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 (Local N° 3)", expte. nro. 141/14**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución nro. 1 (expte. nro. 1687/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 281), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero 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. 233/238vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. 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. 239 y 240, respectivamente contra lo resuelto en la sentencia definitiva nro. 229 del día 27/02/14 de fs. 233/238vta., fundándolos con los escritos de expresión de agravios a fs. 252/254vta. la actora y a fs. 255/269vta. la demandada, conferido los traslados correspondientes a fs. 270, son replicados por la actora a fs. 271/272vta. y por el demandado a fs. 274/278.

Firme el llamado de "autos para sentencia" (fs. 279) y practicado el sorteo de rigor (fs. 281), 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 este 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. 252/254vta. considero que el mismo no cumple con el requisito subjetivo esencial de admisibilidad para apelar, la necesidad de 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 paralela 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 clarificadora la definición del concepto agravio que efectúa la doctrina procesal cuando expresa que se 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 (cf. Palacio, "Derecho Procesal", T.V, p.86, De Gregorio

Lavié, "Código Procesal", T.I, pág. 626, nro. 514, Couture, ob. Cit. p. 361, nro. 222).

Entiendo aplicable al escrito recursivo de la actora que no cumple con la exigencia de 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 pueden 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 aquella, 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. 252/254.

I.B) Se agravia, concretamente, el demandado apelante por cuanto el juez a quo desestimó la excepción de falta de legitimación interpuesta por el mismo (fs. 255/269vta.).

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-, efectuada 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 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 usufructuaria 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 demandado.

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 de 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 de 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. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Rechazar los agravios planteados por la parte actora a fs. 252/254vta.

2) Hacer lugar a los agravios planteados por el demandado a fs. 255/269vta. 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 instancia, 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 presentes las reservas del caso federal efectuadas por la actora y el demandado.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 229/2014 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 legítimas”. Es decir que son los presupuestos o requisitos intrínsecos que inciden directamente sobre la admisibilidad de la pretensión, que el demandado en su actitud probatoria no acreditó la viabilidad del rechazo de la pretensión de la actora a donde apuntó la

excepción, por lo cual el juez *a quo* se abocó al estudio del planteo central.

Definió el alcance de la acción de desalojo, dijo que la presente se basó en la causal de intrusión, el reconocimiento de demandado de ocupar el inmueble como condominio y comodatario de la unidad funcional nro. 3 de la galería La Favorita de la ciudad de Comodoro Rivadavia, del Sr. J. M. G.

Analizó la documental incorporada en autos concluyó que el demandado, sin perjuicio de ser el nudo propietario, venía ocupando el inmueble, tuvo en cuenta la existencia del contrato de usufructo, la fecha de finalización 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 título por el cual posee, encontró reunidos los requisitos y resolvió:

Rechazando le excepción 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. 3 del Consorcio de Propietarios Edificio “G. L. F.” 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. 252/257).

A fs. 239 apeló la parte demandada; a fs. 240 la actora, siendo concedidos a fs. 241, viene en crisis la sentencia.

A fs. 252/254vta. se agregó el memorial de agravios de la parte actora, quien sostiene que el juez *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 está 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 impugnó la validez del contrato de comodato atribuida al fallecido K. B. G. porque había caducado. El fallecido no otorgó en su calidad de comodatario un poder especial a J. G., sino que siendo ya propietarios de los bienes inmuebles utilizó 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 L. G. otorgaron poder especial alguno a J. G.

A fs. 255/269 se glosó 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 –además de donatario y

condominio- la falta de legitimación activa como pasiva.

No existe entre la actora y demandado un título 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 poseedor era intruso contrariando lo dispuesto en el arts. 676 del CP. No trató 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 un tema de posesión no puede ventilarse en la acción de desalojo. Cita también jurisprudencia nacional. Ignora el juez al decidir que el demandado no celebró 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 sentencia de desalojo aplicable 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 arts. 2920 del CC, el contrato de comodato no cesó con el fallecimiento de K. G., sino cuando se produce la extinción de aquel arts. 2870 CC y agrega que cuando no tienen fecha de finalización se produce con el fallecimiento del usufructuario.

El usufructo a favor de más 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. 271/272vta. por la actora el memorial de la demandada y a fs. 274/278vta. contesta la demandada.

Análisis:

En cuanto a la apelación del actor, en su memorial destaca que no está 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 hechos 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 (arts. 164 CP).

Ese deber de explicar las razones en que fundó su decisión el juez, está contenido 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, están legitimados 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 sea diferente. 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, "Cód. Proc….", t.III, pág. 78/79, ed. Abeledo Perrot-88).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

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).

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 juez *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.com - WS2BA).

En la especie, la parte demandada demostró su posesión *prima facie* 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 facie* 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 juez *a quo* respecto de las propias pruebas producidas.

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., e impongo las costas de ambas instancias a la actora vencida 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. García Blanco dijo:

Por coincidir, adhiero a la fórmula postulatoria de la Dra. Melero.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios planteados por la parte actora a fs. 252/254vta.

2) Hacer lugar a los agravios planteados por el demandado a fs. 257/269vta. y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 233/238vta. 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).

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).

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Presidente

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara