En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil catorce, 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. Nélida Susana Melero y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G. L. c/G., J. s/DESALOJO", expte. nro. 140 año 2014,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 1685/2012), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 287), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, 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. 237/242 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I. Vienen los autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado y por la actora a fs. 244 y 245, respectivamente contra lo resuelto en la sentencia definitiva nro. 228 del día 28/02/14 de fs. 237/242 vta., fundándolos con los escrito de expresión de agravios a fs. 258/260vta., la actora y a fs. 261/275vta., conferido los traslados correspondientes a fs. 276, son replicados por la actora a fs. 277/278vta. y por el demandado a fs. 280/284.

Firme el llamado de "autos para sentenciar" (fs.

285) y practicado el sorteo de rigor (fs. 287), se encuentran las presentes actuaciones en estado de ser revisadas por esta Alzada (art. 271 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico-).

Mediante el premencionado decisorio, el iudex a quo hizo lugar a la demanda de desalojo por intrusión promovida por la Sra. L. G. contra el Sr. J. M. G. y condenó a esté a desalojar el inmueble objeto de este juicio , en el término de cinco (05) Días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza e imponiendo las costas al demandado vencido.

I.A) En cuanto al escrito de expresión de agravios presentado por la actora a fs. 258/260vta., considero que el mismo no cumple con el requisito subjetivo esencial de admisibilidad para apelar, la necesidad que la resolución que se impugna cause el recurrente un gravamen o perjuicio cierto y concreto. Tal recaudo reconoce su fundamento en el requisito genérico del interés en los actos procesales de parte o en el principio general según el cual sin interés no hay acción con derecho.

Como decía Couture, en su obra “Fundamentos”, 3era. Edición, p. 360, nro. 221, de manera paralele al aforismo que el interés es la medida de la acción podría admitirse que el agravio es la medida de la apelación.

Profundizando la temática aquí desarrollada es clarificador la definición del concepto agravio que efectúa la doctrina procesal cuando expresa que sen entiende por dicho concepto, la insatisfacción total o parcial de cualquiera de las pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso y se mide en concreto por la diferencia entre lo pedido y concedido, o lo negado; o sea por el vencimiento total o parcial de la parte que

recurre.(conf. Palacio, “Derecho Procesal “, T.V, p.86, De Gregorio Lavié, “Código Procesal”, T.I, pág. 626, nro. 514, Couture,m ob. Cit. p. 361, nro. 222).

Entiendo aplicable el escrito recursivo de la actora que no cumple con la exigencia que se trate de un agravio actual, considerado desde un doble punto de vista: desde el tiempo en que se dicta la resolución impugnada, pues no se puede apelar agravios futuros, o eventuales, como asimismo, del contenido de ella.

En este sentido se ha expedido desde larga data la jurisprudencia cuando determina que tampoco es admisible la apelación condicional, ya que el perjuicio debe ser actual(CNCiv, Sala D, 15/10/81, LL, 1982-A-443).

A mayor abundamiento he de destacar que el agravio debe surgir de la parte dispositiva de la sentencia, siendo inapelables los considerandos de aquélla, puesto que no hacen cosa juzgada. Ello así porque ha establecido la doctrina que no son susceptibles de apelación los considerandos del fallo cuando se ha consentido la solución dada al caso por el magistrado y sus fundamentos no pueden alterar el resultado del punto de litigio. Igual solución debe darse si la decisión en sí del juez no tiene una relación inescindible con los considerandos, y estos últimos, por lo demás no determinan, con el alcance de cosa juzgada o preclusión , la futura conducta de las partes.

Por los entendimientos expresados no corresponde hacer lugar a los agravios planteados por la accionante a fs. a fs. 301/303vta.

I.B) Se agravia, concretamente, el demandado apelante por cuanto el a-quo destimó la excepción de falta de legitimación interpuesta por el mismo (fs.

261/275 vta.).

La legitimación procesal determina quién puede actuar como parte actora en un proceso (legitimación activa) y frente a quién como demandado (legitimación pasiva); es la denominada legitimatio ad causam, precisando la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en la relación con el derecho invocado en juicio. Denota la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino además, afirmar su pertenencia a quien lo hace valer y contra quien se deduce, de tal modo que la causa tramite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente de la tutela jurisdiccional. En el caso de los procesos de desalojo, está legitimado quien acredite el carácter de propietario invocado en la demanda a tal fin como así también el locador, el usufructuario, el poseedor, el comodante, el administrador, etcétera.

De las constancias de la escritura nro. 171 – Donación de inmuebles –"G. , K. B. a D. N. t. G. y Otros , efectuado en esta ciudad el día 15/06/06 emerge en forma clara que el demandado no es un intruso – tal como lo alega la actora a en su escrito de demanda de desalojo- , ya que de dicho instrumento público el aquí demandado resulta ser el dueño de la sexta parte indivisa del inmueble aunque con la importante limitación de que existe un usufructo (derecho de poseer, usar y disfrutar la cosa) que pertenece a la actora. Sin embargo, el usufructo no puede ser indefinido, y siempre tiene un término ya sea fijo o, en el caso de usufructo vitalicio, hasta la muerte del usufructuario, recobrando el nudo

propietario la “propiedad plena” cuando se extinga el usufructo.

Siendo la actora la usufructruaria vitalicia del inmueble y el demandado nudo propietario del inmueble, existe en la especie conflicto de posesiones que amerita su discusión en otro juicio, no debiendo tener favorable acogida la acción personal que ejerció la actora para obtener la restitución en el marco restrictivo del proceso de desalojo cuando no es manifiesta la calidad de intruso con que la actora califica en su demanda al demando.

De allí que corresponde revocar la sentencia fundamentándolo en que el accionado no reviste el carácter de intruso sino de nudo propietario, no siendo manifiesta la obligación de restituir del inmueble.

Por todo lo expuesto, arribo a la convicción que debe hacerse lugar a los agravios planteados por el demandado y revocar la sentencia venida en crisis desestimando la demanda por desalojo incoada por la actora Sra. L. G. contra J. M. G.

I.C) En virtud que conforme lo decidido en el presente voto se hace aplicable lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico – y teniendo presente lo dispuesto por el art. 69 de dicha normativa procesal las costas tanto de primera como de segunda instancia se imponen a la actora vencida. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia 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. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de

Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

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

1) Rechazar los agravios planteados por la parte actora (fs. 258/260 vta.).

2) Hacer lugar a los agravios planteados por el demandada a fs. 261/275 vta., y, en consecuencia, revocar la sentencia venida en crisis, desestimando la demanda por desalojo incoada por la actora Sra. L. G. contra J. M. G. respecto del inmueble individualizado en la sentencia de origen.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a la parte actora vencida (arts. 282 y 69 la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico –). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instacia para el momento del acuerdo, (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 – Digesto Jurídico-).

4) Téngase presente las reservas del caso federal efectuadas por la actora y el demandado,

5) De forma.

A la primera cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, dijo:

La sentencia definitiva nro228/2014 del juzgado de ejecución nro.1, tuvo en consideración que la excepción de falta de legitimación pasiva o activa de las partes procede o no cuando se valoran las figuras en el proceso concreto asumiendo la calidad de “justas partes” o “partes legitimas”. Es decir que ellos son presupuestos o requisitos intrínsecos que inciden directamente sobre

la admisibilidad de la pretensión, que el demandado en su actitud probatoria no acredito la viabilidad del rechazo de la pretensión de la actora a donde apuntó la excepción, por lo cual el a-quo se aboco al estudio del planteo central.

Definió el alcance de la acción de desalojo, dijo que la presente se baso en la causal de intrusión, el reconocimiento de demandado de ocupar el inmueble como condominio y comodatario de la unidad funcional nro.26 de la galería La Favorita de la ciudad de Comodoro Rivadavia, del sr. J. M. G.

Analizó la documental incorporada en autos concluyo que el demandado que sin perjuicio de ser del nudo propietario venia ocupando el inmueble, tuvo en cuenta la existencia del contrato de usufructo, la fecha de finalización, por lo que consideró la existencia de la obligación de restitución.

Al rechazar la excepción de falta de legitimación activa y pasiva, y que el desalojo se basa en la existencia de un vínculo jurídico entre actor y demandado y la obligación de restituir con prescindencia del titulo por el cual posee, encontró reunidos los requisitos y resolvió:

Rechazando las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuesta por el demandado J. M. G. e hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por L. G. en consecuencia condenó a J. M. y/o quien resulten ocupantes a desalojar del inmueble individualizado como Unidad Funcional nro.26 del Consorcio de propietarios Edificio “Galeria La Favorita” de calle S. M. *** esquina B. M. *** de esta ciudad estableciendo el plazo. Impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios de los letrados actuantes (fs.237/242 vta.).

A fs.244 apeló la parte demandada. A fs.245 la actora, siendo concedidos a fs.246 viene en crisis la sentencia.

A fs. 258/260 vta. Se agregó el memorial de agravios de la parte actora, quien sostiene que el a quo ha errado en las consideraciones relativas a los derechos, situaciones jurídicas, fácticas y contractuales, por lo que se agravia.

La decisión de grado puede incidir en los créditos que la actora esta reclamando por vía incidental, lo que ocasiona un perjuicio tal antecedente judicial. Transcribe parcialmente el considerando diciendo que es una afirmación dogmática, el poder especial que menciona el juez de grado no ha sido otorgado por la actora. El Sr. K. B. G. no es parte en el juicio, ni como actor ni como demandado por lo cual el poder especial no puede ser opuesto. Esa parte se opuso, impugnó clara, fundada y fehacientemente la oponibilidad y procedencia en este juicio.

A fs.125/128 impugno la validez del contrato de comodato atribuida al fallecido K. B.G. porque había caducado. El fallecido otorgó en su calidad de comodatario un poder especial a J. G., sino que siendo ya propietarios de los bienes inmuebles utilizo un poder anterior en perjuicio de sus propios abuelos. Esta situación fue tergiversada en la sentencia, transcribe parcialmente. De la documental se desprende según el apelante que siendo que en su calidad de usufructuario j. K. G., ni la actora Lea G. otorgaron poder especial alguno a J. G.

A fs.261/275vta. se gloso el memorial de la demandada, quien califica el fallo de arbitrario por desviación de los hechos acreditados en autos.

Primer agravio La desestimación de la excepción de falta de legitimación a) Revistiendo el demandado el carácter de poseedor del inmueble –ademad de donatario y condominio- la falta de legitimación activa como pasiva.

No existe entre la actora y demandado un titulo que lo obligue a restituir. La actora usufructuaria no tiene acción alguna de desalojo, para obtener el desalojo deberá intentar una acción posesoria.

Pretendió la actora que el poseer era intruso contrariando lo dispuesto en el art.676 del CP. No trato la sentencia en crisis cuestiones conducentes a la solución como el carácter de poseedor del demandado, cita criterio de STJ de la Pcia. y de este Cuerpo. Hace mención del contrato de usufructo.

La cuestión por ser una cuestión de posesión no puede ventilarse en la accion de desalojo. Cita también jurisprudencia nacional. Ignora el juez al decidir que el demandado no celebro contrato K. sino que fue una sociedad de hecho. b)confundió el juez el comodato con una sociedad de hecho como si hubiera sido celebrado por el demandado. No trajo a juicio a dicha sociedad ni a K. No puede ser en consecuencia la sentencias de desalojo aplicable la sentencia contra quien no fue parte del juicio.

El segundo agravio La condena por desalojo. A) el comodato no cesa con la muerte del usufructuario, sino con la extinción del derecho real. Remite al art.2920 del CC, el contrato de comodato no ceso con el fallecimiento de K. G. sino cuando se produce la extinción de aquel art.2870 CC y agrega que cuando no tienen fecha de finalización se produce con el fallecimiento del usufructuario.

El usufructo a favor de mas de un beneficiario se

extingue con la muerte del último de ellos. cita doctrina. C) mientras exista usufructo los contratos celebrados con motivo del mismo siguen vigentes y la actora debe respetarlos por mandato legal, no corresponde hablar del consentimiento alguno de la misma. Citó doctrina.

Hizo reserva del caso federal.

Son contestados a fs.277/278 vta., por la actora el memorial de la demandada y a fs,280/284 vta. contesta la demandada.

Análisis

En cuanto a la apelación del actor, en su memorial destaca que no esta de acuerdo con el razonamiento del juez a quo, que si bien resultó vencedor el análisis para arribar a la conclusión que le fue favorable a la actora no resulta ajustada a los hecho acaecidos y lo afectaría en el futuro para iniciar otras acciones procesales.

Todo Juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 164CP).

Ese deber de explicar las razones en que fundó su decisión el juez, están contenidos en los considerandos o los motivos de la sentencia, por regla general no son recurribles, sino la parte dispositiva.

En este orden de ideas, en general, esta legitimado para apelar quienes se vean afectados por la sentencia, salvo la hipótesis que no hayan sido satisfechas en parte pretensiones deducidas, dando procedibilidad al recurso.

“Cuando nos referimos al agravio, que experimenta por la sentencia quien apela, queremos significar la falta de satisfacción de cualquiera de las pretensiones –

o peticiones- principales o subsidiarias o accesorias en todo o en parte incluidas en la litis. No habrá agravio cuando el juez arribe a una conclusión idéntica a la de la parte, aun cuando la motivación o el razonamiento en que ella descanse sean diferentes. El vencedor no puede apelar –sin interés no hay acción- El concepto es que aquel a quien el juez concedió en su pronunciamiento todo lo que pidió, carece de interés para recurrirla.”(ver Morello,Berizonce,Sosa “Cod.Proc….” t.III Pág.78/79 Ed.Abeledo Perrot-88).

Dijo la doctrina que “la pretensión de desalojo, como toda pretensión que se formule, no es por su naturaleza un derecho en si 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 pag.3).-

A fs. 27/29, a fs.103/119 con la demanda y la contestación quedó conformada la litis, la prueba producida fue evaluada por el sentenciante de grado arribando a la decisión definitiva sobre la procedencia de la acción deducida, la disconformidad con el razonamiento del a quo basada en hipotéticos y abstractos perjuicios no implica una omisión de tratamiento de cuestiones no tratadas como para atender la queja.

Con lo cual no habré de admitir el recurso de apelación de la sra.L. G.-

En punto a los agravios de la parte demandada adelanto la postura seguida en oportunidades anteriores, en el entendimiento que ”… no cabe dilucidar en el proceso de desalojo el mejor derecho que puedan tener las partes que han alegado adecuadamente su posesión sobre el mismo inmueble” (elDial.WS2BA).

En la especie, la parte demandada demostró su

posesión prima fascie justificada.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva, la jurisprudencia tiene decidido que no es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor para que se declare improcedente la acción de desalojo. De ello puede inferirse, a contrario sensu, que cuando aquella calidad presenta suficientes visos de seriedad, será insuficiente el marco del desalojo para dirimir tal contienda, debiendo ventilarse por otros medios procesales, creados para discutir la posesión.

La carga de la prueba de la posesión incumbe al demandado. Cabe decretar la inadmisibilidad del desalojo cuando prima fascie resulte la verosimilitud de la posesión invocada a cuyo efecto si bien se debe acreditar la seriedad de la defensa, no corresponde exigir una prueba concluyente sobre el derecho del poseedor (ver Fenochietto ob.cit. Pág.560).-

Si el poseedor aporta elementos que prima facie acreditan la verosimilitud de su alegación, el desalojo no procede (C. Nac. Civ., sala G, 22/10/1992, JA 1993-III-319).

Al demandante le basta con demostrar que le asiste un derecho a tener la cosa bajo su señorío, sea en carácter de propietario, poseedor, etc. Producida esa prueba por la parte actora, la carga probatoria se desplaza al demandado, quien para neutralizar la acción deberá demostrar que a su vez disfruta de una situación jurídica incompatible con el derecho acreditado por el actor, bien porque aún siendo tenedor su obligación de restituir no es exigible, o bien porque es un auténtico poseedor animus domini de la heredad, o cuyo jus possessionis no es susceptible de ventilarse en el marco del juicio de desalojo.

Tal y como ocurrió en la especie, el acotado marco del juicio de desalojo impide desentrañar las cuestiones que fueran ventiladas por las partes, en particular por la demandada, lo que se corrobora incluso con la apelación intentada por la actora quien no se vio satisfecha con el análisis del a quo respecto de las propias pruebas producidazas.

No estuvo ocupando el inmueble por el demandado contra la voluntad de la actora, no surge con claridad la obligación de restituir, por las vinculaciones contractuales habidas entre las partes. 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.

Por estos fundamentos hago lugar a los agravios de la parte demandada y revoco el fallo venido en crisis, rechazando la demanda incoada por la sra. L. G., en impongo las costas de ambas instancias a la actora vencidas conforme lo dispuesto en los arts.282 y 69 , del CP. Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en primera y segunda instancia al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, dijo:

Por coincidir adhiero a la formula postulatoria de la Dra. Melero.

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 planteados por la parte actora (fs. 258/260 vta.).

2) Hacer lugar a los agravios planteados por el demandada a fs. 261/275 vta., y, en consecuencia, revocar la sentencia venida en crisis, desestimando la demanda por desalojo incoada por la actora Sra. L. G. contra J. M. G. respecto del inmueble individualizado en la sentencia de origen.

3) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a la parte actora vencida.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. I. F. d. l. C., I. F. A. y M. d. l. P. F. A., conjuntamente, en treinta y cinco jus (35 Jus) y a los Dres. E. N. y R. W., conjuntamente, en veinticuatro jus (24 Jus), con más el IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. I. F. d. l. C. en el treinta y cinco por ciento (35%) y al Dr. E. N. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas por la actora y el demandado

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del

caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"