En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil trece, 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. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., M. c/ C. V., J. A. y/o quienes resulten ocupantes del inmueble s/ DESALOJO", expte. nro. 538/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 453/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 291), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 273/276? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida contra la sentencia nro. 1993/12 del Ejecución nro. 1 de la jurisdicción (fs. 273/275vta., fs. 277).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda incoada por M. C., tuvo como fundamentos la prueba producida, la escritura traslativa de dominio nro. ****, del 23 de diciembre de 1994, el informe dominial expedido por el Registro Real de la propiedad inmueble de la Provincia del Chubut y el Certificado dominial emitido

por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de lo cual surge que la accionante es la propietaria. Además los recibos de pago y cancelación de la hipoteca acompañada y pedida por la demandada. Tuvo por acreditado que el demandado fue autorizado a permanecer en el inmueble por la accionante; las normas jurídicas pertinentes –art. 691 del código de forma- y en consecuencia condenó a J. C. V. a desalojar el inmueble objeto de la demanda. Impuso las costas al demandado y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 282/284 obra agregado el memorial de agravios de la demandada.

Sostiene que el magistrado de grado no trató con seriedad la cuestión posesoria introducida al contestar demanda, con mayor razón cuando la accionante reconoce que se encuentra ocupando la casa desde 1997. Los testimonios dan cuenta que ocupó el inmueble como propietario. La actora no autorizó porque ocupó ese demandado como propietario y la accionante jamás tuvo la posesión efectiva. No valoró el juez las pruebas testimoniales –de audio, que no fueron tales-, insiste en que debe tramitarse por juicio de reivindicación asentando su petición en lo normado en el art. 2353 del Código Civil.

Análisis:

Inicio el presente voto dejando sentado que dijo la doctrina: “la pretensión de desalojo, como toda pretensión que se formule, no es por su naturaleza un derecho en sí misma, sino un acto procesal por el cual se reclama la recuperación invocando un derecho a la restitución” (Héctor Eduardo Kenny, “Proceso de desalojo”, ed. Astrea-2001, pág. 3).

“… en el sistema dispositivo que informa al proceso

civil predomina el señorío de la voluntad de las partes, pues son estas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento). El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del *thema decidendum* los cuales no pueden ser excedidos desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia al cual deben ajustarse en su cometido los jueces" (arts. 34, inc. 4, y 163 inc. 6 del Código Procesal (Díaz, "Instituciones del Derecho Procesal", vol. I, p. 341, núm. 17).

Dichas directivas no son ajenas al procedimiento de la segunda instancia, desde que también son las partes las que a través de la expresión de agravios, conocida como demanda de apelación, delimitan la potestad decisoria de la alzada (art. 262 y 275 del Código Procesal). Precisamente los planteos de las partes en esta alzada repiten aquello que consideraron constituía el objeto de la litis en la instancia anterior. Entender lo contrario implicaría un excesivo rigor formal en cuanto a los términos de la pretensión.

El demandado para fundar su defensa y oponerse al desalojo invoca la calidad de poseedor de buena fe (fs. 166/168).

Hago notar que no existe en el pleito un contrato de locación, que se trata de poseedor y en tal sentido recuerdo un antiguo plenario que puso de relieve la facultad discrecional de los magistrados de decidir la viabilidad de este procedimiento, en apretada síntesis se dijo "la potestad jurisdiccional, aun en el procedimiento de desahucio, y para situaciones como la que se examina, no está restringida porque, de lo contrario, bastaría al

demandado pretextar una ocupación a título de dueño o poseedor para remitir la acción a otro cauce (acciones petitorias, posesorias, etc.). El juez ha de cerciorarse de la seriedad de la posición del demandado y si no se trata de una argucia dilatoria, encaminada a obtener el rechazo de la demanda" (CNPaz, en pleno, "Monti, Atilio c/ Palacios de Buzzoni, Danila", 15-9-960 LL 101-932/33).

En este orden de ideas y analizando las diversas piezas obrantes en autos, surge que inicia la demanda de desalojo pretendiendo la restitución del inmueble acompaña el título de propiedad, las boletas de los pagos de hipoteca, el demandado solo asienta su postura en que posee como propietario. De las pruebas se advierten las documentales referidas a la propiedad de M. C., también el reconocimiento que nunca poseyó el inmueble; por su parte, el demandado no aportó pruebas, sin embargo invocó que la actora era su hermana, no hubo prueba en tal sentido, salvo la declaración del testimonio de fs. 188vta. refoliado, y que poseía desde 1994, ahora en el memorial de agravios intenta apoyarse en declaraciones testimoniales, en un audio que no existió y lo que es más confuso a fs. 174 en el auto de apertura a prueba no existe ninguna testimonial proveída por la sencilla razón que no fueron propuestas al contestar demanda fs. 166/168, pero no ha de dejarse de lado (aun la displicencia en el ofrecimiento), lo no analizado por el Inferior sobre el modo y forma de acceso a la vivienda del demandado y el consentimiento de la actora, puntualmente me refiero a la ausencia de contrato de locación, a las construcciones efectuadas en el inmueble que reconoce la accionante, y el testimonio de fs. 188.

No estuvo ocupando el inmueble el demandado contra la voluntad de la actora, no surge con claridad la

obligación de restituir, así como su condición de tenedor, porque el testimonio al que hice referencia expone que el demandado pagaba el crédito del lote que había adquirido M. porque ella no lo podía abonar (fs. 188vta.), estas circunstancias me inducen a receptar el planteo original del demandado reiterado en el memorial de agravios, respecto a que el pleito exorbita el marco del juicio de desalojo por cuanto se ha ventilado una cuestión de posesión; por lo que tendrá que dirimirse por otras vías, porque el juicio de desalojo está limitado a verificar la verosimilitud de la defensa, que hace valer el demandado y se cumplimenta con ello la exigencia mínima para que la invocación tenga como en el caso la virtualidad de paralizar el desalojo.

Revoco el fallo venido en crisis y rechazo la acción de desalojo intentada por M. C. sobre el inmueble Lote * Manzana * Barrio P. P., partida inmobiliaria nro. *****, plano mensura protocolizado al t.** F.**, expte. *****, Matrícula (**-*) *****, ubicado sobre calle J. J. P. nro. **** del barrio mencionado.

Las costas de ambas instancias las impongo a la parte actora, conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes por la labor en primera y segunda instancia al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Hacer lugar a los agravios de la demandada. Modificar la sentencia venida en crisis.

2) Rechazar la demanda de desalojo incoada por M. C. sobre el inmueble Lote * Manzana * Barrio P. P., partida inmobiliaria nro. *****, plano mensura protocolizado al t.**, F.**, expte. *****, Matrícula (**-*) *****, ubicado

sobre calle J. J. P. nro. **** del barrio mencionado, según considerando respectivo.

3) Costas de ambas instancias a la actora vencida. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

El Sr. Juez de la instancia de grado admitió la demanda de desalojo promovida por la Sra. M. C. y condenó al demandado Sr. J. A. C. V. y/o quienes ocupen el inmueble, en el término de cinco días contados a partir de la notificación de la presente, bajo apercibimiento de lanzamiento. Impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios.

Tal decisión es apelada por la actora, quien cumple con la carga procesal de los arts. 262/263 del CPCCCh.

Luego de referirse a los considerandos del fallo, entiende que la cuestión posesoria introducida por su parte, máxime si se tiene en cuenta que la propia actora es quien reconoce que se encontraba en ocupación del inmueble desde el año 1997, no fue tratada con la debida seriedad.

Alude nuevamente a los argumentos del Juez sobre que la situación dominial del inmueble excede el marco del juicio de desalojo y considera que ha omitido el estudio de pruebas testimoniales ofrecidas por las partes, de donde surge que obraba en el inmueble a título de dueño, no siendo un dato menor que haya habitado durante quince años la finca sin cuestionamiento alguno.

En el tercer agravio sostiene que el Juez hizo una valoración subjetiva, sobre la autorización de la actora a permanecer en el domicilio, cuando en realidad la posesión ha sido a título de dueño y acreditada por

testigos propios de la actora.

Cuestiona que haya entendido el sentenciante que haya sido autorizado para permanecer en carácter de tenedor, cuando la posesión fue desde 1997, y no probó que durante los años 1994 y 1996 haya alquilado a un tercero.

Resalta que es la actora quien reconoce que jamás tuvo la posesión, y lo único que presenta para fundar el desalojo ha sido el título de 1994 y comprobantes de pagos de impuestos, pero nunca la posesión, de allí que la cuestión deba ser tratada por otra vía.

Cuarto Agravio: En esta queja señala que nunca la actora identificó la calidad de tenedor precario que el Sr. Juez le atribuye.

En el quinto agravio solicita la revocación al no haber acreditado la actora los extremos exigidos para el propietario, es decir la posesión efectiva la cual sí ostenta su parte.

"La acción personal de desalojo, reglada por el artículo 676 del rito, no constituye una vía sucedánea de las acciones petitorias o posesorias, poniendo como condición para su desestimación que el accionado compruebe "prima facie" la efectividad de la posesión que invoca, justificando la "verosimilitud" de su pretensión.

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.

Ahora bien 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. 676 CPCC) (Sala I, Reg. Sent. Def. 324/01 del 11-9-01, en autos "Sánchez de Segovia, Griselda c/ Gaviln, Sonia y ot. s/ desalojo").

Asimismo, el art 692 CPCCCh dispone que procede la acción contra aquellos que enumera y cuyo deber de restituir sea exigible, pero no puede recaer sobre aquel que invoque y pruebe el derecho de poseer, ya que ello es lo que dispone el Código Procesal en el libro IV, Procesos Especiales, título I.

Así, se ha dicho: "la mera invocación de derechos posesorios sobre una cosa no significa que necesariamente la vía del desalojo utilizada quede agotada y deba recurrirse sin más al juicio de reivindicación; ello podría ser correcto en cuanto existiera verosimilitud en el planteo. Es inadecuado pretender la promoción de una acción real con el simple recurso de aducir una supuesta posesión sobre el inmueble sin que exista prueba alguna sobre la misma, revelándose como un recurso para mantenerse en el bien -arts. 2351, 2373, 2384 C.C.; arts. 375 y 676 C.P.C.-" (en causa n° 51737, Reg. Sent. Def. 460/01, en autos "S. de K., A. c/ V., T. s/ desalojo"; CCI101 MP 101053 RSD-166-99 S 8-6-1999, en autos "Leguizamón, María c/ Pettinato, Ricardo s/ desalojo", CS de la Pcia. de Buenos Aires -El Dial W10F97-); se ha sostenido: "el juicio de desalojo cabe sea promovido contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante (doct. art. 676 C.P.C.C.), con la condición de que no se sostenga por parte de este 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 "Alvarez, Carmen c/ Ruiz, Blanca s/ desalojo") ("Lencina María Isolina c/ Cardozo Carmen Sub y ocupantes s/ Desalojo", CNACC de Lomas de Zamora, El Dial AA39D7).

Pero para desentrañar esta situación se hace preciso recurrir a los arts. 2351 y 2352 del CC, es decir corpus y animus, los que deben existir al momento de la adquisición de la posesión y se sostiene en Bueres-Higthon en glosa al art. 2384, Código Civil 5, que la enumeración de actos posesorios que efectúa el artículo en materia de inmuebles, es meramente enunciativa, y que mediante tales actos se demuestra la voluntad de someter la cosa a un poder efectivo en los términos del art. 2351, sea que la posesión se adquiera de un modo originario -ocupación, aprehensión, o desposesión- o derivada de la tradición.

Agregan que la prueba de estos actos materiales sobre la cosa puede significar la prueba del corpus y la pretensión -*iuris tantum*- del *animus domini*, o bien, la prueba de la posesión, en el sentido que estos actos son realizados por los poseedores, y el que pretende que quien realizó es en verdad tenedor, debe probar tal circunstancia.

Hay pues una presunción de posesión que favorece a quienes ejecutan los actos mentados, de modo expreso o implícito.

La actora al solicitar el desalojo, no establece en qué calidad entró el demandado a ocupar el inmueble, ya que solo manifiesta que le autorizó a aquel que realizara una mejora en el inmueble donde el Sr. C. V. explotaba su propio taller mecánico. Alude a alquileres durante los

años 1997 y 2009 y 2010 y acredita ser la propietaria del inmueble con la documentación que acompaña.

Al contestar el demandado afirma que tiene la posesión pacífica continua y pública desde el año 1997, y relata el porqué figura como titular del bien la actora.

Ante tales controversias se debe recurrir a las pruebas incorporadas.

La testigo A. (resalto que el n° de repuesta no coincide con el de las preguntas), contestó que sabe que en el lote hubo dos inquilinos porque le dijo M., a la séptima pregunta contestó lo sabe "por lo que ella me contó a mí", resultando esa respuesta coincidente con lo manifestado por el demandado en cuanto a la situación por la que atravesaba el demandado al momento de la adquisición del inmueble.

G., trabajó entre 2008-2009 con el demandado en el taller mecánico, escuchó por boca de segundos que M. C. compró el inmueble, que por las voces que se escuchaban el Sr. C. y también su hermana M.

Declaró que C. vive en el lote hace muchos años y que en 6 o 7 meses atrás estuvo alquilado, tenía un multirrubro, así como que en el 2008 hubo inquilinos.

Como se observa tales testimoniales no permiten llevar claridad a la controversia.

Indudablemente el demandado no puede alegar "poseo porque poseo", sino que debe apoyarse en situaciones de hecho, y más allá de la documental acredita que la actora posee título de propiedad, aparecen datos que me inclinan por desestimar la demanda, toda vez que la actora nunca tuvo la posesión del inmueble, que el demandado cuenta con recibos de pago del bien inmueble, que no desacreditó el tiempo en que el demandado dice ocupa el inmueble, así como la construcción que realizara.

Y a decir del art. 2384 son actos posesorios de cosas inmuebles: "la construcción o reparación que en ella se haga". Y he de transcribir lo sostenido en la sentencia que ya enunciara "Aclaro, entonces, que los principios que rigen el grado de convicción a que llego, luego de evaluar las comprobaciones cumplidas en la causa, no apuntan a la certeza absoluta, sino que he buscado la certeza moral, refiriéndome con este concepto al estado de ánimo en virtud del cual aprecio, 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" (CNACC de Lomas de Zamora, Sala I, Reg. Sent. Def. 215/87; 374/92; 37/93; 133 bis/94; 54/95, entre otras).

De acuerdo a lo expuesto no es la acción de desalojo la vía idónea, en consecuencia rechazo la demanda.

Las costas de ambas instancias estarán a cargo de la actora vencida, art. 69 del CPCCCh.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6 y 13 de la ley de aranceles.

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

1) Admitir los agravios y desestimar la demanda interpuesta por la Sra. Sra. M. C. contra el Sr. J. A. C. V. y/o quienes ocupen el inmueble y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs 273/276.

2)) Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida y diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

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

1) Hacer lugar a los agravios de la demandada y rechazar la demanda de desalojo incoada por M. C. contra el Sr. J. A. C. V. y/o quienes ocupen el inmueble individualizado como Lote * Manzana * Barrio P. P., partida inmobiliaria nro. *****, plano mensura protocolizado al t.**, F.**, expte. *****, Matrícula (**-*) *****, ubicado sobre calle J. J. P. nro. **** del barrio mencionado, según considerandos respectivos.

2) Costas de ambas instancias a la actora vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia del Dr. A. D. F. en la suma equivalente a veinticuatro jus (24 jus) y de la Dra. C. A. L. en la suma equivalente a veinte jus (20 jus).

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada del Dr. A. D. F. en el treinta y cinco por ciento (35%) de lo regulado por su labor en la instancia de grado.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"