NEUQUEN, 26 de Julio de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MESSINEO MICHEL DARIO C/ COMAHUE GOLF CLUB S.A. S/ INTERDICTO"**, (Expte. **EXP** Nº **505437/2014**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 2 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 355/358 vta., que hace lugar al interdicto de retener, y condena a la demandada a cesar en los actor turbatorios, permitiendo sin ningún tipo de restricciones o limitaciones, el ingreso y egreso del actor y su grupo familiar y afines, bajo cualquier tipo y forma de movilidad al inmueble designado como UF6 del Comahue Golf Club S.A., con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan los honorarios que se les regularan por bajos (fs. 363/364).

a) La recurrente se agravia por entender que la sentencia de grado se apartó de la prueba producida en el proceso, ya que en autos se encuentra probado que la posesión del actor fue absolutamente clandestina hasta la fecha de interposición de su demanda.

Señala que en la demanda el actor sostiene que la UF6 se encontraba bajo su exclusiva posesión por haberla adquirido el día 6 de enero de 2011, por intermedio de un boleto de compraventa, y que la posesión que ostentaba no tenía vicio alguno, siendo anual, pública, continua e ininterrumpida. Dice que también se sostiene en la demanda que el inmueble fue adquirido por venta que le hiciera su propia

madre Mabel Blanca Arétola por interpósita persona, y que existió una transferencia de la acción ordinaria nominativa del club a su favor en fecha 25 de abril de 2013.

Sigue diciendo que la sentencia cuestionada soslayó analizar la documentación que el propio actor presentó, ni tampoco tuvo en cuenta el desconocimiento expreso que su parte hizo de dicha prueba.

Afirma que era la actora quién tenía la carga de probar, ante el desconocimiento expreso de la documental. Agrega que existe contradicción en la postura de la accionante, por cuanto primero manifiesta que su antecesor en la posesión era su madre, y más adelante señala que su antecesor es el señor Fabrizio.

Con respecto a la cesión de la acción señala que el actor presenta una cesión del señor Fabrizio directamente al accionante, pero que éste último no firma.

Entiende que lo dicho pone de manifiesto la marginalidad y clandestinidad con las que se llevaron a cabo estas operaciones.

Destaca que tampoco probó el actor que realizó estas operaciones anoticiando al club.

Sostiene que el propio actor reconoció que empezó a habitar la unidad funcional n° 6 en el año 2008, en carácter de inquilino del señor Pedro Daniel Fabrizio, percibiendo la demandada, del actor, el pago de expensas y de cuota social en tal carácter; que la venta que el señor Fabrizio le habría hecho a la madre del actor nunca fue comunicada al club.

Pone de manifiesto que del boleto de compraventa que acompaña el actor, reiterando su desconocimiento, no surge que aquél sea el comprador.

Considera que la jueza de primera instancia tiene por probado que la posesión del demandante fue pública, cuando éste reconoce que adquirió la propiedad por interpósita persona, como así tampoco se acreditó que la demandada estuviere anoticiada de esta venta.

Manifiesta que como prueba de la clandestinidad del actor también aparece la carta documento de fecha 7 de octubre de 2014, anterior al inicio de este juicio, mediante la cual la demandada le intimó al actor, de buena fe, que presentara la documentación que sustentaba su derecho de propiedad, siendo el silencio la respuesta del demandante.

Formula queja porque, a su entender, la jueza de grado omitió considerar el contexto previo que involucraba a las partes: el actor como poseedor clandestino, remiso a contribuir con los gastos de la unidad funcional que habitaba, ocultando la causa de su posesión; y la demandada que continuaba siendo titular registral de la unidad funcional y que le requería formalmente al actor que presentara la documentación pertinente que hacía a su derecho de propiedad, para formalizar el actor de escrituración y poder iniciar el cobro judicial de expensas.

También se agravia por entender que la a quo omitió valorar que la demandada asumió conductas previas tendientes a que el actor regularizara su situación, y él se mantuvo en silencio, asumiendo luego, la accionada, solamente conductas conservatorias de su patrimonio, y del de todos los vecinos del lugar, que conforman el consorcio y aportan a los gastos comunes.

Afirma que la sentencia recurrida convalida un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa a favor del actor.

Cuestiona el fallo de grado por considerar que convalida la morosidad del actor, no sólo para con el club demandado sino también para con el fisco.

Entiende que si la situación de autos hubiera sido sentenciada con base en el Código Civil y Comercial, su art. 2.069 habilita el desalojo del actor, toda vez que éste es un ocupante y no un propietario, por lo que la conducta asumida por la demandada es proporcional y no turbatoria.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de as costas procesales.

Apela los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia, por altos.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 376/381 vta.

Dice que más allá de cual sea la posesión o tenencia que ejerza sobre la cosa, tiene legitimación para promover la presente acción con el objeto de evitar actos turbatorios y/o el uso de justicia por mano propia. Reitera que no importa si es propietario –que lo es-, comodatario, inquilino, ocupante o usurpador, toda vez que ninguna de esas opciones le da derecho a la demandada a actuar como lo hizo, impidiendo el libre uso y goce del inmueble por el actor y su familia.

Se pregunta de que marginalidad, clandestinidad u ocultamiento habla la demandada, cuando ella misma le exigía mediante carta documento el pago de las deudas generadas por el inmueble, y hasta lo intimó a escriturar.

Manifiesta que ningún sentido tienen los argumentos de su contraria en cuanto a la puesta en conocimiento de la calidad en que se ocupaba el inmueble y, eventualmente, como se instrumentó. Agrega que la ley procesal

restringe la prueba a demostrar solamente el hecho de la posesión o tenencia invocada, la verdad o falsedad de los actos turbatorios y la fecha en que éstos se produjeron.

Señala que en este tipo de procesos no se discute el derecho o razón que pudo tener una u otra parte, ya sea para pagar, no pagar, actuar o restringir, sino que lo que se discute es la cesación de los actos materiales que perturban o privan la posesión o tenencia.

Considera que no es acertado analizar el contexto que existía entre las partes, máxime cuando no existe norma legal, estatutaria o reglamentaria, que legitime las conductas turbatorias.

Sigue diciendo que no se trata de valorar la conducta del actor, y como consecuencia de ello, la proporcionalidad de la medida asumida por la demandada.

Destaca que la demandada le impidió el ingreso al predio dentro del cual se encuentra su propiedad, conforme surge de la constatación realizada por escribano público en fecha 5 de noviembre de 2014, impedimento que cesó con la notificación de la medida cautelar.

Vuelve sobre la irrelevancia de la conducta del actor y la imposibilidad que la demandada haga justicia por mano propia.

II.- De acuerdo con el art. 610 del CPCyC, el interdicto de retener requiere, para su procedencia, de la acreditación de dos recaudos: a) que quién lo intente se encuentre en la actual posesión o tenencia de un bien, inmueble o mueble; y b) que alguien amenace perturbar o perturbe efectivamente en la posesión o tenencia, mediante actos materiales.

Conforme lo pone de manifiesto Marcelo López Mesa, el interdicto de retener está previsto para dar protección judicial al poseedor o tenedor de un bien mueble o inmueble frente a la existencia de actos materiales que importen una turbación potencial o efectiva al ejercicio de la posesión o tenencia (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, 2012, T. V, pág. 35).

El actor de autos invoca ser poseedor del inmueble identificado como Unida Funcional n° 06 del club demandado.

A contrario de lo sostenido por la a quo no encuentro que esta calidad se encuentre acreditada. El actor no ha acompañado prueba alguna de la que surja que es propietario de la unida funcional en cuestión, o que ejerce la posesión de la misma en los términos del art. 2.351 del Código Civil (legislación de aplicación en autos en atención a la fecha en que se produjeron los hechos que se denuncian como turbadores), o sea, a título de dueño.

Del boleto de compraventa de fs. 4/5 no surge que el demandante sea el adquirente del inmueble en cuestión, ni existe alguna otra prueba de la cual resulte su calidad de dueño de la cosa.

No obstante ello, teniendo en cuenta que la misma demandada ha reconocido que el actor y su familia habitan la unidad funcional n° 06 del club, y toda vez que el interdicto puede ser promovido por el tenedor de la cosa, he de entender que el accionante tiene legitimación activa, en calidad de tenedor del inmueble objeto del interdicto.

Cabe recordar que, en atención a los acotados límites del interdicto de recobrar, la posesión o tenencia de la cosa sólo se analiza como situación de hecho “jus

possesionis” (cfr. Cám Apel. Trelew, Sala A, “Torres c/ Gallardo”, 11/8/2010, cit. por López Mesa, Marcelo, op. cit.)

Sentado lo anterior, y conforme surge de la manda legal, el interdicto procede solamente respecto de actos materiales. De ello se sigue que los reclamos e intimaciones habidas entre las partes, ya sea por nota o por carta documento, quedan fuera de la discusión de autos, toda vez que no pueden ser considerados actos materiales.

Luego, tampoco corresponde analizar en el marco de la presente acción el contexto denunciado por el recurrente. Si el actor es deudor o no de expensas comunes o de cuotas sociales, o si ha cumplido o no con las comunicaciones estatuarias o reglamentarias son también cuestiones ajenas a esta acción.

Son ajenas al interdicto de retener las cuestiones referidas a los derechos de las partes, toda vez que el objeto del interdicto tiende a restablecer una situación de hecho, existente antes de suceder el despojo.

III.- Luego, tenemos las especiales características del inmueble cuya tenencia se pretende perturbada, ya que se encuentra situado dentro de un barrio cerrado, club o condominio.

En este tipo de barrios, contamos con bienes privados (las unidades funcionales) y bienes comunes. Dentro de estos últimos, existen dos clases, unos que son imprescindibles para el uso del bien privado (el acceso y las calles internas); y otros que tienen por finalidad obtener un uso o goce más cómodo del bien privado (cfr. Vila, Ana María – Orfila, Bartolomé Angel, “Clubes de Campo bajo régimen de la ley 13.512”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2002-2, pág. 138).

Siguen diciendo los autores citados que los bienes comunes señalados en último término, si bien fueron determinantes de la intención de los copropietarios para decidir su incorporación al club de campo, la privación de su uso no impedirá el de la unidad privativa.

Consecuentemente, y si bien no aparece claro que ello sea objeto de la presente acción, el eventual impedimento del uso de estos bienes comunes no imprescindibles (canchas de golf, espacios de recreación, natatorio, etc.) también es ajeno al interdicto de recobrar. En todo caso su uso o prohibición de uso queda sujeto a la vía asociacional, y eventualmente, judicial.

IV.- De lo dicho se sigue que el análisis de la pretensión del accionante ha de circunscribirse a la prohibición de ingreso con vehículos (ya que caminando se permite) a la unidad funcional n° 06, acto material reconocido por la demandada.

Los autores que vengo citando (op. cit., pág. 132) sostienen que la prohibición de ingreso del rodado implicaría –por vía indirecta- la privación de una de las facultades del dominio respecto de la unidad privativa.

Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil pone énfasis en que el acto material que se pretende neutralizar mediante el interdicto de retener tiene que estar enderezado a tomar la posesión directa de la cosa. Así su Sala G desestimó el interdicto de retener pues los actos materiales denunciados como efectuados por la demandada (corte en el suministro de agua y luz), más allá del eventual juicio de reproche, no se encaminan a tomar la posesión del inmueble (autos “Constantino c/ Caldas Verde”, 13/12/2004, DJ 2005-2, pág. 548). Dijo el tribunal citado: *“La causa del interdicto de retener debe consistir, ante todo, en la realización, por*

parte de un tercero, de actos posesorios. Pero para que estos actos impliquen una turbación en el sentido del art. 2.496 de la ley sustantiva, requiere que se realicen contra la voluntad del poseedor, con intención de poseer, y sin que tengan como consecuencia una exclusión absoluta del turbado. Vale decir, su procedencia está supeditada a que al llevar a cabo el acto material, el agresor tenga la intención de tomar la posesión o la tenencia del bien".

En igual sentido y con similares conceptos se ha expedido la Sala E de la Cámara antedicha (autos "Laucirica de Martínez c/ Iranzo", 26/6/1992, LL 1993-E, pág. 543). En el caso se trataba de la existencia de bienes muebles de propiedad de la demandada en el departamento de la actora, sosteniendo el tribunal que *"para que medie turbación concreta –aun cuando sólo fuere por omisión- es menester que con el acto material se tenga la intención de tomar la posesión o la tenencia del bien…la existencia de bienes muebles en el departamento de la accionante que pertenecían a la causante de las demandadas, si bien puede ocasionar molestias a la recurrente, no constituyen actos turbatorios en sí mismos, pues no evidencian la referida intención de tomar la posesión y, además, porque frente a dichas circunstancias la interesada cuenta con otros remedios para poner fin a las molestias".*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que no se justifica el ejercicio de una acción sumaria de la naturaleza del interdicto de retener, cuando el acto turbatorio no se ha ejecutado con la intención de desconocer la posesión de la actora, ni el efecto de él ha sido mantener un menoscabo de dicha posesión (autos "Ballester Bedoucq c/ Provincia de Buenos Aires", 28/5/1987, LL 1987-D, pág. 356).

Entiendo que en autos resulta palmario que la intención de la demandada no es obtener ni la tenencia ni la

posesión de la unidad funcional n° 06, sino que se trata de un acto de coacción con el objeto de conseguir el pago de la deuda por expensas comunes y cuota social que se endilga al actor, como así también lograr la escrituración del bien a favor de su actual propietario, el que conforme el boleto de compraventa acompañado al expediente, es la madre del accionante, y así evitar el tener que afrontar el pago de las deudas fiscales que le son ejecutadas a la accionada, en tanto sigue siendo la titular registral del inmueble en cuestión.

Resta analizar si no obstante que el acto material denunciado en autos no está enderezado a obtener la tenencia o posesión del inmueble involucrado, existe, de todos modos, una turbación en la tenencia del bien por parte del actor, toda vez que este es el fin último del interdicto de autos: hacer cesar cualquier acto de turbación, sin importar el derecho o mejor derecho que asista a las partes, toda vez que ellas cuentan con otras vías legales a efectos de esclarecer su situación jurídica.

El acto material ejecutado por la demandada (prohibición de acceso con vehículos) constituye, en mi opinión, una turbación a la tenencia del actor sobre la unidad funcional n° 06, en tanto se está impidiendo el ingreso al inmueble (vivienda del accionante) con medios de traslado usuales y habituales en la actualidad, como son los automotores. De hecho, toda la infraestructura del club está prevista para permitir el ingreso a las unidades funcionales mediante el uso de automotores, de allí la existencia de calles internas. Además, las mismas viviendas cuentan, por lo general, con espacios cerrados, semicerrados o abiertos para el estacionamiento de vehículos, por lo que impedir que el tenedor del inmueble pueda guardar su vehículo en la unidad funcional configura un menoscabo evidente a los derechos de

aquél, que perturba el uso y goce de la unidad privativa n° 06.

A ello agrego que en términos de los autores precedentemente citados, siendo el acceso al club y sus calles internes bienes comunes de uso imprescindible para el goce de la unidad privativa, no puede afectarse el libre uso de los primeros sin comprometer, al mismo tiempo, el libre uso de la unidad funcional.

Esta es la solución que también surge a la luz de la normativa del nuevo Código Civil y Comercial, el que, como lo señalé, si bien no rige para el sub lite, sirve como pauta orientadora de lo querido por el legislador.

En esta senda no puede ignorarse que el art. 2.074 de la nueva normativa determina que en los conjuntos inmobiliarios (categoría en la que encuadra el barrio o club de autos conforme art. 2.073, CCyC) las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible, por lo que el menoscabo en el uso de cualquiera de ellos importa, en principio, una turbación a la tenencia del actor.

Excluyo, como lo adelanté, de este menoscabo el uso de los espacios de recreación, en virtud de que el mismo Código Civil y Comercial (art. 2.078) establece que cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en esa normativa, con los límites y restricciones que surge del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia. Por ende, la prohibición de uso de los espacios recreativos corresponde que quede librada a la decisión de la asamblea de copropietarios o

del órgano en el que se hubiere delegado el ejercicio de dicha facultad.

Finalmente, y si bien la decisión de grado pareciera, como indica el apelante, que consagra un enriquecimiento sin causa y protege el abuso de derecho, a poco que se analice la naturaleza de la acción en la que nos encontramos advertimos que ello no es así.

Si bien es cierto que la primera regla de la buena convivencia en este tipo de barrios es que cada uno asuma el pago de los gastos de mantenimiento del lugar y de los servicios que se prestan, en la proporción correspondiente, como así también acatar las disposiciones estatutarias y reglamentarias vigentes en el lugar (después de todo quién habita en esta clase de barrios voluntariamente se somete a sus reglas), el eventual incumplimiento de estas obligaciones no da derecho al consorcio de propietarios a adoptar cualquier medida para obtener la prestación debida por el moroso, sino que existen vías legales aptas para lograr tal cometido; en autos, tanto la escrituración de la unidad funcional, como el cobro de las expensas y cuotas sociales que se adeudarían.

En un estado democrático de derecho no se puede permitir el uso de vías de hecho para dirimir los conflictos entre los ciudadanos, sino que se debe acudir a los tribunales de justicia, y son solamente aquellas vías de hecho las que el interdicto de autos sanciona.

Reitero, siempre han estado y están al alcance la demandada las vías de derecho para lograr la satisfacción de sus pretensiones.

Por lo dicho, se ha de confirmar la sentencia de grado.

V.- En lo que refiere a la apelación sobre la imposición de las costas, más allá de la complejidad de la cuestión, lo cierto es que el acto turbatorio existió, por lo que no encuentro motivo para eximir a la demandada de afrontar los gastos del proceso en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC), confirmándose también el decisorio de grado en este aspecto.

VI.- Resta por analizar la apelación arancelaria de ambas partes.

De acuerdo con el art. 33° de la Ley 1.594, en los interdictos los honorarios de los letrados de las partes se han de fijar atendiendo al valor de los bienes y con una reducción del 20% sobre la escala del art. 7 de la misma ley.

Realizados los cálculos de rigor se advierte que los honorarios establecidos a favor de los letrados de la parte actora resultan ajustados a las pautas legales y a la labor cumplida por los profesionales. Asimismo se advierte que la a quo ha partido de un porcentaje del 16%, el cual fue reducido en el 20% que determina la norma arancelaria aplicable en autos, encontrándose el primero dentro de la escala prevista por el art. 7° del arancel para abogados, constituyendo un término medio entre el mínimo y el máximo de la escala referida.

Por ende, los honorarios regulados a los letrados de la parte actora no resultan reducidos.

Por lo dicho, se desestima también la apelación arancelaria de la parte demandada.

VI.- En consecuencia, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y las quejas arancelarias, confirmando el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine por su actuación en la primera instancia; y del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para la totalidad de los letrados que asistieron a la actora en la instancia de grado, todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II,**

Resuelve:

I.- Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y las quejas arancelarias, confirmando el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine por su actuación en la primera instancia; y del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se fije para la totalidad de los letrados que asistieron a la actora en la instancia de grado (art. 15 de la Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA