibáñez. Concluyó también que esa declaración fue coincidente con las declaraciones de las testigos Mirta Juárez y Ana María Salas, quienes indicaron que el Sr. Ibáñez vivía solo y además que el demandado es vecino del lado. Por último, la declaración de Pedro Leguizamón quien dijo ser sobrino del fallecido Sr. Ibáñez, coincidiendo de igual manera que éste último vivía solo en el inmueble objeto de la Litis y que el actor fue el que quedó en dicho domicilio. Consideró que, si bien dichas declaraciones fueron tachadas por la parte demandada por distintos motivos, el testimonio otorgado por el Sr. Cesar Elio Marchen, enfermero, le brinda mayor certeza, en virtud de lo manifestado por el Dr. Ardiles, en el acta adjuntada al SAE, de fecha 15/11/2021, quien indicó que el Sr. Ibañez “no era su paciente en cuanto a la obra social PAMI, él pertenecía a su médico de cabecera que es la Dra. Laura Rodríguez, pero por razones de turno y hacer cola por el turno recurría a mi para su atención. No se le cobraba por su atención. Él padecía de síndrome depresivo, si se le dio órdenes escritas, más que curaciones se le aplicaba suero en su domicilio”. De esta manera puedo inferir que la declaración del Sr. Marchen es consistente con lo indicado por

el Dr. Ardiles, con respecto a que fue a hacerle curaciones al Sr. Ibáñez y a aplicarle suero a su domicilio, y de igual manera que vio al Sr. Subelsa. Pondero también la eficacia probatoria de la inspección ocular y su ampliación (fs. 99 y 105) indican que en el inmueble hay “dos piezas de material de aproximadamente 4,50 mts por 5 mts. Con techo de tejas y chapas con piso de mosaico con revoque de vieja data”, y que es ocupada por el demandado Risso.

El demandado, por su parte, ofrece como prueba un informe socio ambiental realizado el 15 de febrero del 2010, en donde se deja constancia por dichos del demandado, que el Sr. Juan Ibáñez, le cedió esa propiedad como indemnización por haber trabajado en el negocio de propiedad de este último. Pero en dicha constatación, él mismo indica que la propiedad limita al norte con la propiedad del Sr. Salvador Ibañez.

Sobre dichas pruebas concluyó que: “a) que existe una cesión de acciones y derechos posesorios a favor del actor por parte del fallecido Sr. Salvador Segundo Ibáñez, b) que las declaraciones testimoniales, el informe socio ambiental de constatación adjuntado por el demandado y como así también en el Amparo a la Simple Tenencia indican que el Sr. Ibáñez era el poseedor del inmueble objeto de la litis c) que los actos posesorios descriptos por el demandado hacen referencia a un inmueble distinto al del presente proceso,es decir un inmueble colindante. mencionar que, a confección del plano de mensura, en principio, no constituye acto posesorio, sino que se trata de un acto voluntario y ejecutado al solo fin de promover un juicio de "información posesoria". Por sí solo no exterioriza actos posesorios típicos de dueño; podrán justificar y acreditar el "corpus" pero no el "animus" cuyos elementos deben ser indudables y convincentes en su significado y origen”

Resolvió finalmente que se han probado los extremos necesarios para la procedencia de la pretensión del actor.

En fecha 28/11/2022 interpuso recurso de apelación Luis Alberto Risso con el patrocinio del letrado Horacio Geria Lépore. En la expresión de agravios de fecha 12/12/2022, manifestó el juez A-quo, yerra cuando afirma que, como dice la jurisprudencia será necesario analizar la legitimación del actor para iniciar la demanda, lo que se traduce en valorar si está legitimado para accionar, conforme doctrina legal de la CSJT.

Expresó que conforme lo dispone el art. 2245 del CCyC las acciones posesorias les corresponden a todos los poseedores de cosas, reconociendo una amplia legitimación, y la prueba requerida es el hecho de la posesión invocada por el accionante, que como todo hecho jurídico podrá ser probada por cualquier medio idóneo.

En igual sentido, destacó que la parte actora inicia la acción de recuperar la posesión, fundando la misma, en la posesión que habría ejercido sobre el inmueble descripto, la cual adquirió por una “accesión de posesiones” por una cesión de acciones y derechos hereditarios celebrada con el Sr. Salvador Segundo Ibáñez, el día 7/6/2017, además que la parte actora manifestó que la posesión le fue entregada, desde el momento en que celebraron la cesión citada, y justamente he de aquí la primera premisa errónea, de las pruebas aportadas y en especial de la confesional, de donde surge que el Sr. Salvador Ibáñez no entregó la posesión al frente de la escribana como corresponde hacer ya que el mismo actor declaró que el mismo fue a la escribanía a suscribir el instrumento y la escribana nunca se constituyó en el domicilio para hacer entrega de la posesión.

Por otro lado, arguyó que el cedente conforme surge de las constancias de autos no era poseedor *animus domini* del inmueble sino un simple tenedor precario, por lo que mal podría ceder un derecho que no tenía, ya que la propiedad pertenecía a su primo segundo el Sr. Carlos Ibáñez quién le permitía habitar en calidad de comodato en el inmueble de Litis.

Finalmente, denunció un hecho nuevo y solicitó producción de prueba en esta Alzada.

Hizo reserva del caso federal.

d) Corrido el traslado de ley, en fecha 29/12/2022 contestó agravios Alberto Subelsa donde solicitó que se rechace la denuncia de hecho nuevo, como así también el recurso de apelación que se estudia, basándose en situaciones fácticas y jurídicas que se tienen por reproducidas en pos de brevedad y economía procesal. Hizo reserva del caso federal.

e) Por sentencia del 27 de febrero de 2023 se rechazó el pedido de apertura a prueba declarando que el hecho nuevo y la apertura a prueba solicitada son inadmisibles al no encuadrar en las disposiciones vigentes.

3- a) Sin perjuicio del tratamiento integral que se realizará sobre las cuestiones que son objeto de recurso, cabe recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las pruebas aportadas al expediente, ni todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo los que consideren suficientes y decisivos para decidir el caso (CSJN, fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Loutayf Ranea Roberto G. "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", t. 2 p. 310/313, Astrea, 2ª ed. act. y amp., Bs. As. 2009).

Por otra parte, atento que desde el 1/8/2015 se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), Ley 26.994, y que la acción intentada en los presentes autos es la acción de recuperar la posesión (relación de poder en la nueva terminología del CCyCN), en la que, lo que interesa es el último estado de la posesión al producirse el acto que el actor invoca como atentado; que en la demanda, la parte actora expuso que el despojo se produjo el 17/6/2017 corresponde aplicar al presente caso las normas del Código del código vigente y no las referida por el Sentenciante, pero que regula de manera similar al anterior digesto normativo.

3- b) Se agravió la parte demandada por el rechazo de la acción posesoria, y por la errónea valoración realizada en la sentencia de las pruebas documentales y testimoniales aportadas por su parte.

Es preciso aclarar que conforme la naturaleza de la presente demanda se trata de una acción posesoria en donde la discusión se centra en la posesión misma. Todo lo relativo al derecho a la posesión debe reservarse para el reclamo petitorio correspondiente por medio de la acción de reivindicación si correspondiere o para el supuesto de que resultare improbable la prueba de la posesión en cabeza de ninguna de las partes.

Y en cuanto a la prueba, y como refiere López de Zavalía: “El posesorio no debe decidirse en base a elementos propios del petitorio. En el posesorio, la cuestión se circunscribe a la posesión, sin interesar que ella sea legítima o ilegítima. Por ello, lo que interesa es “el último estado de la posesión” (art. 2471) al producirse el acto que el actor invoca como atentado. Si el actor disfrutaba de ese “último estado”, es decir, si tenía la llamada “posesión actual” su acción prosperará, si lo disfrutaba el demandado, la acción será rechazada. En las acciones posesorias, conforme lo dispone el art. 2239 del CCyCN «Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales» (concuerda con 2468 del Código Civil derogado) .

En ese sentido cabe tener presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia - Sala Civil y Penal “s/ Especiales” en expediente: C3953/13, sentencia n° 1458 del 27/08/2019, en donde dijo que: “1. Preliminarmente cabe tener presente que esta Corte ha sostenido que: “en las acciones

posesorias, el litigio versa exclusivamente sobre el hecho posesorio y se condiciona la legitimación de actor, a la prueba de la posesión esgrimida en la demanda (Belluscio-Zannoni, Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, T. 10, pág. 482 y 511; Bueres-Highton, Código Civil y normas complementarias, T. 5, pág. 250 y sgtes.). Las acciones posesorias tienen su razón de ser en la protección posesoria que el ordenamiento jurídico reconoce a quien acredita ser titular de la posesión del bien (CSJTuc., sentencia N° 875, 03/9/2008, 'Cueto, Valentín Narciso vs. Hernández Ariel s/ Acciones posesorias') (CSJT, sentencia n° 884 de fecha 24/11/2011). Por ello, las acciones posesorias se da a quien se encontraba en la posesión o tenencia, con o sin derecho, cualquiera sea el tiempo de duración u origen de aquéllas, contra el que por sí y ante sí, lo despoja con violencia o clandestinidad. Es decir, para la procedencia del interdicto de recobrar se requiere haber acreditado la posesión actual o la tenencia y el despojo, total o parcial, con violencia o clandestinidad. (Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala 1 del 22/9/1998 JA 1999-III-594).”

3- c) En primer lugar, y a fin de determinar el alcance de la posesión pretendida por las partes y valorar las pruebas rendidas es necesario determinar el bien inmueble sobre el que las partes se adjudican actos posesorios.

El actor describe que es poseedor del inmueble que se encuentra en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, provincia de Tucumán, compuesto de cuatro metros con cincuenta centímetros de frente y contrafrente por sesenta metros de fondo en ambos lados y linda al Norte, con Aron Lautaro Fernández, al Sud Luis Alberto Risso, al Este: Calle Rivadavia y al oeste: Miguel Ángel Romano, Nomenclatura Catastral en mayor extensión Padrón n° 42.775.

El demandado por su parte resalta que posee en calidad de cesionario de una parte del terreno de un inmueble de mayor extensión, ubicado en calle Rivadavia n° 544 en donde también funciona un bar que se conoce como bar “El gordito” que es de su propiedad y que éste y otros hechos posesorio prueban su posesión y el derecho a la misma.

En el expediente caratulado “Risso Luis Alberto. -víctima, causante: Subelsa Julio Alberto s/ usurpación” por el hecho denunciado el 17/07/2017 que tramitó en la Fis. De Inst. Nom. del C.J. Monteros y que puede ser consultado en el link: https://drive.google.com/drive/folders/1I5M4kwlGSaEBjEsGwo5EqwcMUCxLAhRK?usp=sharinconforme detalla nota actuarial de 25/7/2022 surge que se presentó Luis Alberto Risso, denunciando domicilio en Calle Rivadavia N°542, de Simoca. En su denuncia declaró que “Que vivo y reside en el lugar que fijó como domicilio, que soy propietario de una posición de 14mts. X 48 mts., ubicada en el lugar que fijó como domicilio, aclarando que en el interior de mi propiedad vivía el ciudadano Salvador Ibanez, de 97 años de edad, quien falleció el domingo 16/07/2017, a quien le prestaba dos habitaciones, ya que este no tenía familiares ni lugar a donde vivir. Ahora bien, una vez fallecido este ciudadano, mi vecino Subelsa Alberto, domiciliado en calle Rivadavia, n° catastral no recuerdo, quien atendía a Ibañéz de vez en cuando, ya que le cobraba una jubilación. En el día de ayer como a horas 09:00 aprox., fue que me di con la ingrata novedad que este ciudadano Subelsa Alberto, le puso un candado, como tomando posición, a la puerta de acceso principal a donde domiciliaba Ibáñez (F), ya que mi propiedad tiene un divisorio que separa mi casa con la de Ibáñez (F), pero en el fondo se unen, por tal motivo la totalidad de mi propiedad tiene dos accesos. Es por ello que me presento en esta dependencia policial.”

En el acta de inspección ocular de la causa penal se consignó: “En la ciudad de Simoca, departamento homónimo, provincia de Tucumán, a los Diecisiete días del mes de Julio del año dos mil Diecisiete, siendo horas once, el funcionario de Policía que suscribe Molina Victor David, Oficial Sub-Ayudante, dependiente del departamento general de Policía, con actual prestación de servicio en comisaria de Simoca (U.R.S) y con funciones de auxiliar de turno, secundado en este acto por la

cabo Ercilia Arrua, con funciones de Oficial de guardia, labro la presente a los fines de dejar documentado lo siguiente: Es que en la fecha y hora antes consignada el suscriptor juntamente con el Sargento Pavon Horacio, en el móvil tuc-1932, nos comisionamos a un inmueble que seria propiedad de la Familia Risso, sito en calle Rivadavia n° 542, de esta ciudad de Simoca a los fines de realizar una inspección ocular donde se pudo observar lo siguiente: que la propiedad en cuestión sería una casa construida de material, con su frente ubicado hacia el cardinal Este, con una fachada de color blanco, en la parte frontal presenta una puerta con dos hojas de madera, color negra, la que esta cerrada desde afuera con una candado de tamaño mediano, color amarillo sin marca. Cabe destacar que al lado de esta propiedad, para ser más preciso hacia el cardinal norte vive la familia Fernández, hacia el sur un bar llamado “El gordito" (propiedad del denunciante), hacia el cardinal Este la Calle Rivadavia y luego el domicilio de la familia Risso.

Del acta de averiguaciones realizada en el mismo expediente penal surge que: “En la ciudad de Simoca, departamento Homónimo, provincia de Tucumán, a los Diecisiete días del mes de Julio del año dos mil Diecisiete, siendo horas once, el funcionario de Policía que suscribe Molina Victor David, Oficial Sub-Ayudante, dependiente del departamento general de Policía, con actual prestación de servicio en Comisaría de Simoca (U.R.S) y con funciones de auxiliar de turno, secundado en este acto por la cabo Ercilia Arrua, con funciones de Oficial de guardia, labro la presente a los fines de dejar documentado lo siguiente: Que en la fecha y hora referida, consecuente con la tramitación de la causa Caratulada: Usurpación de Propiedad, Víctima: Risso Luis Alberto, Acusado: Subelsa Julio Alberto, Denunciado: 17/07/2017, Interviene: Fisc. de Instrucc. de la III° Nom. Del Centro judicial Monteros, es que procedí a constituirme a las inmediaciones del lugar del hecho sito en Calle Rivadavia N °544 de esta ciudad de Simoca, a los fines de lograr obtener testimonios de personas que tengan conocimiento de este hecho que se investiga, en donde me pude entrevistar con los ciudadanos Morales Amado Abraham, argentino, instruido, casado, jornalero, de 37 años de edad, DNI n° 27..961, domiciliado en el calle Rivadavia n° 562, de esta ciudad de Simoca, y la ciudadana Carrizo Marcela Elizabeth, argentina, instruida, soltera, ama de casa, de 47 años de edad, DNI n° 21.332.342, domiciliado en calle 9 de Julio n°115, de esta ciudad de Simoca. Manifestando ambos, que domicilian en la cercanía del domicilio del ciudadano Risso, ya que son vecinos, afirman que desde hace aproximadamente 20 años Risso domicilia en ese lugar, que esa propiedad le fue cedida por Fermín Ibañéz a Risso Luis Alberto. Como así también manifiestan que Risso domicilia en ese lugar con su esposa Bravo Sandra Isabel, sus cinco hijos y una nieta. Que es todo en cuanto tenemos por aportar referente al tema que se investiga.” De ambas actuaciones efectuadas por el oficial de policía carácter funcionario público surge que el demandado vive en la vereda del frente del inmueble que se pretende y que el objeto de este proceso se encuentra entre el bar “El gordito” y la propiedad del señor Subelsa.

Del cotejo del expediente que tengo a la vista correspondiente al Amparo a la Simple Tenencia caratulado “Subelsa Julio Albertos c/ Risso Luis Alberto s/ amparo a la simple tenencia” expediente n° 663 /17 iniciado el 15/8/2017, remitido por el juzgado de Documentos y Locaciones de la I° Nominación, surge que el actor denuncia su domicilio real en Calle Rivadavia n° 541 de la ciudad de Simoca y exige la restitución de un sector del inmueble ubicado en Calle Rivadavia n° 544 que describe compuesto de 4,50 m de frente y contra frente por 60 m de fondo con una superficie de 270 m2 y que linda al norte con Aron Lautaro Fernández al sur con el demandado Luis Alberto Risso, al este con calle Rivadavia y al oeste con Miguel Ángel Romano y que se encuentra inscrito en el registro inmobiliario en el padrón en mayor extensión n° 42775, descripción que coincide con la efectuada en la demanda de este juicio. Sin embargo en la inspección ocular realizada por el Sr. Juez de Paz de Simoca Pedro Héctor Prat refiere que el inmueble de esta litis mide 4,50 m aproximadamente de frente tiene el n° 364 del domicilio a la vista que se encuentra pintado de color blanco y tiene el n° 364 a la vista señalando que no pudo ingresar al mismo porque la puerta se

encuentra cerrada con dos candados grandes. En igual sentido, en el croquis adjuntado a fs. 12 el Sr. Juez de Paz consignó las referencias indicando como inmueble de litis n° 364 a la vista describiendo que en el mismo se encuentran una puerta de 2 hojas cerradas con dos candados grandes (pto. 1 y 2). Asímismo describe en el croquis que la vivienda del demandado registra el n° 544 a la vista y que se encuentra al frente pintado de rojo y blanco (pto.5). En estas actuaciones también se consigna un número diferente de la propiedad donde hicieron la inspección ocular pero la referencia antes citada permite concluir sobre la ubicación del inmueble de la litis.

3 d) Atento a como queda planteada la cuestión, cabe tener presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia - Sala Civil y Penal “s/ Especiales” en expediente: C3953/13, sentencia n° 1458 del 27/08/2019, en donde dijo que: “1. Preliminarmente cabe tener presente que esta Corte ha sostenido que: “en las acciones posesorias, el litigio versa exclusivamente sobre el hecho posesorio y se condiciona la legitimación de actor, a la prueba de la posesión esgrimida en la demanda (Belluscio-Zannoni, Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, T. 10, pág. 482 y 511; Bueres-Highton, Código Civil y normas complementarias, T. 5, pág. 250 y sgtes.). Las acciones posesorias tienen su razón de ser en la protección posesoria que el ordenamiento jurídico reconoce a quien acredita ser titular de la posesión del bien (CSJTuc., sentencia N° 875, 03/9/2008, 'Cueto, Valentín Narciso vs. Hernández Ariel s/ Acciones posesorias')' (CSJT, sentencia n° 884 de fecha 24/11/2011). Por ello, las acciones posesorias 'se da a quien se encontraba en la posesión o tenencia, con o sin derecho, cualquiera sea el tiempo de duración u origen de aquéllas, contra el que por sí y ante sí, lo despoja con violencia o clandestinidad. Es decir, para la procedencia del interdicto de recobrar se requiere haber acreditado la posesión actual o la tenencia y el despojo, total o parcial, con violencia o clandestinidad. (Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala 1 del 22/9/1998 JA 1999-III-594).

3 e) Atento a que de la pretensión tanto del actor como demandado denuncian que ocupaban el bien al tiempo de la demanda, corresponde en consecuencia analizar si la parte actora es poseedora o no del inmueble de la litis.

En el expediente que tengo a la vista correspondiente al Amparo a la Simple Tenencia caratulado “ Subelsa Julio Albertos c/ Risso Luis Alberto s/ amparo a la Simple Tenencia” ya referenciado el actor julio Alberto Subelsa reclamó la restitución de su tenencia sobre el inmueble de calle Rivadavia n° 544 mencionando que desde hace un año atrás se constituyó en la propiedad en cuestión ocupando la segunda de las habitaciones de la misma bloque de vino en coposeedor del inmueble detectando en la foto en forma conjunta la efectiva tenencia del mismo pero que con fecha 17 de julio del 2017 luego de realizar las exequias y el sepelio del Señor Ibáñez regresó a la vivienda y decidió efectuar la limpieza y desinfección de la casa luego cerró puertas y ventanas colocando el candado habitual en la puerta de entrada qué luego en horas de la noche en forma violenta y clandestina el demandado Luis Alberto Rizo retiró la cerca de alambre que se encontraba en el fondo de la propiedad ingresó allí por la vivienda forzando la puerta trasera. Luego de producidas las pruebas ya destacada de inspección ocular y croquis el señor Juez de Paz Pedro Héctor Prat resolvió no hacer lugar al Amparo a la Simple Tenencia interpuesto por julio Alberto en contra de Luis Alberto Rizo justificó que teniendo en cuenta la inspección ocular el croquis y la información de los vecinos surge la falta de presencia del actor ejercitando la tenencia de la cosa.

Por su parte, del expediente penal caratulado “Risso Luis Alberto. -víctima, causante: Subelsa Julio Alberto s/ usurpación” correspondiente al hecho denunciado el 17/07/2017 que tramitó en la Fis. De Inst. Nom. del C.J. Monteros y que puede ser consultado en el link: https://drive.google.com/drive/folders/1I5M4kwlGSaEBjEsGwo5EqwcMUCxLAhRK?usp=sharing,conforme detalla nota actuarial de 25/7/2022 , se declaró el archivo de las actuaciones por no “ alcanzan para acreditar la existencia del delito y sindicar a quienes intervinieron en la comisión del eventual hecho

delictivo ya que no se encuentran previstas para estos casos otras soluciones procesales” resuelta por el Dr Mariano. Fernández, Auxiliar de Fiscal Df. Conclusión De Cauc/ S Centro Judicial Concepción.

De las pruebas documentales obrantes en autos surge que: 1- escritura n° 111 de fecha 7/6/2017 de cesión gratuita de acciones y derechos posesorios otorgada por Salvador Segundo Ibáñez a favor de Julio Alberto Subelsa por la cual el señor Salvador Segundo Ibáñez dice que cede y transfiere gratuitamente a favor de julio a Alberto Subelsa y este acepta la totalidad de acciones y derechos posesorios que le corresponda o pudiera corresponder únicamente sobre una fracción integrante de mayor extensión ubicado sobre calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca. Asimismo consigna que la cesión se efectúa sujeta a la condición resolutoria que el bien cedido será restituido al cedente si el cesionario no cumple con la obligación de cuidado y asistencia al cedente. Asimismo, refiere que el cedente hace expresa reserva del derecho real de usufructo vitalicio sobre el inmueble mencionado consolidándose en mismo en cabeza del cesionario al fallecimiento del primero. En cuanto a la posesión manifiesta que la posesión real material efectiva y libra de ocupantes es otorgada por el cedente a favor del cesionario; 2-boletas de impuestos y servicios: SAT desecha 21/4/2017 a nombre de sucesión Ibáñez José Fermín y boleta del 26/10/2016 a nombre del mismo titular; 3 C) - indicaciones médicas de análisis el señor Salvador Ibáñez de fecha 3/7/2017. d) cuya boleta de Edet de fecha 16/4/2019 a nombre de Bravo Sandra Isabel boleta de Gasnor de fecha cuatro del 17 nombre de Bravo Sandra Isabel punto, e) constancia municipal de empadronamiento de bar al paso a nombre de Luis Alberto Risso ubicada en Calle Rivadavia n° 544 Simoca con resolución 1115 autorizando el desarrollo del bar al paso; f) plano de mensura para prescripción adquisitiva a nombre de Luis Alberto rizo sobre el inmueble de calles Rivadavia n° 544 padrón n° 42775.

En cuanto a la escritura de cesión presentada por el actor, tal documento no prueba el hecho posesorio, pero constituye un indicio fuerte de la época en que se inició la relación de poder entre el sujeto y la cosa. Sin embargo, este indicio no es corroborado por otras pruebas que revelen la posesión del actor. Los boletos de compraventa y la escritura pública presentados como pruebas en autos podrían ser aptos para acreditar el derecho a la posesión, pero no para demostrar la posesión en sí misma; es decir que carecen de eficacia para demostrar la posesión que el actor invoca, lo que debe acreditarse mediante actos realizados físicamente sobre la cosa. Al respecto, resulta conveniente señalar que la tradición no puede hacerse de cualquier forma, no existe libertad para las partes en cuanto a la forma de hacerla, sino que debe ser efectuada solamente por ´alguna de las formas autorizadas por este Código´ (art. 2378 del Cód. Civ.), desechándose a tales efectos la mera declaración de las partes intervinientes, la cual no suple las formas legales. Vale decir que esta declaración es insuficiente y debe ser completada por la realización de actos que revelen la entrega efectiva de la cosa; no alcanza con la mera voluntad del tradente de darse por desposeído, pues además del consentimiento, se necesita la realización de actos materiales (Cfr. Zannoni Kemelmajer de Carlucci, Código Civil comentado, Ed. Astrea, Tomo 10, pág. 278)" (Sent. N° 657/2015). (CSJT sent: 819 Fecha Sentencia 27/6/2022.

Por otro lado, la escritura de cesión no se encuentra inscripta en el registro inmobiliario lo que la priva de la oponibilidad frente a terceros, en el caso al demandado que postula ser poseedor anual. En tal sentido el antecedente jurisprudencial antes citado, resolvió que: “En síntesis, para el sistema del Código Civil el factum posesorio generaba un derecho -el Jus possessionis- que ya era materia de la tutela legal, y solamente cedía frente al derecho de un poseedor anual; la posesión anual, a su turno, generaba un derecho oponible erga omnnes, también protegido por las acciones posesorias, que solamente se perdía cuando un nuevo poseedor anual -en una suerte de usucapión breve- venía a adquirir el derecho tutelado por las mismas acciones” (...)”

De la prueba testimonial obrante en las videograbaciones agregadas en autos por nota actuarial del 29/11/2022 surge que los testigos Ana María Salas, Pedro Leguizamón Víctor, Manuel Víctor Córdoba y Felisa Leguizamón declaran que el señor segundo Salvador Ibáñez vivía solo en el inmueble. Asimismo, el testigo Pedro Leguizamón declara que el Sr. Subelsa lo ayudaba al Sr. Ibáñez que vivía solo. También la testigo Ana María Salas declaró que Subelsa frecuentaba la casa y que lo vio en el hospital.

Por ello, conforme al cuadro probatorio así definido, cabe concluir que el accionante nunca tuvo la posesión del inmueble, sino que su estadía y permanencia en el inmueble obedeció a las razones de solidaridad con quien las partes reconocen como poseedor del inmueble -el señor segundo Salvador Ibáñez- a quien le prestaba servicios de asistencia médica y algunas otras colaboraciones como describen los testigos en autos. Por ello concluyo que el Sr. Subelsa era un vecino que prestaba colaboración eventual al Sr. Ibáñez y como tal su carácter jurídico es el de servidor de la posesión y no como poseedor. Extremo que es el requisito necesario para la procedencia de la acción posesoria que reclama.

En efecto, tal conducta revela un carácter distinto en relación a la posesión encuadrándose como un servidor de la posesión que tiene la cosa como accesorio de su relación y no en virtud de una causa autónoma de detentación ya que quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión. (art. 1911 CCyC).

"Servidores de posesión" son todas aquellas personas que se encuentran sujetas a las órdenes del propietario o poseedor, de quien reciben sus instrucciones y a quien le deben obediencia y respeto y cuyas tareas laborales se concretan al cuidado o el aseo del inmueble o a la atención de ascensores o máquinas.

Al respecto la doctrina sostiene: “En todos estos casos existe un poder De hecho que se ejerce sobre las referidas cosas más ello no convierte al sujeto que lo despliega en poseedor pues su vínculo con tales objeto no puede escindirse de la relación principal de dependencia servicio hospedaje u hospitalidad Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” dirigido por por Marisa Herrera, Gustavo caramelo y Sebastián Picasso , Tomo IV página 42)

“Despliegan su actividad como ejercitando derechos personales, como sujetos activos o pasivos de ellos, lo sean o no, pero obrando como prolongaciones instrumentales del poder de hecho de otro. En cuanto al vínculo existente entre el "servidor" y el receptor de la actividad, apunta Martín Wolff que no media entre ellos igualdad jurídica sino que se encuentran "unidos por una relación social de autoridad y subordinación. No es la relación que media entre 'la prestación y la deuda', sino la que existe entre 'orden y obediencia'" La "relación de hospitalidad" es la que se genera cuando el poder físico sobre la cosa obedece a razones de amistad, asistencia, cortesía o altruismo, verbigracia, cuando la relación real que nos ocupa responde a un transporte benévolo, o a contactos nacidos con un inmueble y con las cosas colocadas en él en ocasión de invitaciones, reuniones, o agasajos, familiares o sociales, convocados por quien ostente un poder de hecho de rango superior (poseedor o tenedor” Alterini, Jorge Horacio, Alterini, Ignacio Ezequiel, Alterini, Francisco ”Una nueva visión de las relaciones reales (mal llamadas "relaciones de poder") Publicado en: LA LEY 11/12/2017 , 1 • LA LEY 2017-F , 920 .

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Luis Alberto Risso con el patrocinio del letrado Horacio Geria Lépore (28/11/2022), contra la sentencia n° 439 del 3/11/2022 dictada por el Sr. Juez en lo Civil y Comercial Común de la IIª Nominación de este Centro Judicial de Concepción la que se revoca por contrario imperio, y dictando la sustitutiva corresponde

no hacer lugar a la demanda promovida por Julio Alberto Subelsa, a efectos de recuperar la posesión del inmueble domiciliado en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, provincia de Tucumán, por lo considerado, imponiéndose las costas al actor.

4- En materia de costas del recurso, atento la naturaleza de la cuestión se imponen al actor vencido (arts. 61 inc. 1 y 62 del CPCC).

Es mi voto.

La Sra. Vocal Dra. Mirtha Ibáñez de Córdoba se dijo:

Que estando de acuerdo con el voto de la Sra. Vocal Preopinante, vota en idéntico sentido.

Y VISTO, el resultado del presente acuerdo, se

RESUELVE

I).- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por Luis Alberto Risso con el patrocinio del letrado Horacio Geria Lépore (28/11/2022), contra la sentencia n° 439 del 3 de noviembre de 2022 dictada por el Sr. Juez en lo Civil y Comercial Común de la IIª Nominación del Centro Judicial de Concepción, la que se revoca por contrario imperio, y dictando la sustitutiva: I.- No hacer lugar a la demanda promovida por Julio Alberto Subelsa DNI n° 12.293.151, en contra de Luis Alberto Risso en relación a la posesión del inmueble sito en calle Rivadavia n° 544 de la ciudad de Simoca, provincia de Tucumán, compuesto de cuatro metros con cincuenta centímetros de frente y contrafrente por sesenta metros de fondo en ambos lados y linda al Norte, con Aron Lautaro Fernández, al Sud Luis Alberto Risso, al Este: Calle Rivadavia y al oeste: Miguel Ángel Romano, Nomenclatura Catastral en mayor extensión Padrón n° 42.775. II.- Costas a la parte actora vencida según lo considerado

II).-COSTAS: al actor conforme se considera (arts. 61 inc. 1 y 62 del CPCC).”

III).- TENER por introducida la cuestión federal interpuesta por la parte actora y demandada en los términos del artículo 24 de la ley 48.

IV).- HONORARIOS: Oportunamente.

HÁGASE SABER.

Firman digitalmente:

Dra. María José Posse

Dra. Mirtha Inés Ibáñez de Córdoba

ANTE MÍ: Firma digital:

Dra. María Virginia Cisneros – Secretaria

Actuación firmada en fecha 16/05/2023

Certificado digital:
CN=CISNEROS Maria Virginia, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27355189347

Certificado digital:
CN=IBAÑEZ Mirtha Ines, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27142255516

Certificado digital:
CN=POSSE Maria Jose, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27130674513

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.