En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"V., F. O. c/ R., B. Y. y otro s/ Desalojo" (Expte. N°262 Año 2015)** venidos del Juzgado de Ejecución (Expte. N° 552/15), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo
practicado a fs. 80.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera resolvió rechazar la demanda de desalojo promovida por F. O. V. y le impuso las costas y reguló
honorarios.

Para así resolver concluyó que el actor no encuadra entre las personas legitimadas activamente para demandar el desalojo en tanto no surge de la prueba producida que el mismo haya tenido la posesión del inmueble.

La actora dedujo recurso de apelación (fs. 61) siendo concedido a fs.65. Puestos los autos en Secretaría se agregó la expresión de agravios (fs. 75/76) reservada oportunamente en Secretaría a fs.68.

2. <u>Los agravios y su tratamiento</u>

La actora cuestiona la decisión sobre la base de la interpretación que formula de la prueba producida y que daría cuenta que su mandante se encontraba poseyendo y había dado inicio a los trámites para constituirse en propietario del predio.

Discurre su agravio en que media un error en la data consignada al informe socio económico y que conforme se deduce de la denuncia penal que agregó, en fecha 30 de junio no se encontraba en el lote, destacando que quienes fueron entrevistados en el lugar dieron cuenta que la propiedad no les pertenecía y que son falsos los datos que consignan de que vivían desde hace tres años en el lugar. Agregó que esa circunstancia se contrapone con los datos aportados en el legajo de copias aportado por el Municipio.

Concluye señalando que su mandante ha ejercido la posesión con animus domini y que nadie se ha presentado alegando un mejor derecho sobre el mismo.

3. El recurso será admitido.

La acción de desalojo es de naturaleza personal, por cuanto es el proceso tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello. A tales fines, el actor en primer lugar debe demostrar la legitimación activa que le cabe para exigirla, la que debe surgir nítidamente conforme el título que se invoque, y una vez realizado exitosamente ello, se desplaza la carga probatoria al demandado, quien deberá alegar y probar un título que obste la pretensión restitutoria.

La determinación de la legitimación para obrar de las partes puede ser dilucidada de oficio por los jueces de la causa en cualquier etapa del proceso,

aun cuando la contraria no hubiere opuesto la pertinente defensa, toda vez que ella es una de las condiciones necesarias de la acción.

En efecto, la calidad o legitimación ad causam (entendida como la identidad entre la persona del actor o del demandado, y aquéllas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades) es un extremo que el juez debe examinar previamente a la entrada en la pura sustancia del asunto, pues de faltar la misma ningún derecho a favor del actor podrá ser declarado.

En otras palabras -por regla- la falta de legitimación constituye un impedimento sustancial para que el magistrado pueda expedirse acerca de la existencia del derecho que se controvierte en el juicio, ya que representa un requisito de la pretensión contenida en la demanda, y no una excepción en sentido estricto ni un impedimento procesal. Así, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, porque -lejos de referirse al procedimiento- contempla la relación que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso.

En el caso puesto a resolver el Sr. Juez de grado entendió que el Sr. V. no era uno de los legitimados activos para reclamar el desalojo del inmueble sito en B° S. M. nominado catastralmente como Circ. XX Sección XX Manzana XXXX Lote XX entre las calles R. y G. de esta

ciudad.

Como principio general, puede afirmarse que el presupuesto necesario para que funcione el procedimiento especial del juicio de desalojo, es que exista por parte del actor un derecho personal a exigir al demandado la

devolución de la cosa. Esto implica que la legitimación activa para incoar el desalojo corresponde a todo aquel que tenga algún derecho a recuperar la tenencia del inmueble, en razón de que en este tipo de procesos, no se

encuentran en discusión derechos reales sino sólo personales. *"La acción y el consecuente proceso por desalojo se conceda no sólo al locador contra el locatario, cuya obligación de restituir se haya hecho exigible, sino también a todo propietario, usufructuario y usuario, contra el tenedor a título precario, intruso o cualquier ocupante, cuya obligación de devolver también sea exigible, siempre que los mismos, conforme expresamente preceptúa la norma, no invoquen título alguno a la posesión.* ("Bru, Julio c/ Mario Galván y ot. S / Desalojo" - Fallo: 92190350 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1992/04/03 Base elDial.com – MCBAC).

La Municipalidad de Puerto Madryn, Dirección de Tierras y en informe firmado por la Ab N. G. del Programa de Mejoramiento Barrial (Pro.Me.Ba.) (fs. 57) acompañó el Legajo formado a nombre del actor en relación al lote cuyo desalojo se pretende (fs.34/56).

Del referido legajo y posterior informe surge una constancia de trámite de preadjudicación y donde se reconoce en cabeza del actor el carácter de tenedor precario del lote. (fs.44). Previo dictamen de la Asesoría Legal de fecha 15/12/14 (fs.40) se autorizó los servicios de luz, gas y agua a nombre del actor *"en relación al lote que estos ocupan".*

Luego se agregan "Autorización de Servicios en Tierras Municipales" para que V. en su carácter de ocupante del referido lote y dentro del plazo de 60 días desde la autorización, gestione ante S., fs.41 (luz) a fs.42 (agua) y a fs.43 ante C. (gas).

A fs. 50/51 y en el marco de la inspección ocular dispuesta en sede policial y que forma parte de la denuncia radicada por V., se dejó constancia que en el domicilio de referencia existía una pared de ladrillos y una puerta construida de rejas que da hacia el interior del patio y que existía un cerco perimetral de malla cima de 4,2 cm.

Por otro lado se agregó una encuesta socio económica de fecha 30 de junio de 2015 y de la que se infiere que el domicilio (B° S. M. Mza 1234 Lote 14) se encontraba ocupado por J. S. B. y S. M. y un menor. El informe datado el 30/01/2015, da cuenta que los ocupantes denuncian que habitan allí desde hacía tres años, que el monoambiente estaba construido sin aberturas y que se acercaron a Tierras cuatro meses antes de la fecha del informe. El promotor deja constancia que el Sr. S. manifiesta que en el lugar no vivía nadie y que no estaba cercado.

Estimo pertinente dejar acotado que conforme el informe policial agregado a fs. 49 Of. Ayte. F., al tiempo de constituirse en el domicilio presuntamente usurpado (23/02/2015) dejó constancia que se encontraban presentes en el lugar la Sra. B. Y. R. y el Sr. D. U. quienes refirieron que estaban alquilando el inmueble a persona que no

quisieron identificar.

Este dato fáctico es el que sirve de base para incoar la demanda contra ellos y que- a mi criterio - sirve de respaldo para justificar que la familia S. B.- M. aportaron al informe datos que no se ajustaban a la realidad a lo que sumo, por una cuestión lógica, que el Municipio no puede reconocer a V. como tenedor precario del Lote sin previa comprobación

de esa circunstancia.

Expuestos los datos que surgen de la prueba colectada, no puedo menos que concluir que tratándose el inmueble de tierras sociales municipales, la Dirección de Tierras, por sus funcionarios, ha reconocido al Sr. V. el carácter de tenedor precario del lote.

Más allá que ello no le otorga derechos de adjudicación y que estarían sujetos en definitiva a las disposiciones municipales (de lo que el Municipio ha dejado expresa constancia en cada oportunidad), ninguna duda tengo en

reconocerle legitimación activa al Sr. V. para recuperar el uso y goce del inmueble, resistiendo la ocupación del mismo por terceros que -por otro lado-, tampoco se han presentado al proceso (art. 360 inc. 1 del CPCC) para hacer valer un eventual derecho.

No existe en definitiva prueba idónea para refutar la calidad de tenedor que la misma Municipalidad, titular del dominio afectado, le reconoce y eso es suficiente en ausencia de prueba en contrario, para admitir la demanda de desalojo.

Por lo expuesto, voy a proponer al Acuerdo se revoque íntegramente la sentencia de grado, disponiendo el desalojo de los demandados y de todo aquel/aquellos que resulte/n ocupante/s del inmueble aunque no se hayan presentado en el proceso (art. 699 del CPCC), en el término de cinco días a contar desde la notificación de este fallo (art.698 ap 2 del CPCC).

A mérito del art. 282 del CPCC, debe modificarse la imposición de las costas, las que serán a cargo de los demandados vencidos (art. 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios, no existe mérito para apartarme de los estipulados en la sentencia de grado desde que lo fueron en el mínimo que autoriza la ley arancelaria y se ajusta a la actuación profesional cumplida.

En cuanto a las costas en esta sede, se imponen a los demandados vencidos (art. 69 del CPCC) correspondiendo se regulen honorarios a la Ab. R. C. D.,en el 35 % de los que se determinen en la instancia de grado (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

VOTO a la cuestión por la **NEGATIVA**.

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

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de Sala, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del CPCC en lo pertinente, de manera que abordaré directamente los argumentos traídos a decisión de esta Alzada.

2.

2.1.

Se agravia la actora pues el decisorio rechazó su demanda.
Sostiene que yerra el pronunciamiento al decidir que la actora carecía de legitimación en razón de no detentar la posesión del lote, sin valorar la prueba arrimada al expediente.

Tras ponderar la producida en autos, concluye que la posesión se presenta como un poder de hecho, ejercido voluntariamente sobre una cosa, con ánimo de dueño o propietario, es decir, sin reconocer en los hechos una potestad superior excluyente o incompatible con el detentado por el poseedor. Agrega que, a los efectos de la legitimación del poseedor en el desalojo, éste tiene el uso y el goce de la cosa sobre la que recae la posesión, de ahí que el poseedor tenga a su disposición el proceso de desalojo contra el intruso, y en general contra cualquier persona. Concluye que el actor ha ejercido voluntariamente sobre el lote en cuestión la posesión y lo ha hecho con ánimo de dueño, sin que nadie se presentara a invocar un mejor derecho.

2.2.

El pronunciamiento de autos sostuvo que el actor se presentó alegando derecho a la posesión, cuando la posesión es un hecho y no un derecho.

Pasó revista a la prueba producida en autos, sosteniendo que, tanto el informe de la Municipalidad de Puerto Madryn de fs. 57, como el legajo de fs. 34/56 hacen mención a la calidad de “ocupante” que detentaba V. sobre del lote en cuestión. También menciona que a fs. 44 obra constancia de haber iniciado el actor el trámite de pre-adjudicación del lote de autos, confiriéndole carácter de “tenedor precario”.

Concluye que, de las constancias de autos, no surge la legitimación del actor para promover acción de desalojo ya que no ha tenido la posesión del inmueble.

2.3.

El desalojo tiene por objeto recuperar la tenencia; no se discute la posesión, de modo tal que quien acredite tener físicamente la cosa, aunque poseyendo en nombre de otro, puede ejercer dicha acción, encontrándose legitimado para ello.

El objeto del juicio de desalojo es el recupero de la tenencia, es decir del "corpus" del bien y quien tiene acción para demandar es la persona que se desprendió o fue privado de esa tenencia, de lo cual se infiere que el derecho a disponer del inmueble no es debatible en la acción de desalojo (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 4a Nominación de Córdoba, “Cárdenas, Mafalda Z. y otro c. Mayorga, María E”, 11/04/1995, LLC 1995 , 1076, AR/JUR/1388/1995).

Por tal razón, no es exigible detentar la posesión de un bien para promover este tipo de acción; el requisito es haber llegado a ser tenedor en virtud del poder de uso que otorgó la Municipalidad de Puerto Madryn conforme surge de la constancia de fs. 48.

En dicha constancia se reconoce al actor como “tenedor precario” del inmueble cuya desocupación se reclama en estos autos, y tal carácter se le otorga por razones de índole social y humanitaria, aclarándose que ello no implica adjudicación definitiva.

La Ordenanza municipal 8174/12 que modifica la 6942/08, rige la venta, autorización de uso, tenencia y/ o comodato de la Tierra Municipal en el ejido de la Ciudad, a los fines de la utilización, disposición y destino de dichas tierras (cfr. arts. 2 y 4), contemplando la posibilidad de pre-adjudicación en sus arts. 24 a 26.

De este modo, el carácter otorgado al actor, sea en su calidad de “ocupante” (ver fs. 40/41 y 43) o de “tenedor precario” (fs. 48) es indistinto a los efectos de acreditar que la propietaria de las tierras fiscales, es decir, la Municipalidad, en el marco de la Ordenanza mencionada, reconoce y autoriza a V. un derecho de uso sobre la cosa.

Ello, sin perjuicio de una eventual adjudicación que se verificará siempre y cuando reúna las exigencias normativas que dicha norma municipal contempla.

Cuando se menciona el término “precario” el vocablo encierra una nota incompatible con el *animus* (cfr. Cámara Nacional en lo civil, Sala C, 29.05.69, ED, 34-211). Es que en la tenencia, la cosa se encuentra sometida al poder de hecho de una persona que tiene la posibilidad de disponer físicamente de ella (cfr. Picado, Leandro S, Código Civil comentado, Claudio Kiper –Director- Derechos Reales, T° I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 448), es decir, del *corpus.*

Así, en autos la Municipalidad le reconoció el carácter de tenedor precario u ocupante indistintamente, extendiéndole autorizaciones para la

instalación de los servicios de luz, gas y agua. Quedó acreditado de este modo que V. detenta el *corpus* del inmueble.

Claro está que al momento de promover la acción de desalojo, V. reconoció en otro el señorío de la cosa, por lo que el poder de disponer físicamente sobre ella le vino dado por la Municipalidad. Se trata de una tenencia interesada en los términos del art. 2462, inc. 2), Cód. Civil y V. es representante de la posesión del titular en los términos del art. 2352, Cód. cit.

Así las cosas, concluyo que no se requiere acreditar ser poseedor para reclamar el desalojo de un intruso, quien ha quedado rebelde en autos y le cabe en consecuencia la aplicación de los efectos del art. 61, 3ª parte, del CPCC.

Ahora bien, cierto es que la acción de desalojo es personal y protege al poseedor, pero también lo hace en algunos casos al tenedor (cfr. SCBA, 22.02.94, ED, 158-443), como sucede en el presente caso, en el que, al amparo de una Ordenanza municipal se reconoce el carácter mencionado en último término al actor.

En el presente caso, sólo se discute la restitución de la tenencia, ya que en virtud de la rebeldía decretada, no ha existido controversia sobre la posesión a la que se refiere la sentencia anterior. De haber sido ello así, discutiéndose el dominio o la posesión debiera haberse promovido una acción real y el remedio, seguramente se habría encontrado en la vía ordinaria mediante un interdicto o una acción posesoria (cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala L, 28.02.94, ED 163-320).

Por tales razones, no se advierten razones para rechazar la acción, a quien el titular de la tierra otorgó el uso, reconoció su ocupación o le reconoció el carácter de tenedor precario, desconociéndosele el derecho a solicitar la

restitución de la tenencia. Máxime en casos como el presente, donde sólo un acto administrativo podría pre adjudicar o adjudicar las tierras fiscales, atendiendo las condiciones personales, familiares, y sociales del aspirante.
En definitiva, la acción de desalojo puede ser promovida por quien acredite, como en el caso de autos, haber llegado a ser tenedor en virtud de una autorización de su titular, por ser representante de éste en la posesión (arg. art. 2352, Cód. Civil), quien puede instaurarla contra quien tenga el deber de restituir, tal como sucede en el caso del intruso, que es el ocupante circunstancial sin base ni pretensión jurídica alguna para la ocupación transitoria que ejerce (arg. art. 692, del CPCC).
Por tales razones, considero que debe revocarse el fallo apelado y admitir la demanda instaurada.

3.

Coincido con la Sr. Jueza de primer voto en señalar que las costas de la Instancia anterior deben ser impuestas a los demandados vencidos a mérito de lo dispuesto en los arts. 69 y 282, del CPCC), no existiendo razones para apartarme de los honorarios allí regulados.

4.

Las costas de esta Instancia deben ser impuestas a los demandados vencidos (art. 69, del CPCC), debiendo regularse el honorario de la Dra. R. C. D. en el 35% de lo que le correspondiera en la Instancia
anterior (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de

Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) REVOCAR la sentencia de fs.59/60 vta.. Consecuentemente con ello, **ADMITIR** la demanda de desalojo incoada por el Sr F. V. y **CONDENANDO** a B. Y. R. y D. U. y/o cualquier otro ocupante/s del Lote ubicado en el B° S. M. registrado catastralmente como Cir.X Sección X, Mza. XXXX Lote XX entre las calles R. y G. de esta ciudad, a desalojarlo en el plazo de **CINCO (5) días** de quedar firme este pronunciamiento, bajo apercibimiento de desahucio (art. 686 primera parte del CPCC).

2. **REAJUSTAR LAS COSTAS** de la primera instancia, imponiéndoselas a los demandados (art.69 y 282 del CPCC), **SIN MODIFICAR** los honorarios allí fijados.
3. **IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia a los demandados vencidos. (art. 69 del CPCC), **REGULANDO** los honorarios profesionales de la letrada R. C. D. en el 35 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5 y 13 del CPCC).
4. **De forma.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2016.

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) REVOCAR la sentencia de fs.59/60 vta.. Consecuentemente con ello, **ADMITIR** la demanda de desalojo incoada por el Sr F. V. y **CONDENANDO** a B. Y. R. y D. U. y/o cualquier otro ocupante/s del Lote ubicado en el B° S. M. registrado

catastralmente como Cir. X Sección X, Mza. XXXX Lote XX entre las calles R. y G. de esta ciudad, a desalojarlo en el plazo de **CINCO (5) días** de quedar firme este pronunciamiento, bajo apercibimiento de desahucio (art. 686 primera parte del CPCC).

2. **REAJUSTAR LAS COSTAS** de la primera instancia, imponiéndoselas a los demandados (art.69 y 282 del CPCC), **SIN MODIFICAR** los honorarios

allí fijados.

3. **IMPONER LAS COSTAS** en esta instancia a los demandados vencidos. (art. 69 del CPCC), **REGULANDO** los honorarios profesionales de la letrada R. C. D. en el 35 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5y 13 del CPCC).
4. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDC. CONSTE.