En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Á. D., D. c/ INTRUSOS Calle M. 1. s/ DESALOJO", expte. nro. 86/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 2 (expte. nro. 1625/07), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 238), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 190/193? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El juez de grado desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta, hizo lugar a la demanda promovida por la Sra. D. A. D. y condenó al demandado H. D. G. y/o a quien resulte ocupante a desalojar el inmueble sito en calle V.esquina M. n° **** en el término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia, impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios de los

profesionales.

El demandado apeló la sentencia a fs. 198, el recurso fue concedido a fs. 199, los agravios expresados a fs. 217/221 y contestados a fs. 223/225.

Sostiene el recurrente que le genera agravio que el juez de grado sostenga que de las distintas diligencias efectuadas en el trámite de la sucesión de la titular del inmueble, el Sr. H. D. G. ha manifestado ocupar el inmueble como cuidador. Agrega que dicho argumento es contradicho por la documentación agregada, puesto que de ésta resulta claramente su calidad de poseedor.

En este contexto, sostiene: "he de señalar que el a-quo ha decidido en un juicio sumario la posesión de un inmueble desconociendo Doctrina y Jurisprudencia aplicables al caso" (sic) –fs. 220-. A renglón seguido transcribe dos citas jurisprudenciales de la Provincia de Buenos Aires respecto a la falta de idoneidad de la acción de desalojo para debatir la posesión.

Insiste en la aplicación de la doctrina que dimana de esos precedentes al caso que nos ocupa. Alega que hay elementos en este proceso que otorgan verosimilitud a su pretensión y que en el ámbito del juicio de desalojo no está obligado a probar en forma plena la posesión.

Repite consideraciones, hace reserva del caso federal y pide la revocación del fallo.

La parte actora, al contestar los agravios, sostiene que el recurrente no ha efectuado una crítica concreta y razonada del fallo. Agrega que, sin método jurídico y de modo desprolijo, la parte demandada no refuta de modo suficiente los argumentos

de la sentencia de grado, eludiendo la crítica de cuestiones dirimentes, tales como la resolución de la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado.

Insiste en el contenido de las diligencias efectuadas en el año 1991 en la sucesión de la titular registral del inmueble ocupado, de las que surgen que el demandado lo ocupa en calidad de cuidador.

Con base en estos argumentos señala la inconsistencia del agravio.

2. La suficiencia técnica del recurso.

Previo a toda consideración, corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad de los agravios desde que la apelada ha planteado la insuficiencia técnica del recurso.

Al respecto, es dable señalar que el recurrente, aunque mínimamente, ha criticado la línea argumental del fallo que hace lugar a la demanda de desalojo. Por lo demás, si algún interrogante quedare respecto de tal punto, corresponde aplicar el criterio que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia que ha consagrado: cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece las exigencias que impone el art. 265 del CPCCCh debe optarse por tener satisfecha esa carga (cfr. autos "González vda. de Fernández, Encarnación" del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "Palavicino, René c/ Marítima s/ diferencias salariales" del 23-03-01, SAIJ01150056).

Este criterio de amplitud, consagrado por el máximo órgano jurisdiccional de la Provincia, es

el que inveteradamente ha adoptado la Sala que integro porque es el que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa tutelado por la Constitución de la Nación y la de nuestra provincia.

Por todo lo expuesto, corresponde tener por superada la etapa de admisibilidad y adentrarse en el tratamiento de los agravios.

3. Tratamiento de los agravios.

De la síntesis de los agravios efectuada precedentemente, resulta que el recurrente pretende enervar la acción de desalojo bajo el argumento que reviste la calidad de poseedor a título de dueño que el juez de grado ha desconocido. Tal es el quid de la cuestión sometida a debate.

He señalado, en anteriores pronunciamientos, que si el demandado por intrusión alega un derecho a la posesión y acredita prima facie su condición de poseedor, enerva el juicio de desalojo porque, en tal supuesto, no surge con claridad la obligación de restituir y esta situación tendrá que dirimirse en el respectivo juicio posesorio o petitorio.

Ello es así porque la acción de desalojo ni por su naturaleza u objeto es idónea para obtener la recuperación del inmueble poseído por otro, cualquiera sea el vicio que pudiera afectar esta posesión. No interesa, por lo tanto, en este juicio si la posesión es legítima o ilegítima, de buena o de mala fe; todo debate sobre el particular es extraño al juicio de desalojo.

Este tribunal, ya en anteriores integraciones, ha sostenido que la acción de desalojo es personal; teniendo por objeto asegurar la libre

disposición de los inmuebles a quien tiene derecho a ello cuando sean detentados contra su voluntad por personas que entraron en su tenencia mediante actos o contratos que por cualquier causa no puedan considerarse subsistentes. En definitiva, la pretensión de desalojo se da contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible (art. 692 del Código Procesal), vale decir, contra quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad del dominio (arts. 2460 y ss. del Código Civil), pero no contra quien posee animus domini (art. 2351 C.Civil). Es que la naturaleza especial de esta acción, sólo permite la discusión de derechos personales excluyendo, por lo tanto, el debate sobre derechos reales (cf. SD nº 48/1984; 70/88, entre otras).

En este mismo orden de ideas se ha sostenido que el desalojo no puede prosperar contra el poseedor, desde que no pueden decidirse en el juicio sumario de desahucio los derechos relativos a la posesión o dominio, para cuya dilucidación son inexcusables las formas amplias del proceso ordinario (Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, 2/3/1995, JA, 1995-III-270).

Ahora bien, sentado ello, es dable señalar, también, que no es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor, para que se declare improcedente la acción de desalojo. Sólo cuando el demandado alega poseer con animus domini y la defensa no aparece como simple argucia para demorar la entrega del inmueble, sino como una posición seria, el juicio de desalojo no procede.

Siguiendo esa orientación, en un antiguo

fallo plenario dictado por la Cámara de Paz con fecha 15 de setiembre de 1960 en los autos "Monti, Atilio s/ Suc. c/ Palacios de Buzzoni, Danila S. s/ Desalojo" (LL 101-932), se dejó establecido que no basta con que el demandado invoque la calidad de poseedor para declarar la improcedencia de la acción de desalojo.

En síntesis, cuando durante el proceso no se incorporan elementos que otorguen verosimilitud al derecho a tener la cosa con ánimo de dueño por parte del accionado, la cuestión debe decidirse por la vía del desalojo. En el caso contrario, verificada la verosimilitud de la alegación, resulta excluido del juicio de desalojo el debate relativo a la naturaleza de la posesión, ya que la sentencia que se dicte no hará cosa juzgada sobre el punto y el actor puede hacer valer su eventual mejor derecho mediante la vía de los interdictos o de las pretensiones posesorias o petitorias (conforme Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Tomo VII, página 97).

Es dable aclarar que, como efectivamente lo señala el recurrente, la seriedad de la defensa de la demandada no significa que esté obligada a probar en forma plena su derecho dentro del juicio de desalojo. No se trata de discutir en el juicio de desalojo el ius possidendi o el ius posessionis, sino de verificar la seriedad o verosimilitud de la defensa que hace valer el intruso; exigencia mínima para que la invocación tenga la virtualidad de paralizar el desalojo.

Ahora bien, en el caso el demandado no ha aportado elementos probatorios suficientes para "prima facie", inferir la calidad de poseedor que invoca; más aún, sus actuales alegaciones contradicen su anterior conducta jurídicamente relevante.

Así, no es posible soslayar que en distintas diligencias judiciales de constatación, espaciadas en el tiempo, ya que una fue realizada en el año 1991 y otra en el año 2003, el propio actor manifestó que ocupaba el inmueble en calidad de cuidador. El contenido de tal manifestación es jurídicamente relevante porque demuestra que el actor se ha colocado en este proceso judicial, en contradicción con su anterior conducta. Tal proceder, obviamente, violenta el principio de la buena fe que impregna todo el orden jurídico.

Tiene dicho nuestro máximo tribunal que nadie puede ejercer una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. C.S., Fallos 300:909; 305:402; 307:469 y 1602; y 308:191).

La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever (conf. L.Diez Picazo Ponce de León, "La doctrina de los propios actos", Barcelona 1963, pág. 245). Esta doctrina ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos casos (Fallos 7:138 in re "Arigós c/ Villanueva" y en Fallos: 305:1304 y 1402 in re "California S.E.C.P.A. c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura" y "Zubdesa S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", consid. 5°, ED 118-362 del 27/2/86) en donde se cita la sentencia del 5/9/85 en autos "Szilaguyi de Maquelo Elena A. y otros c/ Sanatorio e Instituto Buenos Aires S.A. y otros s/ cobro de pesos", consid. 8° y sus citas). Por supuesto, a su amparo corresponde el rechazo de la pretensión del

demandado.

Las razones aquí invocadas son dirimentes para el rechazo de la impugnación.

A todo evento agrego que la negligencia que el demandado ha demostrado en la producción de la prueba –a la que ya se ha referido este Tribunal en la resolución de fs. 228/233-, ha sellado, también, el resultado del litigio.

Por todo lo expuesto corresponde el rechazo del recurso.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al demandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota. Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 del régimen arancelario vigente y por aplicación de la escala del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de tales premisas propongo se regulen los honorarios a favor del Dr. E. D. V. en la suma de pesos seiscientos y de la Dra. L. S. G. en la suma de pesos trescientos, en ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado Sr. H. D. G.a fs. 198; en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 190/193 en todas sus partes.

2°) Costas de esta instancia al demandado vencido.

3°) Regular los honorarios a favor del Dr. E. D. V. en la suma de pesos seiscientos y de la Dra. L. S. G. en la suma de pesos trescientos, en ambos

supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 221vta.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 190/193, por la que se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva y se hace lugar a la demanda de desalojo en plazo de 10 días, interpuesta por la parte actora D. A. D. , contra el demandado H. D. G. y/o quien resulta ocupante, condenando a desalojar el inmueble de la calle V. esquina M. N° ****, de esta ciudad, bajo apercibimiento de lanzamiento. Impone las costas a la parte demandada y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

Se notifican las partes (fs. 196/197) y a fs. 198 apela la parte demandada.

Los agravios se interponen a fs. 217/221vta., que en su punto II pedía apertura a prueba y resulta denegada a fs. 228/233. En punto III-Expresa Agravios (fs. 219), critica en primer término en cuanto se entiende en la sentencia que no invoca título, en tanto que en el expediente sucesorio que señala manifestaba su parte ocupar la propiedad como cuidador. Controvierte, en consecuencia, con tales elementos que surge claramente la ocupación del Sr. DEL. G. en su calidad de poseedor, con una fecha cierta reconocida 3/1/1991, donde se deja constancia que el demandado ocupaba el inmueble, conjuntamente con su hijo; que, asimismo, del acta labrada de fecha 4/11/2993, surge que los Sres. V. y Z. trabajan en taller de electricidad por habilitación del demandado; que

asimismo del mandamiento de fs. 56vta./57vta y 58 surge que el Sr. DEL. G. manifiesta encontrarse a cargo del inmueble, abona impuestos por una cesión. Solicita para el caso de no admitirse el hecho nuevo, medida para mejor proveer y se solicita una causa que tramita en primera instancia, expte. N° 183/09. Reitera parcialmente el punto anterior III-Expresa Agravios a fs. 219vta. A fs. 220 señala que no es relevante probar el ius posessionis, o si la posesión es legítima o ilegítima y sostiene que la sentencia decide en el juicio sobre la posesión del inmueble, desconociendo la doctrina y jurisprudencia aplicables. Cita fallos que la acción de desalojo es ajena al caso de posesión y que no corresponde contra el poseedor, porque lo que persigue es la libre disposición del inmueble; que la acción se da contra quienes reconocen en otro la titularidad pero no contra quien posee animus domini, en cambio la acción de desalojo reposa en derechos personales. Cita jurisprudencia de la SCJ Mendoza. Que su parte no estaba obligada a probar en forma plena su derecho y que de la causa ordinaria ofrecida como prueba resulta el elemento subjetivo de la posesión. Contra la definición de los destinatarios contra los que procede la acción de desalojo, señala que es importante saber que el Sr. DEL. G. vive pacíficamente en el inmueble, no en clandestinidad, ni abuso de confianza, ni engaño ni intrusión. Controvierte que exista prueba que indique que la actora ha dado la tenencia a su parte, que la actora ocupa el inmueble de más de veinte años, sin que la actora haya realizado acción posesoria para recuperar el inmueble. Reitera que en el juicio “DEL. G. H. c/ D. Vda. D. Z. y otra s/ordinario”, expte. n° 183/09, es donde debe debatirse

el derecho real sobre el inmueble. Reitera finalmente que el elemento subjetivo de la posesión resulta de la prueba. Reserva el caso federal.

La accionante contesta la expresión de agravios a fs. 223/225vta.

Como resulta del memorial de la parte demandada H. A. Del G., inicia la expresión de sus agravios dado que se le adjudica la inexistencia de título para repeler la acción de desalojo, en tanto invoca su carácter de cuidador del inmueble cuyo desalojo se peticiona. Sostiene que surge de las constancias "D., J. s/Sucesión", expte. N° 858 año 1990 (hoy N° 653 año 2008 Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución – Secret. 1), por cuerda – doc. reserv. N° de origen 373/2008), su condición de ocupante – conjuntamente con su hijo – y poseedor, desde el 3/10/1991, por actas labradas y mandamientos obrantes en este proceso universal, como el abono de impuestos.

A la revisión de las constancias del expediente sucesorio a las que alude la parte apelante y que se encuentran, asimismo, incorporadas al presente juicio en copias autenticadas, se registra el mandamiento de constatación N° 416/91, que se diligencia por el Oficial de Justicia del Juzgado de fecha 3/10/1991, en la calle V. N° *** de esta ciudad Comodoro Rivadavia, en el que se encuentra H. A.o Del G.. Manifiesta DEL. G. que ocupa el inmueble en carácter de cuidador, por autorización otorgada por otro cuidador y tío suyo, el Sr. F. V , quien a su vez fue autorizado por la Sra. N. G. , domiciliada en la ciudad de Trelew. En la continuación de la actuación precedente, se constituye el Oficial de Justicia en la

calle V.-Esquina M. , donde funciona un taller de electricidad, es atendido por A. L. , responde que es inquilino de la dueña Sra. J. D. vda. de Seni (es Zeni), hasta que falleció ésta…

Las otras constancias alegadas por la recurrente se realizan varios años después. Mandamiento N° 645 de fecha 4/11/2003, que diligencia el Oficial de Justicia en la calle V.-Esq. M. , se trata de un taller de chapa y pintura y se encuentra presente A. V. , quien manifiesta ser él, junto con C. Z., propietarios de las herramientas del taller, sin habilitación Municipal y por haberles habilitado el Sr. H. A. Del G. , quien reside en la parte alta del inmueble; presentado el Sr. DEL. G. e impuesto del cometido (el carácter que habitan en el inmueble), manifiesta que está ocupando en carácter de cuidador. Se constata, asimismo, la ocupación por D. V. , a cuyo respecto se manifiesta que es hijo del Sr. Del G. . El Sr. H. D. G. manifiesta estar ocupando la propiedad como cuidador por haberle cedido el inmueble la familia L. , a su vez autorizada por una sobrina del difunto Z. , esposo de la Sra. J. D. , ocupando desde el año 1989, estando al día con los impuestos municipales por ambas propiedades; sigue Del G. , que la propiedad de la calle M. ***, anteriormente ***, también está a su cargo y que ha hecho reparaciones. Aclara que el nombre de la persona que lo autorizó quedar al cuidado de la propiedad fue el Sr. F.V , quien a su vez estaba autorizado por la Sra. N. G. , domiciliada en Trelew.

Las precedentes son las constancias invocadas por la parte recurrente, adviértase, las primeras labradas en el mes de octubre de 1991 y las siguientes, en el mes de noviembre de 2003. Se tratan

de mandamientos ordenados por el Juez del Sucesorio ordenados precisamente para determinar las condiciones de la ocupación de los inmuebles de la titularidad de la persona fallecida J. D. y el Sr. H. A. Del G. , tanto en las actuaciones cumplidas en el año 1991, como las realizadas en el año 2003, manifiesta que ocupa los inmuebles en el carácter de cuidador y ello en función de la autorización y cometido asignado por las personas que refiere. Ello es, cuida y conserva para otro, que no implica actuar a título de dueño.

Los varios años de ocupación destacados por la apelante no importan una modificación de la naturaleza de la ocupación declarada por el Sr. Del G. , congruente con los principios que la rigen y así lo manifiesta en el año 1991 como en el año 2003. Los hechos destacados como la "habilitación de los mecánicos en el taller", refacciones en el inmueble, pago de impuestos, no adquieren la significación de actos posesorios si a la postre declara el Sr. DEL. G. que ocupa los inmuebles en carácter de cuidador.

Ya se observó la repetición de argumentación en fs. 219 y 219vta. -es textual en una y otra de las caras de la foja- donde se peticiona para el caso de rechazar el hecho nuevo consistente en el juicio que caratula: "Del G. , H. c/D., Vda. de Z. y otra s/ Ordinario", expte. N° 183/09, se dicte medida para mejor proveer para agregar a los presentes, en razón de encontrarse conculcados sus derechos.

La petición contraría doblemente su admisibilidad; por una parte, si de. denegó como hecho nuevo fue porque no pudo depender "la novedad" de la conducta a voluntad de la demandada; por la otra, toda una prueba instrumental de expediente que se encuentra

en trámite y resultado del accionar de la peticionante durante la tramitación de la presente causa, no se corresponde con la naturaleza de las medidas para mejor proveer y que además deben responder a la propia resolución del tribunal.

La afirmación que la posesión es extraña al juicio de desalojo se ajusta a derecho, pero no importa que su mera invocación inhibe su resultado. Si se cita el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y se ajustó en el caso a tal principio, se debía a que el actor había probado su condición de propietario, pero no que la ocupación del demandado comenzara con la obligación de restituir (SCJM, Sala 1ª, 2/3/95 – Orozco, Osvaldo v. Ortuvia, Pablo – en J.A.1995-III-270). Adviértase entonces que la Suprema Corte reconoce la otra premisa en el punto 1 del extracto, que la invocación del demandado de ser poseedor no basta para detener el proceso de desalojo en su contra, toda vez que era derecho del actor de probar la precariedad del título.

Este último principio es común en la materia, no "…basta que el demandado alegue su calidad de poseedor para enervar la acción de desalojo, sino que para que se declare la inadmisibilidad del desahucio intentado ha de estarse a los elementos de juicio que sea dable examinar y en caso de que "prima facie" resulte la verosimilitud de la posesión invocada en el responde, la demanda deberá ser rechazada (Cám.Nac.Paz, en pleno, 15/9/60 en L.L.101 p.932, cita "Códigos Procesales", Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, T.VII p. 687, ed. Platense-Abeledo Perrot, año 1976). Entonces como también se sostiene, la afirmación del "ánimo de comportarse como dueño" no

requiere prueba exhaustiva, pero sí, los elementos precedentemente señalados, que surja a "primera vista" como verosímil la condición de poseedor.

Comparativamente, enseñan los autores, el inquilino no puede invocar ser poseedor si solo se le fue dado en arrendamiento; trasvasado a nuestro caso, el ocupante no puede invocar la posesión, si solo le fue dado el inmueble para cuidarlo (La intervención unilateral del título "es improcedente" (Cám. Nac. Civ., Sala F, 22/4/69 – LL 138-921 en obra, autores y pág. cita anterior).

Por todo lo expuesto, propongo, asimismo, el rechazo de los agravios interpuestos en el presente memorial de fs. 217/217vta., con costas en razón de lo previsto en el art. 69 C.Pr. Ley XIII - N° 5 del Digesto Jurídico. Para regular los honorarios del Dr. E. J. de V. y de la Dra. L. S. G. , rigen los arts. 5, 6, 8, 9, 16 y concords. Ley XIII – N° 4 del Digesto Jurídico, considerando asimismo el mérito de los trabajos profesionales y su resultado.

Se tendrá presente la reserva del caso federal.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Atento el tratamiento de las cuestiones planteadas y resultado de acuerdo con el voto de la colega que me precede, voto el pronunciamiento propuesto, la reserva del caso federal y la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes, por ajustarse a las pautas consideradas.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja

constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado Sr. H. D. G.a fs. 198; en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 190/193 en todas sus partes.

2°) Costas de esta instancia al demandado vencido.

3°) Regular los honorarios a favor del Dr. E. D. V.en la suma de PESOS SEISCIENTOS ($600) y de la Dra. L. S. G. en la suma de PESOS TRESCIENTOS ($300), en ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 221vta.

5°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"