En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P. R. c/ A. C. s/ Desalojo "(Expte. 71 Año 2013)**, venidos del Juzgado de Ejecución (Expte Nº 1321/11), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 154.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

A fs. 127/128 el Sr. Juez de la Instancia anterior dictó sentencia, admitiendo la demanda de desalojo incoada por R. P. en contra de C. A. y cualquier otro ocupante del inmueble sito en P. G. *** de esta localidad.

Para arribar a tal conclusión, sostuvo que la actora se encontraba legitimada para promover la acción de autos en su carácter de propietaria del inmueble, y que el demandado pretendió resistir la misma con defensa de una supuesta posesión.

En tal sentido señaló que del instrumento público de fs. 24/25, surgía que la vivienda era ocupada en carácter de prestado por la madre del Sr. A., la Sra. M. E. M.

Consideró insuficientes las declaraciones testimoniales rendidas en autos y que el pago de impuestos no constituía acto posesorio *per se*.

Impuso costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales.

2.

A fs. 134 apeló la demandada y fundó su recurso a fs. 170/175. Del mismo se corrió traslado a fs. 149, los que fueron contestados por la actora a fs. 150/153.

3.

Se agravia la parte demandada de los presentes autos, en razón de haber admitido la demanda el decisorio de autos.

Sostiene como argumentos del agravio que le causa tal decisión la falta de valoración de las pruebas que acreditaron la posesión del inmueble y el *animus domini* de la accionada.

Como argumento de lo señalado antes, expresa: a) que el pronunciamiento de autos tuvo en cuenta el informe de fs. 24/25, al que le confirió carácter de instrumento público (negándole tal carácter) , el que además contiene manifestaciones de una persona con instrucción primaria, quien desconocía los términos en que debía manifestarse frente al oficial público; b) el pronunciamiento omitió considerar que la propia actora reconoció que el demandado era poseedor del inmueble desde 1998/1999, con intenciones de someter el inmueble al ejercicio de su propiedad; c) el decisorio no tuvo en cuenta que la edificación construida por el demandado y el pago de los servicios, y de impuestos constituyeron claros actos de comportamiento en calidad de dueño frente a terceros; d) considera el decisorio insuficientes las declaraciones testimoniales, cuando de sus afirmaciones surge que el demandado vive hace dieciséis años o más y que ha realizado mejoras; e) que no se ha valorado que el actor ha consentido la ocupación del inmueble por parte del demandado; f) que tampoco se valoró que la actora perdió la posesión ya que dejó pasar más de un año desde que fue declarada heredera.

En segundo lugar, el demandado se agravia por la imposición de costas a su parte, sin que el decisorio analizara las pruebas de autos.

3.1.

El decisorio de autos consideró al comenzar sus consideraciones que la actora se encontraba legitimada para promover acción de desalojo por su condición de propietaria del inmueble.

Señala luego que la demandada pretendió resistir la acción con un planteo de defensa sostenido en una supuesta posesión, cuya prueba consideró insuficiente para tenerla por configurada.

No puedo soslayar las contradicciones que exhibe el agravio, desde que, por un lado, sostiene (tal como lo hace en su conteste de demanda) ser poseedora con

ánimo de dueña, y por el otro señala que la “actora ha perdido la posesión por usurpación”. Sabido es que la posesión consiste en ejercer sobre ella un poder de disposición física (*corpus*), sin reconocer en otro, en los hechos, un señorío superior a su respecto (*animus domini*) (cfr. Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2ª, 19.02.1993, LL 1993 - D- 468; en similar sentido Cámara Federal de Corrientes, 20.11.2001, LL Litoral 2002-1322; Cámara en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo, San Francisco, 03.03.1998, LL 1998-F-877 (41.068-S).; en tanto, la usurpación o intrusión, es la ocupación de la cosa, carente de todo título que le permita mantenerse en ella legítimamente (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala 2, 27.12. 200, Juba B-2001802).

Este solo aserto alcanzaría y sobraría para desestimar los agravios, en virtud de haber incurrido en un acto propio que los descalifica como tales.

No obstante ello, cabe señalar que el carácter de titular de dominio del inmueble por parte de la actora no ha sido controvertido en autos.

Y siendo así, cabe señalar que el dominio es perpetuo en cuanto a su ejercicio, en el sentido de que la cosa que constituye su objeto queda sometida continua y permanentemente, y sin correlación con el transcurso del tiempo, a la posible acción y voluntad de su dueño (arg. art. 2510, Cód. Civil).

De modo tal, que el dominio subsiste independientemente del ejercicio que pueda hacerse de él, mientras no ocurra la adquisición por un tercero por causa de la prescripción (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 29.02.96, JA, 1998 III, Síntesis).

Así las cosas, el juicio de desalojo impetrado por el propietario sólo puede ser repelido por el demandado sólo si acredita su posesión a título de dueño por más de vente años (cfr. Corte Suprema Justicia Tucumán, Sala Civil y Penal, 01.11.2004 “Herrera”, AP 1/70014995-6), circunstancia que no se configura en autos desde que el mismo accionado reconoce haber vivido allí desde el año 1993 con su abuela, pero que formó su familia y vivió con su grupo familiar desde 1998, cuando la demanda, en estos autos, se promovió en 2011 (arg. art. 4015, Cód. Civil) y en modo alguno invocó justo título que permitiera estarse a otro plazo.

Cabe destacar que el demandado manifestó en su conteste que tuvo ánimo de dueño desde que falleció P., desconociéndose la fecha en que el deceso se produjo, ya que no aportó prueba en tal sentido.

Tampoco puede soslayarse que el demandado no invocó unión de posesiones que permitan computar otro plazo distinto al que me refiero más arriba.

Por otra parte, sabido es que, para producir sus efectos, la posesión debe ser pública, pacífica, continua e ininterrumpida por el tiempo establecido por la ley (cfr. Cámara Nacional Civil Sala H, 13.06.97, F- 475; íd. Sala F, 18.06.2002, LL 2003-A-317, entre otras), razón por la cual, aun en el mejor de los casos en que los primeros dos recaudos (los que no ingresaré a analizar por no ser materia de litis) estuvieran cumplidos, la ausencia del requisito temporal esgrimido es razón suficiente para no conferirle a la posesión que invoca efecto alguno. La queja, en consecuencia, debe ser desestimada y el decisorio confirmado en este aspecto.

3.2.

Siendo su agravio en materia de costas una consecuencia de su queja previa, y toda vez que esta última ha de desestimarse, el correspondiente a costas deviene abstracto en su análisis.

4.

Con respecto a las costas de la presente Instancia, atento el modo en que se resuelve, en orden a lo dispuesto por el art. 69, del CPCC, las mismas correrán a cargo de la demandada perdidosa. En mérito a ello regulo los honorarios de la letrada de la parte demandada, Dra. S. B. B., en atención al resultado obtenido en el pleito, en 8 jus, y los de la letrada de la parte actora, Dra. M. I. F., en atención al resultado obtenido, pero teniendo en cuenta que los argumentos de la confirmación del decisorio fueron distintos a los expuestos a fs. 150/152, en 10 jus; todo ello con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y cc. de la ley de aranceles profesionales).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Sr. Juez Dr. Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte actora.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

2.1 – El carácter de poseedor del demandado

Esencialmente esgrime el recurrente que el a quo no ha considerado pruebas relevantes con las que habría probado su carácter de poseedor del inmueble cuyo desalojo se ha demandado en autos.

Considero que, a tenor de las probanzas producidas en el proceso y ante la cuestión de fondo a resolver, carece de relevancia el cuestionamiento inicial del quejoso sobre el carácter de instrumento público de la cédula de notificación (fs. 24/25). Y hago esta observación porque es sabido que un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia desde hace ya mucho tiempo considera instrumento público a toda clase de instrumento judicial, es decir, las piezas del expediente judicial, los actos producidos en el proceso, las cédulas de notificación, etc. (conf. CNCom. Cap., 27/10/43, GF, 167-72; CNCom., Sala B, 31/08/56, JA, 1957-I-135; CCiv. 2a. Cap., 24/08/44, LL, 35-783; íd., 13/08/48, GF, 194-208; CNCiv., Sala B, 26/12/58, LL, 94-122, 1078-S; CNCom., Sala A, 05/06/59, LL, 98-253; STERíos, 13/05/42, JER, 942-459; STSFe, Sala II Civ.Com., 02/12/61, Juris, 20-232). Por lo tanto, inútil e inconducente resulta instalar aquí una discusión sobre el punto.

De lo dicho debo pasar necesariamente a lo que muy claramente plantea en su voto precedente el Sr. Juez Dr. Vivas con respecto a una clarísima contradicción en que incurre la apelante. En efecto, toda la estructura con la

que ha pretendido defender su postura desde el inicio del presente y ahora en los agravios, está dirigida a que se lo considere "poseedor" del inmueble que ocupa y cuyo desalojo ha ordenado la sentencia en crisis. Pero, al mismo tiempo, dice claramente a fs. 143 de autos: *"…Podemos decir que la actora ha perdido la posesión por usurpación (art. 2456 C.C.)…, perfectamente su conducta queda encuadrada en la figura del art. 2456 C.C…".* Sabemos que la norma que invoca el actor establece que se pierde también la posesión cuando se deja que alguno *"la usurpe"*; este planteo nos conduce a que nos encontremos ante una postura del demandado que dice ser "poseedor" pero, a la vez, con otra que esgrime la figura del "intruso", con lo cual la estructura defensiva a la que antes me he referido, se derrumba por inconsistencia. O se es "poseedor" o se es "intruso".

Dice Palacio al respecto que *"…si bien, en términos teóricos, es dable diferenciar al tenedor precario del intruso, en la práctica la situación de ambos es jurídicamente análoga, pues el factor relevante en uno y otro caso se halla configurado por la simple tenencia sin animus domini y por la obligación de restituir que puede derivar, sea de la ausencia de título o de un título que no acuerde derechos a permanecer en la ocupación"* (PALACIO, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. VII, pág. 97).

Lo dicho nos conduce a concluir que tanto la mención de "intrusos" como la de "tenedores precarios" contenida en el art. 692 del CPCC, están englobados en la expresión *"cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible"*.

Ahora bien, la norma del Código Civil que refiere el agraviado en su queja contempla el caso de la desposesión clandestina, esto es, cuando una persona se apodera de la cosa en ausencia del poseedor, sin emplear actos de violencia para ello y entra a poseer dicha cosa. A diferencia del caso contemplado por el art. 2455 -desposesión violenta-, en el cual la posesión se pierde inmediatamente, en este supuesto se pierde al cabo de un año, en

tanto durante ese tiempo el anterior poseedor no haga nada por recobrar su posesión, es decir, permanezca inactivo. Ahora bien, esa inactividad durante un año lo que produce es la prescripción de las "acciones posesorias" que podía intentar el usurpado (conf. ZANNONI - KEMELMAJER de CARLUCCI, "Código Civil Comentado Anotado y Concordado", T.10, págs. 459/460, ed. Astrea).

Es por ello que la pretensión no procede contra el ocupante que alega su calidad de "poseedor", pero ello es así, a condición de que aporte elementos probatorios que, *prima facie*, acrediten la verosimilitud de su alegación. Pero, la prueba de posesión *animus domini* queda a cargo de quien la esgrime, no pudiendo presumírsela por la simple tenencia u ocupación del inmueble. Por consiguiente, la sola afirmación del demandado en este proceso de ser "poseedor", no es suficiente para enervar la acción, porque ello implicaría ignorar la protección que el Código Civil confiere al propietario contra quien ningún título o motivo acreditó para ocupar la cosa ajena.

Y aun cuando la actora al iniciar la demanda de desalojo haya admitido que el demandado tenía en su poder el inmueble, tal circunstancia, por sí sola, es insuficiente para acreditar la posesión, toda vez que la simple ocupación de la cosa no origina posesión, sino la simple tenencia.

Es por ello -y adelanto mi postura sobre la solución de fondo- que ha sido correcta la decisión del Magistrado a quo al ordenar la devolución del inmueble reclamado por la vía del desalojo, en cuanto el demandado -habiendo invocado su calidad de poseedor- no logró demostrar ningún derecho a permanecer en el mismo, manteniéndose contra la voluntad de su dueña, pues se trata simplemente de un intruso con obligación inmediata de restituir la cosa, calificación que también cuadra a quien no ha probado título alguno para la ocupación.

Y he aquí donde se ve con claridad meridiana que el tema en debate no encuadra dentro de los parámetros del art. 2456 del Código Civil mencionado por el demandado. Y ello es así porque el plazo de un año que dicha disposición impone, produce la prescripción de la acción *"posesoria"*, pero no del derecho a demandar por desalojo (acción *"personal"*) que es el que aquí ha ejercido la actora.

Por último, considero que tampoco resulta necesario entrar en el debate sobre la acreditación o no del carácter de "poseedor" invocado por el demandado y si el sentenciante ha dejado de lado pruebas conducentes o no sobre ello. Y hago esta afirmación basándome en los propios dichos y reconocimiento hechos por el demandado en su queja con respecto al tiempo que hace que ostenta el carácter de "poseedor" del inmueble cuyo desalojo se ha demandado en autos. En efecto, a fs. 141 vta. refiere que se ha mostrado como la persona que es titular de un derecho real *"…durante dieciseis años…"* (subrayado me pertenece); más adelante -en la misma foja- se remite al escrito de demanda y al de fs. 45 donde surge que *"…desde el año 1998/1999 ya A. se encontraba viviendo, ocupando el inmueble…"* (subrayado me pertenece); avanzando en este mismo escrito, menciona a los testigos propuestos por su parte y remarca que los mismos *"…coinciden en que desde hace aproximadamente dieciseis años o más, Aranda vive en el inmueble en cuestión…"* (subrayado me pertenece); por último, a fs. 143 vta., dice: *"…el solo hecho de haber consentido la actora su ocupación por parte del demandado, por más de doce años…"* (subrayado me pertenece).

No dejo de lado la única afirmación que hace en su queja (fs. 142) sobre que ha acreditado por testigos y prueba documental de los servicios de la vivienda, que ocupa el inmueble desde hace más de veinte años y refiere -como relevante- que *"…de la documental adjunta, se puede observar que el servicio de gas data del año 2000, por ejemplo…"*. Ante estos dichos, solo corresponde plasmar aquí que, en primer término, no indica con qué

pruebas acreditó la posesión durante más de veinte años y, en segundo lugar, que la documental que indica es del año 2000, por lo que mal puede con ello acreditar ser poseedor durante más de veinte años dado que ese término se cumplirá recién en el año 2020 y él ha invocado *"más de veinte años"*.

Como bien lo ha señalado el Dr. Vivas en su voto precedente, el carácter de titular del dominio que ostenta la actora no ha sido motivo de desconocimiento en estos autos. Por lo tanto, es sabido que el dominio es perpetuo, a no ser que mediara una enajenación o que resulte probado que se dejó poseer la cosa por otro durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por prescripción (arts. 2510 y 4015, C.Civ.). Han sido los accionados, por ende, quienes debieron acreditar el supuesto desprendimiento del actor de la titularidad del inmueble (conf. C.Civ.Com. San Isidro, Sala 2ª., 29/03/05, Juba B1751240), prueba que aquí no se ha producido en modo alguno.

Es que para que la posesión que invoque un ocupante sea digna de consideración, supone que se haya apoderado del bien con el ánimo de dueño, pero mientras no se demuestre de algún modo que el mismo es tenido *rem sibi habendi*, los jueces deben considerar a quien lo ocupa como mero detentador. Si así no fuera, todos estarían en situación jurídica idéntica a la de los verdaderos poseedores (arts. 2351, 2373, 2384, 4015, C.Civ.) (conf. C.Civ.Com. San Isidro, Sala I, 17/11/94, LLBA 1995-226). Y en este caso, aun cuando el demandado hubiese acreditado de manera clara, terminante y precisa el carácter de poseedor que invocara -lo cual no ha logrado- su presunta posesión no alcanza a cubrir el tiempo mínimo que la ley requiere para que tenga efectos y pueda hacerla valer como un derecho de su parte en este proceso (arg. art. 4015 y concs. Cód. Civ.).

Concluiré destacando que no puede admitirse la postura del apelante relativa a que la demanda de desalojo en su contra no puede prosperar

debido a que tiene una verdadera posesión y no simplemente una tenencia. En efecto, es conteste la jurisprudencia en afirmar que el juicio de desalojo sólo comprende aquellos conflictos en que, por la condición personal de los contendientes en su relación con la cosa, el litigio queda limitado al cumplimiento de la entrega o restitución de la misma. En esa inteligencia, el debate atinente al derecho de poseer, es ajeno a dicho juicio. Es decir, la posesión veda el desapoderamiento si es al cabo de un proceso en que tenga lugar la amplitud de debate y prueba donde se haya podido defender el tema posesorio. En el caso de autos, el demandado "cree" haber adquirido un señorío posesorio por el hecho de haber habitado desde hace algunos años a la fecha el inmueble; empero, olvida anotar y, sobre todo, rebatir la afirmación contenida en el pronunciamiento impugnado en relación a que esa ocupación del inmueble en cuestión se ha dado en un marco fáctico en el cual la propietaria ha demandado a un ocupante, que el demandado pretende resistir el desalojo mediante una defensa fundada en una supuesta posesión cuando del informe de fs. 24/25 (instrumento público) surge que le han prestado la vivienda, que la prueba testimonial producida resultó insuficiente para acreditar la realización de actos posesorios y que el pago de impuestos no constituye por sí solo un acto de tal carácter. Este razonamiento sentencial no logra ser conmovido mediante sólidas objeciones por parte del demandado al fundamentar el recurso que le ha sido concedido. Por último, la prueba del *animus domini* es a cago de quien lo invoca, no pudiendo presumirse por la simple tenencia material de la cosa.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto ya que el accionado no se ha colocado en condiciones de acreditar que la posesión argüida ofrezca alguna duda razonable que autorice la remisión de lo aquí discutido a otro proceso.

Por lo expuesto, corresponde rechazar los agravios del recurrente aquí analizados. Es mi voto.

2.2 – <u>La imposición de costas al demandado</u>

Atento mi propuesta al Acuerdo contenida en el punto anterior, deviene abstracto el tratamiento del agravio planteado por el demandado sobre la imposición de las costas de primera instancia.

3 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte actora en virtud de resultar perdidosa en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los letrados actuantes en la segunda instancia, considero adecuados y ajustados a las pautas que fija la Ley Arancelaria los que ha regulado a los mismos el Sr. Juez Dr. Vivas en su voto precedente.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo: Por las razones expuestas, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 127/128.

2. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios de la letrada de la parte demandada, Dra. S. B. B., en 8 jus, y los de la letrada de la parte actora, Dra. M. I. F., en el 10 jus; todo ello con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y cc. de la ley de aranceles profesionales).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de junio de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 127/128.

2. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios de la letrada de la parte demandada, Dra. S. B. B., en 8 jus, y los de la letrada de la parte actora, Dra. M. I. F., en el 10 jus; todo ello con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y cc. de la ley de aranceles profesionales).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDC. CONSTE.