En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 26 días del mes de junio del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., A. c/ R., S. M. s/DESALOJO", expte. nro. 16676 año 2007**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 2 (expte. nro. 1751/2006), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 138), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs.103/105? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana Melero, dijo:

I.- El señor Juez, rechazó la demanda de desalojo promovida por el Sr. A. R. contra la Sra. S. M. R. ocupante del bien inmueble designado como Lote xx, Manzana xx, Barrio Pueyrredón de la ciudad de Comodoro Rivadavia, imponiendo las costas del proceso a la parte actora perdidosa y procediendo a efectuar la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 103/105).

El pronunciamiento fue resistido a fs. 106 mediante apelación que fue concedida a fs. 107

libremente y en efecto suspensivo. Dicho recurso fue fundado a fojas 116/118vta., mereciendo silente réplica el traslado conferido a fs. 135..-

Finalmente, a fs. 136 se llamó la causa a autos para sentencia por providencia que se encuentra consentida, habiendo efectuado el correspondiente sorteo a fs. 138.-

II.- Concretamente funda sus agravios el apelante actor en que:

a)el a-quo entendió erróneamente que la demandada ha ejercido la posesión sobre el inmueble atento que faltó el animus domini al tiempo que la demandada reconoció un derecho superior como es la propiedad del actor sobre el inmueble.

b)Yerra el juzgador en cuanto considera la existencia de los visos de seriedad que dice tener la alegada posesión de la demandada y sobre lo cual entiende suficiente para rechazar la demanda.

a) c) Equivoca el sentenciante en la interpretación de los dichos del apoderado del propietario.

b) d) Mantiene el planteo del caso federal.

III.- He de abordar los agravios de manera conjunta pues un buen orden práctico y metodológico así lo aconseja.-

Principiando el análisis, se hace indispensable aludir con cierto detenimiento al cauce jurídico elegido por el hoy apelante para sostener la tutela de sus derechos: el juicio de desalojo.-

Es entendimiento de la suscripta que la acción personal de desalojo, reglada por el artículo 679 y ccdtes. del CPCCCH, no constituye una vía sucedánea de las acciones petitorias o posesorias (

conf. crit. Dres. Roland Arazi y Jorge A. Rojas en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T.III,pág.353, Edit. Rubinzal- Culzoni, enero 2007).

Toda investigación que trascienda ese objetivo desnaturalizaría con verdadera trascendencia la acción de desalojo, en la que está excluida lo referente al derecho de propiedad, al ius possidendi o al ius possessionis.-

En otros términos, contra los poseedores, sea que medie posesión legítima, de buena o mala fe, caben las acciones posesorias o petitorias, pero no la de desalojo.-

Es decir que el rechazo de la acción de desalojo no significa consagrar el derecho pretendido por la demandada, sino simplemente señalar la improcedencia de la vía procesal elegida (art. 679 CPCCH).

Por otro lado, la jurisprudencia ha expresado que "el proceso especial de desalojo tiene por objeto lograr la recuperación del uso y goce de un bien inmueble, cuando media una obligación de restituir exigible (art. 680, 1er párr últ. parte del Cód. Procesal).-

Mas en modo alguno dicho proceso puede versar sobre el derecho a poseer, o las cuestiones atinentes a la protección o tutela de la posesión, pues las mismas desbordan el ámbito del mismo, desde que son propias de los interdictos (arts. 606 inc 2° a 4°, 607 a 620 del Cód. Procesal), o de las acciones posesorias (arts. 623 Cód. Procesal) o, en su caso, desde el punto de vista del dominio, de la reivindicación (art. 319 C¢d. Procesal).

En este orden de ideas se ha dicho

que "el juicio de desalojo cabe sea promovido contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante (art. 679 C.P.C.C.CH), con la condición de que no se sostenga por parte de éste que posee con ánimo de dueño. Si la ocupación de la demandada en el inmueble reviste la seriedad suficiente, el reclamo de la propietaria del mismo debe transcurrir por los carriles de la acción reivindicatoria, ámbito donde se podrá discutir con amplitud acerca de las pretensiones de las partes (CC0101 MP 111242 RSD-11-00 S 4-2-2000, en autos "A., C. c/ R., B. s/ desalojo").-

Profundizando el análisis jurídico de la temática traída a decisión cabe precisar el concepto técnico que de la posesión proporciona el artículo 2.351 del Código Civil, el cual reza: "Habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".-

De lo transcripto, surge claro que la posesión, como situación fáctica que es, consta de dos elementos bien diferenciados: a) por un lado el "corpus", y b) por el otro el "animus domini".-

Conformando el "corpus", la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento, independientemente del poder de disponer por actos jurídicos de ella; y el "animus domini", la actitud de señorío exclusivo e independiente de otra voluntad que no sea la propia, el no reconocimiento en otro de un derecho superior sobre la cosa (cf. art. 2.352 del Código de Fondo).-

Ya en otro plano, y afinando el análisis, se observa la circunstancia de que los dos

términos de la ecuación sólo deben convivir al momento de la adquisición primigenia de la posesión (art. 2.373), ya que como viene editado del art. 2.445 del mismo cuerpo normativo, aquella se conserva "sólo animo".-

Postreramente, y para finalizar el encuadre, amerito el artículo 2.384 del Digesto Civil, atinente éste a los actos posesorios, y también muy importante para la elucidación de disputas como la aquí entablada.-

Referencian las opiniones autorales que este dispositivo legal importaría, la prueba del corpus y la presunción "iuris tantum" del "animus domini", o la prueba directa de la posesión, en el sentido de que, de ordinario, estos actos son llevados a cabo por los poseedores, quedando a cargo de quien desconociera esta realidad acreditar lo contrario (excediendo esto, sin embargo -insisto-, el acotado marco de este juicio, como ya le dejara sentado supra).-

Amalgamando, pues, todo lo que viene conformando esta primera aproximación, conviene el que señale que habiendo quedado claro cual es el ámbito de deslinde de las vías idóneas para defender los distintas situaciones posibles (desalojo, interdictos, acciones posesorias, juicio de reivindicación), es menester merituar la acreditación -o su ausencia- de la posesión sostenida por la demandada y, en el segundo caso, verificar si la inverosimilitud de aquella torna inadecuada la remisión del actor a otra vía para la defensa de lo que entiende es su derecho.-

El artículo 2.363 del Código Civil

es muy claro cuando dice "El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. El posee porque posee"; en sentido similar, se tiene dicho que "cuando el intruso -que niega revestir tal calidad- se respalda únicamente en el descarnado principio de "poseo porque poseo", sin apoyarse en situaciones de hecho conforme a las cuales ha entrado o permanece en el lugar que ocupa, corresponde que restituya la tenencia del bien ante la solicitud del propietario (SCBA, AyS, 1973-I-204; LL, 150-587), porque lo trascendente para evitar la situación anotada no es acreditar el cómo y por qué del ingreso sino el dar las razones o probar la existencia de una situación que justifique su derecho a permanecer en el lugar (C1 Ap. Civ. y Com., Bahía Blanca, DJJBA, t. 117, p. 418).-

Pero, sin perjuicio de lo anterior, y que resulta relevante puesto que ahora sí la apelante reconoce el ejercicio de la posesión en cabeza de la accionada, lo cierto es que, más allá de las impugnaciones a la idoneidad de los testus, las probanzas rendidas en la causa lograron formar en mi ánimo la convicción moral necesaria para tener por acreditada mínimamente la posesión que se alega .-

En efecto, no existe prueba más concluyente de la existencia de uno de los dos elementos de la posesión que la declaración testimonial a la que me he de referir.-

Volviendo sobre la forma en la que ha quedado trabada la litis y a los antecedentes que la causa ofrece, corresponde señalar que para determinar si existió por parte de la accionada la alegada

posesión, le incumbía el presupuesto de hecho de la norma que invocó como fundamento de su defensa (arg. art. 377 del rito), resultando la norma de fondo el artículo 2.351 del Código Civil.-

Cabe aclarar que los principios que rigen el grado de convicción al que se arribe, luego de evaluar las comprobaciones cumplidas en la causa, no apuntan a la certeza absoluta, sino que se ha buscado la certeza moral, refiriendo con este concepto al estado de ánimo en virtud de la cual se aprecia, ya no con grado de seguridad total, sino de convincente probabilidad su acercamiento a la verdad.-

Desde ya que puede no arribarse a una certeza absoluta, pero sí un grado de certeza moral dentro del cual llegue a apreciar el acercamiento a la verdad, bajo convincente probabilidad, y que podrá proporcionar la ratio decisoria.

He de efectuar el análisis del testimonio prestado por la Sra. J. M. A. (fs. 59), evaluándolo en su conjunto, desestimando u otorgándole credibilidad a partir de un minucioso estudio, tanto en el aspecto subjetivo (calidad, forma, instrucción, etc.) como objetivo (contenido del testimonio, verosimilitud de la expresión y credibilidad que le merezcan)(arts. 386 y 456 del CPCCCH).-

Así, y apreciando las declaración testimonial conforme la norma del artículo 384 del rito, la testigo J. M. A. (fs. 59) es clara en cuanto a que la accionada y su grupo familiar se encuentran en el raíz desde hace aproximadamente veinte (20) años y que se estaba construyendo una casa aparte de la que habitaban, habiendo quedado parada la obra por la mitad, justificando sus dichos en que era vecina de la

demandada , viviendo atrás de la casa de ella.

Dicho testimonio es válido en autos atento que cuando los testigos comunican hechos concretos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, dando adecuada razón de sus dichos (art. 445, par. 2do., CPCCCh), que aquí ha sucedido, y no desvirtuados por prueba adecuada en contrario, la cual aquí no ha sido producida ya que los argumentos efectuados por el apelante actor respecto de la extensión del mandato dado por el actor al sr. J. A. S. carecen de entidad suficiente para desvirtuar el reconocimiento que el mismo hace en cuanto a que adquirió el inmueble de la calle Cerro Chenque nro. Xx de esta ciudad estando ocupado (fs. 57) más aún si se tiene en cuenta lo consignado como titulares de Dominio en la informativa prestada a fs. 76 por el Registro de la Propiedad Inmueble - Ministerio de Gobierno y Justicia –Provincia del Chubut.

A mayor abundamiento a lo hasta aquí meritado considero , asimismo, que es de aplicación al caso lo prescripto por el art. 2468 del Código Civil en cuanto a que: “Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión, no puede, en caso de oposición tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales”.

Conforme lo expuesto, y a la luz de lo que se desprende del análisis de las aludidas pruebas, llego a la conclusión que, efectivamente, la accionada tenía la cosa bajo su poder y que detentaba el animus domini.-

Ello no es otra cosa que decir que

tiene la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.-

Se ha de agregar que en el juicio de desalojo, en razón de su procedimiento especial, no es imperativa la prueba indubitable que acredite el carácter o calidad de poseedor. Basta entonces con analizar si la posesión alegada es seria y fundada o, por el contrario, solo constituye una argucia dilatoria mediante la cual sólo se procura el rechazo de la acción de desalojo (JA 1986-I-288).-

Todo asunto referente a la posesión en sí, no puede ventilarse en un juicio de desalojo y debe ser debatido por las pertinentes acciones posesorias, pero no basta que el demandado alegue su calidad de poseedor para enervar la acción de desalojo, sino para que se declare la inadmisibilidad del desahucio intentado.-

Siendo así, los elementos de juicio dables en ser examinados han permitido que, prima facie, resulte la verosimilitud de la posesión invocada en el responde lo cual admite, y se viene anticipando en este voto, la confirmación del decisorio en crisis.-

Ello así, porque en este trámite, sumario, no se puede decidir el ius posidendi o el ius possesionis -como se anticipara-, y no está la accionada obligada a probar plenamente su derecho, sino a verificar solamente la seriedad de la defensa y las circunstancias que sustenta para oponerse a la acción, lo cual ha logrado acreditar.-

Como colofón, existe en la causa la mentada verosimilitud de la posesión, cuestión que admite la confirmación de la sentencia, y que así dejo propuesto al parecer de mis distinguidos colegas.-

IV.) En cuanto a las costas de Alzada, las mismas deben ser impuestas al actor apelante vencido (art. 68 del rito), Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 6, 7, 14, 47 ccdtes. del Dto. Ley Pcial nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial nro. 4335.

A la segunda cuestión, la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

Para el caso de coincidir propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 116//118vta.y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fojas 103/105 en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2) Imponer las costas de esta Alzada al actor apelante vencido (art. 68 del CPCCCH). Diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento del acuerdo.(arts. 6, 7, 14, 47 ccdtes. Dto. Ley Pcial nro. 2200 y Ley Pcial nro. 4335.

3)Tener presente la reserva del caso federal mantenida por el apelante actor a fs. 118vta.

4) Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvanse a la instancia de origen.-

A primera cuestión la señora Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs 106) de la

sentencia de fs 103/105, que rechaza la demanda de desalojo promovida por el Sr A. R. contra la Sra. S. M. R., de conformidad con los considerandos pertinentes, impone la costas a los perdidosos y regula los honorarios.

A fs. 116/118 se agrega la expresión de agravios.

El primer agravio es sobre la falta de configuración de los elementos de la posesión en la demandada, ausencia de animus domini.

Entiende que el juez de manera errónea consideró que la demandada ha ejercido la posesión sobre el inmueble en cuestión.

Da el concepto técnico de posesión de acuerdo a lo que dispone el art. 2351 CC, de donde surgen los dos elementos que la componen, el corpus y el animus domini, entendiéndose por este último la intención de someter a la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad.

Agrega que el animus domini que caracteriza a la posesión se materializa en el no reconocimiento en otra persona de un señorío superior sobre la cosa, lo contrario, es decir reconocer en otro un derecho superior, hace desaparecer el mencionado animus, y la posesión no será tal sino que de haberse configurado el corpus habrá tenencia en los términos del art. 2352.

Ante lo dicho, sostiene que no puede el a-quo pretender en una interpretación forzosa que exista posesión del inmueble por parte de la demandada al tiempo que ella misma reconoce un derecho superior como es la propiedad del Sr A. R., sobre la cosa, reconocimiento que fue exteriorizado por la Sra.

S. M. R. en la prueba confesional de fs 55, así como que no aportó pruebas al proceso que permita inferir el animus que caracteriza.

Se refiere luego a la testimonial de fs 59,y marca lo que considera contradictorio de la misma.

Resultando dicha prueba insuficiente para tener por acreditada la existencia del ánimus domini por parte de los demandados.

Alude a la errónea interpretación de los dichos del apoderado del propietario del inmueble.

Hace reserva del caso federal.

En principio he de dar respuesta a la presentación del demandado, por el criterio amplio que ha adoptado este cuerpo para valorar el cumplimiento del art. 265 del CPCCH y en este caso teniendo en cuenta los endebles argumentos de la sentencia.

Dos son los motivos en que basa sus agravios el quejoso, el primero es el reconocimiento por parte de la demandada que el Sr R. es el propietario y el otro lo que entiende una errónea valoración de la prueba del sentenciante.

Con respecto a esto último se ha de reiterar lo tanta veces argumentado, con fundamento en el art. 386 del CPCCH y doctrina, que la apreciación de la prueba queda librada a criterio del soberano juzgador, salvo el caso de ser manifiestamente absurda, entendiéndose por tal la que escapa a las leyes lógicas formales, transgrediéndolas, o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio.

Y no advierto esto último en los presentes, donde el quejoso, se limita a una valoración distinta de la efectuada por el sentenciante, sin lograr descalificarla.

Lo esencial en la causa, se da por la posesión esgrimida por el demandado, y en nada modifica la decisión del a-quo la circunstancia que a fs 55 la Sra R. haya contestado a la posesión segunda y tercera que es cierto, que carece de la propiedad del inmueble que ella ocupa y que el propietario del inmueble situado en la calle Cerro Chenque N° xxx es el Sr R., ya que respondió que no es cierto que cuando comenzó a ocupar el inmueble sabía que dicho inmueble era de propiedad de otra persona.

Y si bien el artículo 2351 CC, dispone habrá posesión de las cosas, cuando una persona por sí o por otra tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad, y que nuestro codificado ha adoptado la teoría de Savigny, requiriéndose el corpus y el animus domini, no es menos cierto que como la posesión es un hecho del cual el derecho hace dimanar serias consecuencias jurídicas resulta imprescindible determinar los momentos de su nacimiento y de su pérdida o extinción.

Y como refiere Lafaille, si bien la posesión se revela por los hechos, es conveniente remontarse a su origen (al tiempo de la adquisición), por ser en ese momento que el hábeas y el animus domini aparecen en toda su intensidad. Luego una vez adquirida la posesión, no se requiere para su conservación que alguno de esos elementos mantenga su primitiva integridad, ni que se mantenga la misma dosis de

voluntad ya que, por una especie de inercia jurídica, ese estado inicial subsiste mientras no se altere el título con que se posee. Claudio Kiper. "Código Civil Comentado" Ed. Rubinzal Culzoni. "Derechos Reales". Tomo I, pág. 229 y sgtes.

Todo ello atento que el poseedor no puede modificar o intervertir, por su propia voluntad, la causa o título en virtud de los cuales se encuentra en la posesión, Art 2353.

La interversión del título no puede operarse por un acto de propia y exclusiva voluntad del sujeto, sino que es necesario que la misma se exteriorice por actos que no dejen lugar a la más mínima duda y que claramente revelen al público la decisión de alcanzar aquel propósito... pág. 170, autor citado. En igual sentido Mariani de Vidal, en Código Civil , Bueres –Higthon, tomo 5, págs99 y sgtes, no dándose ninguna de las hipótesis que enumera la tratadista, para que ello no sea de aplicación.

Ante lo que preceptúa el Código Civil, el tiempo en que la demandada se encuentra en la ocupación del inmueble, los diversos actos por parte de la demandada, durante este lapso,(art.2384 CC), la fecha en que el Sr R. adquiere el inmueble por boleto de compraventa y el reconocimiento por parte de quien absolvió posiciones que el inmueble de la calle Cerro Chenque N° xx se adquirió estando ocupado por la demandada, son razones suficientes para entender que la acción de desalojo iniciada por el actor no es la vía idónea cuando está en discusión la posición, toda vez que el proceso de desalojo, dada su naturaleza, no resulta ser el ámbito adecuado para dirimir las cuestiones sobre el derecho a poseer, o si la posesión

es legítima o ilegítima o buena o mala fé. "Conforme las directivas del artículo 680 CPN (Art.680 del CPCCH),la legitimación pasiva para obrar en el proceso de desalojo es de carácter taxativo y excluyente, de modo que no están comprendidos como legitimados pasivos los poseedores objeto de la pretensión" "Proceso de Desalojo" Héctor Eduardo Kenny, pág.93.

Las costas de esta instancia al actor apelante vencido.

A fin de regular los honorarios de esta instancia, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 6 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo que:

1)Rechaza los agravios del actor y confirma la sentencia de fs 103/1015.

2) Impone las costas a la actora apelante vencida y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tiene presente el planteo del caso federal.-

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

1) Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 116/118vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fojas 103/105 en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2) Imponer las costas de esta Alzada al actor apelante vencido (art. 68 del CPCCCH).

Regular los honorarios profesionales de los doctores S. M. M. y E. G. H. J. conjuntamente en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA ($ 150) y los de los doctores D. A. T. y C. I. M., conjuntamente en la suma de PESOS SETENTA Y CINCO ($ 75.).

3)Tener presente la reserva del caso federal mantenida por el apelante actor a fs. 118 vta..

4) Regístrese, notifíquese y devuélvanse.-

La presente sentencia es firmada por dos Jueces de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la doctora Graciela Mercedes García Blanco y haber concordado en la solución del caso (arts. 1,2,3 y 5 Ley 4550 –modif. Ley 1130-).

MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS - Presidente
NÉLIDA SUSANA MELERO - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO. 19 AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C y C"