

Salta, 27 de octubre de 2016.

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados: "**MARSONI**, Claudio Alejandro vs. **AVELDAÑO**, Mario Antonio; **ZABALA MORENO**, Darío Ángel – Interdicto de recobrar" - Expte. N° 1.899/12 del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Familia 1ª Nominación del Distrito Judicial del Norte – Orán-; **Expte. N° CAM 527.011/15 de esta Sala Tercera**, y _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ *El Dr. Marcelo Ramón Domínguez dijo:* _____

_____ I) La sentencia de fs. 178/180, que rechaza el interdicto de recobrar la posesión deducido por el Sr. Claudio Alejandro Marsoni, es apelada por su apoderado letrado, a fs. 186. A fs. 188/193, presenta su memorial. En primer lugar señala que, a tenor de la cláusula segunda del contrato de cesión de derechos y acciones posesorios rolante a fs. 24/25, el codemandado Mario Antonio Aveldaño, cedió a su favor todos los derechos y acciones posesorias que tenía sobre el inmueble objeto de esta litis, el día 1º de noviembre del año 2006, consignando en ese mismo acto que le transfería la posesión de hecho y que el cesionario la recibía. Agrega que en la estipulación cuarta del acuerdo convino que el cedente continuaría viviendo en el inmueble en uso precario, hecho éste que fue aludido por la sentenciante de grado, pero sin esgrimir ninguna valoración jurídica al respecto. En síntesis, refiere que, por medio de su representante ha adquirido la posesión en el momento de la firma del contrato, y discrepa con el criterio que sólo circunscribe a la tradición material como modo de adquisición de la cosa, como si ésta fuera la única manera regulada en nuestra legislación. Invoca, entre otros, el artículo 2.383 del Código de Vélez por el que se juzga hecha la tradición de los inmuebles cuando está libre de otra posesión y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome. También cita el artículo 2.380 que dispone que puede hacerse la tradición de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesión que tenía, y ejerciendo el adquirente actos posesorios en presencia de él y sin oposición alguna. Dice que es irrelevante determinar si hubo o no tradición, si se hizo de ésta u otra manera, porque ello nos lleva a desvirtuar el objeto de la pretensión. Advierte que jamás estuvo controvertida la forma o el modo en

que habría adquirido la posesión del inmueble, sito en calle 25 de Mayo N° 62 de la ciudad de Orán, sino más bien otras cuestiones. Asimismo, dice, no se advirtió que el demandado Mario Aveldaño no se ha presentado a ejercer su derecho de defensa, encontrándose en situación de rebeldía, motivo por el cual, sostiene, mal puede considerar la Jueza de grado que no había existido una tradición del lote. Agrega que, meritando las pruebas rendidas, surge que Aveldaño, al ceder su posesión a Marsoni, transfirió su condición jurídica, transformándose en un mero tenedor de la cosa, por lo que desde el 01 de noviembre de 2006, ocupaba el inmueble en carácter de tenedor y de representante de la posesión del actor. Remite a los dichos de los testigos. Por último, destaca que Darío Zavala planteó la caducidad de la acción, las excepciones de falta de legitimación y arraigo y, por otro lado, un incidente de nulidad de notificación, reclamos todos rechazados, sin que mereciera condena en costas. _____

_____ A fs. 196/198, replica los agravios el Dr. Diego Rivetti (el 13 de mayo de 2015), en su condición de apoderado del Sr. Darío Ángel Zabala Moreno. Dice que es palpable y evidente que el actor equivocó la vía elegida ya que no probó su posesión o tenencia previa del inmueble objeto de autos, ni menos aún el despojo. Sin perjuicio de ello, destaca que el juicio de posesión veinteñal incoado se encuentra finalizado a la fecha por la declaración de la caducidad de instancia, situación que torna de cumplimiento imposible el instrumento acompañado a fs. 24. _____

_____ A fs. 204, luce la cédula de notificación dirigida a Mario Antonio Aveldaño, por la que se le corre traslado del memorial de agravios y, en cumplimiento a lo ordenado a fs. 219, se agrega a fs. 226/227, la diligencia que le hace conocer al citado de la sentencia que dispuso el rechazo de la demanda. _____

_____ II) En autos Claudio Alejandro Marsoni ha planteado un *interdicto de recobrar la posesión*, pretensión enderezada en contra de Mario Antonio Aveldaño y de Darío Ángel Lucas Zabala Moreno, con sustento en un contrato de *Cesión de Derechos Posesorios*. Del instrumento glosado a fs. 24, y según lo expuesto por el apelante, surge que el actor adquirió el 1° de noviembre del

año 2006 los derechos y acciones posesorios que Aveldaño declaró tener sobre el inmueble ubicado en calle 25 de Mayo N° 62 e individualizado con el Catastro 3.585 del Departamento de Orán. El recurrente afirma haber adquirido de hecho la posesión sobre el predio cedido, según lo consignado en la cláusula segunda del convenio y haber autorizado a Aveldaño a continuar en el *uso precario* de la fracción que ocupaba, sólo como *vivienda* personal, con la expresa indicación de que no podía ejercer otra actividad en el inmueble, hasta tanto se resolviera el juicio de usucapión promovido por el cedente en contra del titular registral señor Roberto Donat (fallecido). Según refiere al deducir la pretensión, Aveldaño incumplió lo acordado, pues en fecha 02 de agosto de 2011, cedió por segunda vez los derechos y acciones – que supuestamente ya no tenía- a Zabala Moreno, quien ha realizado actos materiales en el terreno, despojándolo de la posesión que tenía e impidiéndole el ingreso a la propiedad. _____

_____ Corrido traslado de la demanda, el Sr. Aveldaño no comparece a contestar, por lo que se lo declara en rebeldía. Por su parte, el coaccionado, Sr. Darío Ángel Lucas Zabala Moreno, replica la demanda, a fs. 117/125, previo planteo de defensas, y niega que el actor haya adquirido derecho alguno sobre el inmueble o que haya tenido la posesión, desconociendo valor al contrato celebrado entre Aveldaño y Marsoni. Afirma que este último intentó comprar los derechos y acciones sobre el catastro referido, pero no concretó la operación. _____

_____ III) El interdicto de recobrar no es una acción posesoria propiamente dicha, ni una acción real fundada en una presunción de propiedad, sino una institución tendente a prevenir la violencia y el atentado a hacer justicia por sí mismo, ya que en este sentido se procura proteger a quien venía detentando, o explotando, usando, aprovechando o poseyendo, contra un ataque realizado, ya violenta o clandestinamente, que desvirtúe la situación de hecho anterior; no se reconoce ningún derecho al detentador más que el de no ser impedido u obstaculizado de ese hecho hasta tanto la cuestión sea resuelta en la acción posesoria o petitoria correspondiente (CJS, Sala III, Tomo 20, pág. 224; id. id., “Boletín Judicial – Provincia de Salta”, tomo XII, pág. 132; id., Sala II,

“Boletín Judicial – Provincia de Salta”, tomo XIII, pág. 122; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1994, f° 282; t. 1995, f° 322; t. 2000, f° 97; t. 2001, f° 822). Coincidentemente, se ha señalado que el interdicto de recobrar tiene por finalidad prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo, por lo que resulta ajena a dicha vía la dilucidación de las relaciones de derecho que puedan vincular a las partes, cuestiones que deben ventilarse ante el juez competente y en la forma que corresponde (CSJN, 30-12-97, Rep. E.D. 32-31, n° 1). Son, por lo tanto, inoperantes las alegaciones sobre el dominio y los títulos que puedan acreditarlo, ya que el objeto de la litis tiende a restablecer la situación de hecho sin abrir juicio sobre la posesión o la propiedad (CSJN, J.A. 1944-IV-828; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1997, f° 420). _____

_____ Tal cual aparece configurado el interdicto de recobrar en la normativa de los artículos 622 y siguientes del Código Procesal, el actor debe probar: a) que él o su causante tenía la posesión o la tenencia de un bien mueble o inmueble al tiempo del despojo; b) que fue privado total o parcialmente de esa posesión o tenencia, con violencia, clandestinidad o abuso de confianza y, c) que no se encuentra cumplido el plazo de caducidad establecido en el artículo 629 del Código Procesal. Este último recaudo de la temporaneidad para el ejercicio de la acción, ya ha sido analizado en la sentencia de autos, en la que se dispuso que la acción no ha caducado, sin que se haya objetado tal punto. _

_____ a) El primer requisito de procedencia de esta acción es, entonces, el de acreditar el demandante haber tenido la posesión a la época del despojo o desapoderamiento. En efecto, tal cual aparece configurado el interdicto de recobrar en la normativa de los artículos 622 y siguientes del Código de forma, es quien alega el despojo el que debe acreditar la posesión o tenencia del bien antes del hecho por el que violenta o clandestinamente fue privado del mismo (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1996, f° 292/295), a lo que la doctrina le ha añadido la causal de abuso de confianza (Fenochietto Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. III, pág. 214/215). _____

_____ Vigente el nuevo Código Civil y Comercial, la Sala sostuvo (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2016, f° 177/183): “... la posesión entendida en el sentido plasmado por el artículo 2.351 del Código Civil de Vélez, esto es

poseer la cosa con intención de someterla al ejercicio de un derecho real, se configuraba con los dos elementos: *corpus* y *animus*. En el Código Civil y Comercial, la posesión se encuentra conceptualizada en el artículo 1.909 cuando dice que ‘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’, configurándose también con los dos elementos del *corpus* y el *animus* (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 2016, fº 35/40; t. 2016, fº 157/163.” _____

_____ “Tanto en el nuevo como en el derogado régimen legal, para que exista posesión resulta necesario el *corpus*, esto es un poder que conlleva una relación de señorío de hecho sobre la cosa. Este poder sobre la cosa “implica su disponibilidad de hecho, posee la cosa quien la tiene en su esfera de control teniendo la concreta posibilidad de disponer de ella” (Nelson G.A. Cossari, *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Director Jorge H. Alterini, Thomson Reuters La Ley, año 2015, t. IX, pág. 204). También el tenedor, tanto en el régimen anterior como en el actual, tiene la cosa bajo su poder, ejerciendo ‘un poder de hecho sobre la cosa’, pero en lugar de comportarse como titular de un derecho real, ‘se comporta como representante del poseedor’ (cf. artículo 1910); y el artículo 2.352 del Código de Vélez decía que el que efectivamente tiene una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario, concepto éste que reiteraba en el artículo 2.461.” _____

_____ “En cuanto al *animus* de la posesión, es la intención de poseer como propietario, usuario, usufructuario, superficiario, lo que se traducirá en actos materiales, en una conducta del sujeto que llevará a decidir si se está en presencia de una posesión o de una tenencia. Cossari, insiste “que la definición actual coloca el tema en sus justos términos al poner el acento en el comportamiento externo de quien ejerce el señorío sobre la cosa” (ob. citada, pág. 209).” _____

_____ “Siendo la posesión un estado de hecho, el derecho le otorga protección por medio de acciones judiciales, algunas de ellas contempladas en la legislación de fondo -acciones posesorias propiamente dichas y acciones

posesorias policiales en el régimen derogado- y otras, en los códigos de procedimientos donde se regulan los interdictos, que constituyen un remedio policial urgente de situaciones también urgentes. El objeto de esta vía procesal expedita y rápida es prevenir la violencia y evitar la posibilidad de que las personas se hagan justicia por mano propia, en un todo de acuerdo con lo que disponía el artículo 2.468 del Código Civil, que prohibía las vías de hecho a fin de tomar la posesión de las cosas y que en el Código actual se plasma en el artículo 239.” Hasta aquí el precedente citado. _____

_____ Como se señalara con anterioridad, en los interdictos no se admite la discusión de quien tiene un mejor derecho sobre la cosa, debiendo las cuestiones relativas a los derechos que pudieran tener las partes sobre ella, ser dilucidadas en el proceso de conocimiento correspondiente. Basta que quien detentaba materialmente la cosa haya sido desplazado de la misma en contra de su voluntad para que ya se encuentre legitimado a reclamar la restitución de las cosas a su estado anterior. _____

_____ Partiendo de esta base, resulta fundamental para resolver la cuestión controvertida en autos, determinar quién o quiénes ejercían la relación de poder sobre el inmueble a la fecha de los hechos que originan la interposición de la defensa posesoria. _____

_____ El actor ha adjuntado un instrumento privado de cesión de derechos posesorios, con firmas certificadas (fs. 24/25), en virtud del cual, Mario Antonio Aveldaño, quien se declara poseedor del inmueble con Catastro 3.585 del Departamento Orán, manifiesta haber iniciado un juicio de usucapión respecto del bien en cuestión, cede a Claudio Alejandro Marsoni (a través de su representante Nicolás Rafael Ortiz), todos los derechos y acciones que hace valer en dicho proceso, “recibiendo el cesionario la posesión en este mismo acto” (Cláusula 2ª). En dicho contrato, las partes convienen “autorizar al cedente a continuar en el uso precario de la fracción que ocupaba y sólo en carácter de vivienda, no pudiendo ejercer actividades que impidan o interrumpan los trabajos que el cesionario realizará en el mismo para obras futuras, limitando el plazo de esta autorización de uso hasta que se resuelva el juicio mediante la sentencia definitiva en el proceso posesorio,

comprometiéndose el cedente a que una vez abonado el saldo del precio acordado, desocupará inmediatamente el mismo” (Cláusula 4ª). _____

_____ El señor Aveldaño, invoca haber ejercido, de acuerdo con las constancias de autos, la posesión del inmueble objeto del pleito. Con tal motivo, ha iniciado, mediante Expte. N° 44507/06, el juicio de prescripción adquisitiva contra el titular registral, causa en la que el 10 de marzo de 2015, se ha declarado la caducidad de la instancia, mediante resolución que se encuentra firme (fs. 279/280, 298 y 304 de tales autos que se tienen a la vista).

_____ En ejercicio de la alegada posesión, cedió los derechos y acciones que de ella se derivaran al señor Marsoni, mediante el contrato agregado a fs. 24. Si bien en el instrumento presentado por el actor se consigna que se hace entrega de la posesión, tal declaración, en principio, no es suficiente a dichos fines, pues debe ser completada por la realización de otros actos que revelen la efectiva entrega de la cosa. El artículo 1.924 del Código Civil y Comercial dispone que hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega, de darla a quien la recibe o de éste de recibirla. Pero, además, la cosa debe estar libre de toda relación excluyente y no debe mediar oposición alguna (artículo 1926). _____

_____ En síntesis, el acuerdo de cesión de derechos posesorios debe ser completado con la entrega efectiva del inmueble sobre los que recaen, a excepción de casos especiales en los que el Código prescinde de ella y que son la *traditio brevi manu* y *el constituto posesorio*. _____

_____ Refiriéndose al último instituto mencionado, decía el artículo 2.462, inciso 3° del Código de Vélez que quedaban comprendidos en la tenencia: “el que transmitió la propiedad de la cosa y se constituyó en poseedor a nombre del adquirente”, lo que resultaba una excepción a los artículos 577 y 3265. El Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a dicho modo de adquisición de la posesión en el artículo 1.923. _____

_____ Kiper sostiene que esta figura, de indiscutible naturaleza contractual,

permite que, quien está poseyendo por sí, transmita la posesión, pero conserve la cosa en su poder en calidad de tenedor o, en otros términos, constituyéndose en poseedor en nombre del adquirente. El transmitente, no obstante mantener la relación material con la cosa, desciende de la categoría de poseedor a la de tenedor. Por una cuestión de economía y práctica, a fin de evitar inútiles desplazamientos de la cosa, la ley prescinde de la realización de actos materiales, resultando suficiente el acuerdo de voluntades (aut. cit., *Tratado de derechos reales*, Tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pág. 160)._____

_____ Como hemos señalado precedentemente, en la Cláusula 4ª del contrato de cesión de derechos posesorios entre Marsoni y Aveldaño, las partes convinieron “autorizar al cedente a continuar en el uso precario de la fracción que ocupaba y sólo en carácter de vivienda, no pudiendo ejercer actividades que impidan o interrumpan los trabajos que el cesionario realizará en el mismo para obras futuras, limitando el plazo de esta autorización de uso hasta que se resuelva el juicio mediante la sentencia definitiva en el proceso posesorio, comprometiéndose el cedente a que una vez abonado el saldo del precio acordado, desocupará inmediatamente el mismo”. _____

_____ Respecto del significado de “uso” o “tenencia precaria”, encontramos varias acepciones. En un sentido restringido, es un préstamo revocable a voluntad del que lo ha hecho. Un concepto más amplio, enseña Salvat, comprende toda tenencia simple, en la que el tenedor está obligado a la restitución de la cosa. Partiendo de esa base, la simple tenencia suele también ser llamada “detención precaria o a título precario” (Salvat, *Derecho Civil Argentino*, Derechos Reales, t. 1, p. 319). Es que debe advertirse que la palabra “precario” aquí es empleada en un sentido diferente al que tenía en el Derecho Romano. En este último, el precario era un contrato innominado, consistente en la concesión gratuita del uso de una cosa, con obligación para el precarista de devolverla a la primera requisición del propietario. La detención precaria o a título precario de nuestro derecho, es algo completamente diferente, porque si bien existe la obligación de restituir la cosa, esa obligación no está librada, en cuanto a su exigibilidad, a la voluntad arbitraria del propietario de la cosa, sino que, por el contrario, su cumplimiento puede ser

exigido únicamente en los términos y condiciones que resulten de la causa o al título que le dio nacimiento (Salvat, ob. cit., p. 319 y 320). Como indica Vélez en la nota al artículo 2.480, la palabra precario tiene hoy una significación más extensa que la que le daba el Derecho Romano, porque no sólo significa una concesión revocable a voluntad del propietario, sino que se aplica a toda concesión que no es hecha a título de propietario, a toda concesión en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia o posesión de la cosa. En esa dirección, se ha dicho que una noción amplia de precario admite todos los supuestos "de ocupación, tenencia, o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario" (Álvarez Alonso, *El Desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación*, edit. Abeledo-Perrot, p. 200). _____

_____ Es síntesis, la tradición a Marsoni de la posesión del inmueble se hizo efectiva, no a través de la declaración en el instrumento privado, ni mediante la realización de actos materiales y posesorios, sino mediante la constituto posesorio en virtud de la cual el cedente quedó ocupando el lugar con carácter de tenedor precario. Así lo expresa el actor en su absolución de posiciones rendida a fs. 137 vta./138, al sostener que quien vivía allí era Aveldaño, a quien luego de celebrada la cesión lo dejó *como cuidador* pero que no hizo ninguna obra y *nunca residió* en el mismo. A su turno, el testigo Hugo Dino Di Paolo (fs. 138/138 vta.) dice que actuó como intermediario en la venta que le hizo Aveldaño a Marsoni, que el boleto se hizo en el estudio del Dr. Tulián y allí se entregó una seña. Agrega que, cuando Aveldaño le dijo que había cedido el inmueble a Zabala, le comentó que no podía hacer eso, y Aveldaño le habría contestado que él mismo arreglaría todo. Por su parte, el testigo Nicolás Rafael Ortíz (fs. 139/139 vta.) declara que el 1° de noviembre de 2006 adquirió un lote de terreno por cuenta y orden de Marsoni; que lo ocupaba Aveldaño, hasta la última vez que fue a Orán, el 7 de junio de 2011. Sostiene que él compró para Marsoni los derechos y acciones y que sólo había una casa precaria, y que autorizó al cedente a continuar ocupándolo hasta que se hiciera la escritura. Dice que él firmó el contrato con poder y que el intermediario fue

el Sr. Di Paolo, pero no se hicieron otros pagos porque el saldo debía pagarse al momento de la escrituración. Por su parte, Zabala Moreno (fs. 137/137 vta.) al absolver posiciones dice que, al “adquirir” el inmueble, allí vivía el Sr. Aveldaño y una señora que también firmó la cesión, quienes ese mismo día se retiraron y le hicieron entrega del lote. _____

_____ En consecuencia, el actor ha acreditado haber adquirido la posesión mediante *constituto posesorio* y la mantuvo hasta el momento de la lesión o despojo, mientras que Aveldaño tenía con el inmueble la relación de un mero ocupante, cuidador o tenedor precario, esto es, de aquella persona que reconoce en otra un mejor derecho (artículos 2.352 y 2.461 del Código Civil velezano), o de quien, por sí o por otro, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor (artículo 1910 del Código Civil y Comercial). _____

_____ b) El segundo requisito de procedencia de esta acción policial, es acreditar haber sido privado total o parcialmente de esa posesión con violencia, clandestinidad o abuso de confianza. _____

_____ La violencia no se identifica con cualquier vía de hecho, sino que debe ser uno de los supuestos previstos en la ley. La fuerza puede ser material o moral. Se configura cuando existe un despojo (como quitar o cambiar la cerradura, o impedir el libre acceso al poseedor o tenedor). En general, puede incluirse el rechazo al pacífico intento de recuperación (CNCiv., Sala B, L.L., 77-19; id., Sala D, L.L., 91-289; id., Sala E, L.L., 105-949, sum. 7.478). _____

_____ Por clandestinidad puede entenderse los recaudos fácticos que el despojante toma con el fin de ocultar su ocupación para que el despojado no pueda oponerse; es decir, importa un proceder artero, disimulado, oculto (C1a. Apel. Mar del Plata, 24-11-64, L.L. 118-129; CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1996, fº 292/295; t. 2000, fº 233). _____

_____ Finalmente, a las causas legales de *violencia* y *clandestinidad*, la jurisprudencia y la doctrina han añadido la consistente en el *abuso de confianza*, la que tiene lugar frente a cualquier maniobra dolosa o fraudulenta tendente a tomar la posesión o la tenencia o a la pretensión de convertir en éstas la simple calidad de servidor de la posesión (Palacio, *Derecho Procesal*

Civil, Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo VII, pág. 40); es decir, se ha admitido también que el despojo puede consumarse abusando de la confianza del anterior poseedor o tenedor (CApel. CC. Salta, Sala III, t. 1995, f° 322; id. Sala V, t. 1998, f° 1767). Por lo tanto, siguiendo un criterio amplio, se ha entendido que queda el despojo configurado en todas las hipótesis de desapoderamiento de propia autoridad sin el consentimiento del poseedor, aprehendido éste con los alcances previstos en el artículo 2.490 del Código Civil [velezano]; en otros términos, “todo acto de esa especie que cause ese desapoderamiento, salvo el caso de autodefensa contemplado en el artículo 2.470 del mismo Código, constituye el factum que pone en juego la defensa posesoria a favor del despojado” (Bendersky, comentario a fallo de la CNCiv., Sala C, 10-6-59, L.L. 95-351); y este criterio amplio del despojo, es la postura actualmente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia (Cornejo, *El ejercicio de la acción de despojo en las servidumbres discontinuas*, en “Boletín Judicial” –Provincia de Salta-, año 1975, tomo XIII, pág. 15; Papaño, Dillón y Cause, *Derechos Reales*, Bs. As., Depalma, tomo I, 1989, pág. 141/143; CApel. CC. Salta, t. 1995, f° 322; t. 1998, f° 1776).

_____ El actual Código Civil y Comercial de la Nación, en ocasión de regular la acción sustancial de despojo dice que comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia (artículo 2241).

_____ En el caso, habiendo sido Aveldaño un cuidador de la posesión del actor, al haber vuelto a ceder derechos que ya no tenía, en ausencia del poseedor, adoptando precauciones para sustraerla al conocimiento de la persona que tiene derecho a oponerse, se ha concretado una desposesión o desapoderamiento por clandestinidad.

_____ IV) En este sentido, además, debe advertirse que el cedente ha pretendido transmitir un derecho más extenso y mejor del que en realidad tenía. De acuerdo con un viejo principio de origen romano y receptado en nuestro derecho, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que se posee (“*Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse haberet*”,

Domicio Ulpiano, Digesto, 50, 17, 54). Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de este título, lo transmita a un tercero de buena fe. La aplicación estricta de aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto. Por lo que la ley lo protege. La misma deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico y la buena fe (Cf. Clusellas, G., L., *La apariencia y la buena fe en la relación del agente comercial con un tercero*, LL 1997-E-301). La teoría de la apariencia tiende a proteger al contratante que actuó de buena fe. Dado que, según el principio de la apariencia, la existencia y el alcance de un acto deben juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad (CNCom., Sala B, “Plus Computers S.A. c/ Hitachi-Data-Systems S.A.”, del 4-10-2000; ídem, “Gismondi, Adrián Alejandro y otro c/ Ascot Viajes S.A.”, del 17-12-1999). Dos son los requisitos generales de la teoría de la apariencia: a) una situación de hecho que por su notoriedad sea objetivamente idónea para inducir a engaño a los terceros acerca del estado real de aquélla; y b) la buena fe del tercero, consistente en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia (CNCom., Sala B, 27-12-2010. “Cepeda, Diego Mariano c/ Argos Compañía Financiera de Seguros S.A. y otros s/ ordinario”, ED, 2-9-2011, nro 12.826, publicado en 2011). _____

_____ En el *sub judice*, al contestar la demanda, el mismo Zabala Moreno reconoce que hubo una operación de cesión previa por la que Marsoni pagó un anticipo y tuvo “innumerables comunicaciones” telefónicas con Aveldaño (fs. 124). Pero además, tampoco pudo desconocer que los derechos posesorios habían sido anteriormente cedidos pues, en el contrato de cesión que suscribió con Aveldaño el 2 de agosto de 2011 (fs. 126), se consigna que el expediente donde tramita el juicio de posesión veintañal pasa a formar parte del instrumento. _____

_____ El deber de diligencia que hace a la buena fe, le imponía consultar dicho proceso del que conocía, al menos, desde la fecha del contrato de cesión que él mismo suscribió. Sin embargo, Zabala Moreno, con su patrocinante

letrado, el Dr. Alvar Andrés Arranz, recién solicitó la vista del expediente de prescripción adquisitiva, a fs. 214 de tales autos, el 3 de noviembre de 2011, solicitud que reitera a fs. 229/230, el 1 de diciembre de 2011, es decir varios meses después de su aludida adquisición de los derechos posesorios sobre el lote. _____

_____ En efecto, de los antecedentes de dicho proceso de usucapión, surge que, a fs. 81/83 (original fs. 128/129), se encuentra incorporada la primera cesión y respectiva aceptación de Marsoni, y, a fs. 86, el Dr. Varg, presentado en autos en su nombre, denuncia que su mandante es cesionario de los derechos posesorios que se pretendían hacer valer en el proceso. Siempre refiriéndome al juicio de prescripción adquisitiva, surge que, Marsoni, mediante distintos representantes procesales, ha intervenido en el proceso prescriptivo, el 22 de septiembre de 2008 (fs. 86 vta.), el 11 de noviembre de 2010 (fs. 179) , el 23 de septiembre de 2011 (fs. 195), entre otros. De allí que, Zabala Moreno debió, diligentemente, consultar el proceso de prescripción adquisitiva antes de firmar el contrato de cesión. Cabe destacar que, a fs. 239 de tales autos, el Dr. Tulián, quien intervino originariamente como apoderado del actor (ver. fs. 2/3 de dicho proceso), dice que, si bien Marsoni se había comprometido a hacerse cargo de sus honorarios profesionales, el 2 de noviembre de 2011 se realizó una nueva cesión de derechos sobre el inmueble a favor de Zabala Moreno, quien aceptó asumir el pago de tales emolumentos en lugar de Marsoni. _____

_____ En estas condiciones, no puede más que confirmarse que el pretenseo nuevo cesionario no es más que un intruso frente al accionante, pues, diligentemente, no pudo desconocer la cesión original. Todos estos elementos ponen de resalto la irrelevancia que, frente a ellos tienen las declaraciones de los transeúntes y conocidos que Zabala Moreno dice haber recolectado a fin de corroborar que Aveldaño era el único poseedor. _____

_____ V) Por otro lado, es de señalar que, para convertirse realmente el cedente en poseedor, resultaba necesario que él o el codemandado Zabala Moreno, acreditaran la interversión de su título frente a Marsoni, esto es el cambio de la causa de la relación de Aveldaño con la cosa, lo que no ha

ocurrido. _____

_____ En efecto, de acuerdo con lo que disponía el artículo 2.353 del antiguo Código Civil, nadie podía cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión y el que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se prueba lo contrario. Para poder cambiar la causa de la posesión o de la tenencia resultaba necesario que la persona interviera su título, interversión ésta que debe surgir de manera clara y contundente mediante la exteriorización de actos que pongan de manifiesto tal voluntad. Y obviamente la carga de la prueba recae sobre quien invoca dicha interversión. _____

_____ Este principio de la inmutabilidad de la causa en virtud de la cual se posee o se detenta la tenencia de la cosa implica que “el poseedor o tenedor no puede, por un acto de propia voluntad desprovisto de manifestación exterior, cambiar la causa o título de su relación con la cosa, no importa el tiempo durante el cual perdure esa relación” (Alberto J. Bueres, *Código Civil Comentado*, Hammurabi- José Luis Depalma Editor, año 1.997, t. 5, p. 99). _____

_____ Un supuesto de interversión del título que se configuraba cuando por actos materiales se excluía al poseedor y el artículo 2.458 del Código Civil disponía que “se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y cuando sus actos producen ese efecto”. Es decir, cuando el representante del poseedor interviene su título, excluye a éste y pasa a ser él mismo poseedor. El poseedor anterior pierde la posesión, desde que no pueden concurrir sobre la misma cosa dos posesiones iguales y de la misma naturaleza (artículo 2.401 del Código Civil). _____

_____ La interversión del título exige condiciones rigurosas y obviamente no basta con una mera declaración. Así se ha dicho que “cuando la detentación de la cosa comienza a ejercerse en otro carácter no basta el cambio interno de la voluntad para la interversión del título, ni siquiera su exteriorización por simples actos unilaterales...es menester que el tenedor realice un acto positivo de voluntad que revele el propósito de contradecir la posesión de aquél en cuyo nombre se tenían las cosas, de manera tal que no deje la más mínima

duda sobre su intención de privarlo de la facultad de disponer de ella” (Bueres, ob. citada, p. 239). La mera voluntad del tenedor no resulta suficiente, “pero tampoco basta que la voluntad se manifieste, ya que “la posesión subsiste aún cuando el que poseía a nombre del poseedor, manifestare la voluntad de poseer a nombre suyo...” (artículo 2.447 y su anotación). Es menester que existan actos exteriores que reflejan la voluntad del tenedor de provocar la pérdida de la posesión, pero solo “cuando sus actos producen ese efecto” (Llambías - Alterini, *Código Civil Anotado*, Ed. Abeledo Perrot, año 1.981, tomo IV-A, p. 208). _____

_____ Evidentemente en el caso de autos, el señor Aveldaño carecía de derechos para transferir derechos posesorios desde que quien detentaba la posesión del inmueble era el actor y ello aún cuando no habitara en el lugar desde que la posesión se conserva sólo mediando *animus*, conforme lo establecía el artículo 2.445 del Código de Vélez. En este sentido se ha dicho: “para conservar la posesión no es necesario estar siempre en contacto material con la cosa, o ejercer permanentemente actos posesorios sobre ella, sino que es suficiente con la intención o ánimo de conservarla” (Papaño, Kiper, Dillon, Causse, *Derechos Reales*, Depalma, t. I, pág. 95). _____

_____ Tampoco se había configurado un supuesto de abandono de la posesión por parte de la actora desde que de acuerdo a lo que disponía el artículo 2.454 del Código de Vélez, se pierde la posesión cuando el poseedor “hace abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante”. Para que se tipifique el abandono resulta necesario que el poseedor se desprenda de la cosa poseída, “sin la intención de poseerla en el futuro y sin ánimo de transmitírsela o de hacérsela adquirir a persona alguna” (Claudio Kiper, *Código Civil de la República Argentina Explicado* – Directores: Compagnucci de Caso y otros, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2011, tomo VI, pág. 340). _____

_____ Además, resulta relevante advertir que el cedente no se ha presentado a la causa a hacer valer derechos, encontrándose en estado de rebeldía. Ahora bien, siendo que el señor Aveldaño carecía de derechos posesorios, los que fueron transferidos sin que el apelante interviniera en el negocio jurídico, no

cabe duda que el señor Zabala Moreno frente a Marsoni, reviste el carácter de intruso, y por lo tanto, aquél carece de derechos para permanecer en el inmueble objeto del juicio. Así, refiriéndose al desalojo, Salgado, citando a Salvador Álvarez Alonso, se refiere a la situación de una persona que se introduce en un inmueble contra la voluntad del dueño por medio de una cesión de contrato de locación inoponible al locador. Sostiene el autor que, para este caso se torna aplicable el artículo 3.270 del Código Civil (artículo 399 del Código Civil y Comercial), en virtud del cual nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que tenía, por lo cual el locatario, al carecer del derecho de cesión, convierte en intruso a aquél a quien ha cedido su carácter, por lo cual este último personaje no le podrá oponer la cesión al propietario locador (Salgado, *Locación, comodato y desalojo*, ed. La Rocca, Bs. As., 2008, pág. 361). _____

_____ De allí que el señor Zabala no ha demostrado tener derecho alguno a la ocupación del lote en su carácter de sucesor particular y ello, por cuanto al ser la posesión un hecho -y no un derecho- devenía necesario acreditar la realización de actos posesorios por parte de quien le transmitió los derechos posesorios, lo que no tuvo lugar en el caso. _____

_____ VI) En virtud de lo expuesto, voto por la admisión del recurso interpuesto, imponiendo las costas en ambas instancias a los demandados (artículo 67 del Código Procesal). _____

_____ *La Dra. Nelda Villada Valdez dijo:* _____

_____ Que adhiere al voto del Dr. Marcelo Ramón Domínguez. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA** _____

_____ **D) HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 186 por el Sr. Claudio Alejandro Marsoni, mediante la actuación procesal de su apoderado, en contra de la sentencia de fs. 178/180, **REVOCANDO** la sentencia de fs. 178/180 vta. y **HACIENDO LUGAR** al interdicto de recobrar deducido a fs. 38/42. En consecuencia, **ORDENAR** que el señor Darío Ángel Lucas Zabala Moreno, haga entrega del inmueble sito en calle 25

de Mayo N° 62 de la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, identificado con la Sección 6, Manzana 122, Parcela 15 “c”, Matrícula N° 3.585 del Departamento Orán, Provincia de Salta, al señor Claudio Alejandro Marsoni, en un plazo de diez (10) días hábiles de la notificación de la providencia “Por recibidos”, bajo apercibimiento de deshaucio. **CON COSTAS** en ambas instancias a la demandada. _____

_____ **II) CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **REMÍTASE**. _____