En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, 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. M. F. Z., y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., M. A. c/ G. G., L. V. s/ DESALOJO", expte. nro. 363/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de la ciudad de Sarmiento (expte. nro. 54/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 454), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. M. F. Z. y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 422/426vta.? 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 por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva de primera instancia nro. 59/2017 del Juzgado Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería nro. 1 de la circunscripción judicial de Sarmiento, que dispuso hacer lugar a demanda de desalojo promovida por la Sra. M. A. P. y en consecuencia condenar a la Sra. la Sra. L. V. G. G. y toda otra persona que se encuentre ocupando el inmueble ubicado en calle R. N° XXX de la ciudad de Sarmiento a desalojar el lugar en el plazo de cinco días desde que la presente adquiera firmeza o quede ejecutoriada. Impuso las costas a la

demandada, regulando los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 414/427, fs. 432 -refoliado-).

Agravios de la demandada vencida agregados a fs. 440/443:

Primer agravio. Calidad de Comodataria:

Cuestiona la interpretación que el magistrado de grado, sin analizar la prueba aportada por la demandada, realiza para arribar a la conclusión de su calidad de comodataria.

Critica la recurrente que las declaraciones vertidas por la actora, sumadas a la declaración del Sr. M. G. extraída de los autos: "G. G. L. V. c/ G., M. E. s/ Violencia Familiar", expte. N° 6/2016, presentaran suficiente peso como para que el juzgador tuviera por acreditada su calidad de comodataria, cuando reviste la calidad de poseedora, como tal se probó con la documentación acompañada.

Entiende que el juez *a quo* ha circunscripto su defensa al simple hecho que de autos no surge la existencia de donación alguna de parte de la actora a favor de su hijo M. G. y/o la demandada, reduciendo las pruebas de la posesión solamente a un documento que expresamente lo manifieste, omitiendo considerar que la posesión puede ser probada por distintos medios.

Segundo agravio. Calidad de poseedora. Actos posesorios:

Señala que, conforme lo viene sosteniendo, su calidad de poseedora surge del matrimonio con el Sr. M. G., hijo de la actora, año 2010, cuando la accionante les regaló el inmueble.

Sostiene que sin perjuicio de no contar con el documento específico que avale la posesión del inmueble, ha aportado en autos gran cantidad de documentación que acreditan los actos posesorios realizados a título de dueños. Transcribe los arts. 1911 y 1928 del Código Civil y analiza la normativa, sosteniendo que la

enumeración del art. 1928 no es taxativa, por ende, se pueden señalar otros actos posesorios tales como cercar, alambrar, tratándose de actos de ocupación o de exclusión de terceros para acreditar la posesión.

Entiende que observado su accionar, el mismo cumple con los recaudos para ser considerados actos posesorios conforme nuestro ordenamiento.

Dice que la documentación que ha sido autenticada por los respectivos comercios y empresas acreditan que las mejoras y ampliaciones que se realizaron han sido por ella abonadas y por quien en ese momento era su esposo.

Manifiesta que de la documental se desprende que sobre el inmueble se realizó una obra tendiente a reconstruir totalmente lo existente y ampliar además el mismo, lo que constituye una prueba acabada de que junto a su cónyuge tenían el "animus dominis" sobre el inmueble.

Encuentra probada su calidad de poseedora con la testimonial del Sr. C., pregunta cuarta, en la cual el testigo respondió que en el inmueble vivían el Sr. G., su esposa y una hija o hijo, la pregunta sexta en la cual respondió que quien iba a la oficina a realizar los pagos parciales era el Sr. G. hijo, y con el reconocimiento por parte del Sr. C. de los recibos de pago acompañados. Entiende que el mismo análisis cabe respecto de las testimoniales de la Sra. R. S. (quien respondió a la pregunta cuarta que el Sr. M. y la Sra. L. vivían en el inmueble y a la pregunta sexta que eran quienes se comportaban como dueños) y en relación a la testimonial del Sr. C., (quien respondió a la pregunta cuarta que quien vivía en el inmueble era el Sr. M. G., a la sexta pregunta respondió que era él quien abonaba sus servicios, y a la séptima que creía que él era el dueño de la casa porque con él arreglaba todo).

Concluye que se han probado acabadamente los actos posesorios realizados junto al Sr. M. G. a lo largo de su matrimonio como dueños del inmueble, en tanto han ejercido poder modificándolo a su voluntad, resultado incierta la calidad de comodataria endilgada por la actora.

Tercer agravio. Errada apreciación de la prueba documental:

Afirma que desde la contestación de la demanda ha sostenido, que su calidad de poseedora sobre el inmueble tiene origen en su matrimonio con el Sr. M. G., razón por la cual la posesión sobre el inmueble no es de su exclusividad, sino que también le corresponde al Sr. M. G. Dice que por esta razón la documental aportada figura a nombre de uno o de otro, en tanto los actos fueron realizados durante su matrimonio, siendo todas las compras, pagos e inversiones hechas sobre el inmueble parte del patrimonio de la sociedad conyugal, participando todas las mejoras realizadas de la calidad de bien común.

Concluye que no es solo la documental que figura a su nombre la que debe considerase a efectos de la prueba, sino también la que figura a nombre de M. E. G., pues formaba parte de un solo patrimonio, el de la sociedad conyugal.

Cuarto agravio. Errada aplicación del derecho al caso concreto:

Cuestiona que el juez se aparta de la aplicación del derecho vigente sin razón que sostenga su decisorio. Afirma que, para repeler el desalojo por comodato o préstamo precario, solo se exige que quien invoca expresamente su calidad de poseedor la pruebe, aunque sea “prima facie”. Cita doctrina en apoyo de su posición.

Concluye que se encuentra acreditado tanto el tiempo de ocupación como su posesión “animus domini”

mediante las testimoniales de los testigos A., C., R. S. y C., resultando el rechazo de la demanda la única solución justa para este proceso sumarial de desalojo. Solicita se revoque la sentencia.

A fs. 445/449 contesta la parte actora los agravios de la demandada.

Peticiona se declare desierto el recurso, reseña las pruebas producidas, indicando que se trata el memorial de repeticiones de argumentos.

Análisis:

Considera la actora que el escrito de arribo a esta Sala es una discrepancia con lo decidido por el sentenciante de grado, que no reúne los requisitos establecidos en el art. 268 del código ritual.

Dando respuesta a la petición de declarar desierto el recurso, hago saber que este cuerpo que integro ha mantenido un criterio de admisibilidad amplio conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "M. de V., V. E c/ C. N. de P. para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 26-06-1991; "incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, la resolución que declaró desierto el recurso, basado en la omisión de una critica concreta y razonada, si el escrito contiene argumentos mínimos sobre el tema que pretende someter a conocimiento de la alzada" (autos "Servicios Eléctricos del gran Bs.As. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento", CS2010-08-24 DJ, rev. año XXVInro. 52-29-12-2010). Criterio de admisibilidad amplio que he seguido durante los últimos veinte años en la Sala y no encuentro fundamento para apartarme del mismo.

Los jueces en el cumplimiento de su misión constitucional de conocer y decidir las causas controvertidas; art. 168 de la carta fundamental provincial, tienen el deber de examinar autónomamente los hechos controvertidos para poder encuadrarlos en las

disposiciones jurídicas que apropiadamente los rigen (causas "Chiappe" (Fallos: 326:3050); y "Galera"; Fallos: 329:3517). El ejercicio prudencial de tal atribución, por lo tanto, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional (caso "Peralta", Fallos: 329:1787). En ningún caso, el *nomen iuris* utilizado por el demandante ata al juez, quien está constitucional y legalmente investido de *imperium* para declarar cuál es el derecho aplicable (*cf*. doctrina de Fallos: 327:3010). No está demás hacer presente que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (*cf*. doctrina de Fallos: 315:158, 992 y 1209, entre otros). Tal cometido, por lo demás, debe ser armonizado con la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva, considerada como una exigencia propia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional y que impide el ocultamiento o la desnaturalización de la realidad mediante la utilización de ropajes jurídicos inapropiados ("Bodegas y Viñedos Saint Remy", Fallos: 279:239, cit. en "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c. Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", CSJN, 28/10/2014, ED 261, 469; DT 2015 (abril), 776).

Por ello, y en la convicción de que frente a posiciones dogmáticas no debe perderse de vista la situación de hecho que constituye el presupuesto de cada caso.

Siguiendo este orden de ideas analizaré el presente pleito traído a revisión a esta alzada.

En cuanto a la posesión invocada por la demandada, considero que he de revisar la conclusión del juez *a quo* sobre la valoración de la prueba efectuada, no desde el

punto de vista del derecho real, sino de familia y en base a las pruebas obrantes en la causa.

Determinar si en el caso ha existido un comodato o préstamo de uso, y el plazo del mismo, constituyó una base fáctica en la que el juez de la instancia de grado, quien es soberano en la determinación, en la sentencia venida en crisis sostuvo: "En tanto el art. 1536 determina las obligaciones del comodatario y en su inciso "e" consagra: "restituir la misma cosa con sus frutos y accesorios en el tiempo y lugar convenidos. A falta de convención debe hacerlo cuando se satisface la finalidad para la cual se presta la cosa. Si la duración del contrato no está pactada ni surge de su finalidad, el comodante puede reclamar la restitución en cualquier momento".

Coloco fuera de discusión ese tema y resulta improcedente abordarlo, como desarrollaré seguidamente, no puedo tampoco receptar la manifestación de la Sra. G. G. de la presunta voluntad de la actora de obsequiar dicho inmueble al hijo ex pareja y cónyuge de la demandada.

Ambas partes son coincidentes en agregar como prueba documental el expte. nro. 6/2016 "G. G., L. c/ G., M. s/ violencia familiar", que el mismo fuera iniciado en el Juzgado de Sarmiento en enero de 2016 y que la presente acción de desalojo en abril del mismo año.

Incorporada dicha causa observo que a la fecha no tiene resolución definitiva, que la decisión de cuidado personal de la niña M., nieta de la actora en cabeza del padre con asistencia de sus progenitores (la actora), está todavía en discusión. Agregándose que las distintas imputaciones efectuadas por la parte demandada en dicha actuación no fueron acreditadas tal como emerge de los informes de fs. 206/214/ 238, en particular este último que hace mención de la fuerte influencia de la familia

extensa del Sr. G. en su conducta, que además del citado informe del psicólogo las demás piezas del expediente dan cuenta de la activa participación de la actora en el conflicto.

Cabe adicionar que a fs. 250 de los autos "G. G., L. c/ G., M. s/ violencia familiar", el juez *a quo* en oportunidad de decidir sobre el régimen de comunicación durante el periodo de las tradicionales fiestas de fin de año, en Sentencia Interlocutoria nro. 98/16, expresamente hizo referencia a la provisionalidad de la decisión adoptada, toda vez que se encuentra en avanzado estado procesal los autos. "G., M. c/ G. G. s/ cuidado personal y atribución del hogar conyugal", expte. nro. 98/2016, que no ha sido definido aún.

Si la actora promovió acción a fin de obtener la restitución del inmueble que había dado en comodato precario a los cónyuges demandados (hijo de la accionante y nuera), en el que actualmente vive la excónyuge correspondía intervenir al Juzgado Civil con competencia en asuntos patrimoniales como hizo el juez *a quo*, aunque no podía ignorarse la circunstancia de existir procesos de familia pendientes entre la demandada y la suegra, activa participante del proceso ventilado en el expte.6/2016 -el inmueble en cuestión fue sede del hogar conyugal (de su hijo) y actualmente viviría la excónyuge con un régimen provisorio de comunicación con la hija de tres años, quien permanece por tiempos delimitados judicialmente en dicho inmueble- y ser la suegra de la accionada, autoriza a prescindir de la naturaleza de la acción entablada, puesto que de lo contrario significa sustraerse de las circunstancias fácticas probadas en el curso del pleito.

Producido el dislocamiento de la unidad familiar, ya sea por el abandono del marido, exclusión temporal, o separación conyugal de hecho, la mujer no puede quedar jurídicamente desamparada ante las acciones judiciales

que se intentan por terceros -familia extensa- contra los intereses de la familia, en particular con la niña menor, con mayor razón si se trata de defenderse contra una acción de desalojo que amenaza al hogar familiar por parte de quien conoce acabadamente los hechos y el conflicto.

Ahora bien, una cosa es reconocerle acción para presentarse y cuestión diferente es analizar los alcances de sus derechos cuando se contraponen con normas de orden público.

En efecto, sentada la legitimación de la Sra. P. para demandar el desahucio, su pretensión procede si la Sra. G. G. no acredita su derecho a tener la cosa. Si bien la posesión fue el único argumento vertido en la oportunidad de contestar demanda y en este estadio procesal no pueden ignorarse las pruebas documentales incorporadas que dan cuenta de la real situación fáctica y jurídica.

En consecuencia valoro el hecho que en el inmueble objeto de desalojo vive la nieta menor de edad en un régimen de comunicación provisorio, actualmente de manera temporal, lo que entiendo obsta la procedencia de la acción.

En esa línea, cabe señalar que la resolución a adoptarse no debe soslayar el control de la convencionalidad con relación al interés superior del niño. En efecto, la Convención de los Derechos del Niño, incorporara a nuestro plexo normativo (art. 75 inc. 22 de la CN), reconoce explícitamente el "interés superior del niño" (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño), asegurando la protección y cuidado que sean necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derecho y deberes de sus padres (art. 3.2 ib.), y asignado a los Estado parte la obligación de adoptar las medidas correspondientes a fin de garantizar todos los derechos de los menores, entre los que se encuentra el

derecho a la vivienda (art. 27). En consonancia a ello, los derechos fundamentales del niño y a la vivienda se encuentran reconocidos a nivel nacional en los arts. 75 inc. 22 y 23, y 14 bis de la Constitución Nacional y arts. 2, 3, y 35 de la Ley 26061. Hallamos así un basto plexo normativo que incluyen en su teleología el resguardo de los derechos de la niñez y adolescencia.

La particular situación ventilada en este caso me lleva a entender que podrá autorizarse la disposición del bien si fuere prescindible y el interés del niño no resulte comprometido, teniendo como principal destinatario de la protección a los menores, en el caso a la niña M., y tal como señalé surgió de las pruebas producidas que al momento está en discusión el cuidado personal y la atribución del hogar conyugal, tema este que no puede dejar excluido el objeto de este pleito.

Como las normativas antes mencionadas protectorias del interés superior del niño, tienen por objeto garantizar sus derechos. Consecuentemente, en el desalojo se debe demostrar que el desahucio generará un menoscabo o detrimento en los intereses del menor, que por cierto en el caso al no estar resuelta la cuestión familiar de cuidado personal ha quedado evidenciado que la vivienda emplazada en el inmueble, resulta imprescindible y por tanto que su disposición compromete *prima facie* el "interés del menor", y corresponde adoptar una decisión que asegure los derechos de M. a la habitación digna y confortable hasta tanto recaiga sentencia en el expte. nro. 98/2016.

La índole del proceso de desalojo, la particular circunstancia de su iniciación, ponen de manifiesto una conducta de la parte accionante reñida con la buena fe con la que debió conducirse en su relación, a la par que constituye un indudable abuso del derecho de su parte pretender hacer recaer *in totum* (a través de una condena de desahucio) la responsabilidad emergente de la

ocupación del inmueble a quien le hubiera prestado voluntariamente y, más aún, utiliza parcialmente como vivienda su nieta menor de edad cuya resolución definitiva no ha sido adoptada aun. Todo lo cual me lleva al rechazo del presente juicio de desalojo.

Si bien ha quedado cerrado el tema con lo expuesto, a modo de reflexión final pongo de resalto que la buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, no innecesariamente dañosa, no dada a dobleces ni contramarchas. El principio general de la buena fe –o deber de actuar de buena fe, como se prefiera- es una exigencia insustituible, inajenable e infungible de toda pretensión en derecho. Nadie puede hacer valer pretensiones sin este recaudo. Ningún segmento ni ningún plano del ordenamiento jurídico argentino escapa del principio general que receptara el art. 1198 CC en su reforma de 1968.

Se considerará el ejercicio abusivo de los derechos al que contraríe los fines que aquella tuvo en vista al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (ver art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por los argumentos expuestos rechazo la acción de desalojo, modifico la sentencia venida en crisis. En punto a las costas tengo en cuenta la particular situación ventilada y la decisión adoptada conforme acatamiento a normas de orden público, que no han tenido antecedentes en esta alzada, me llevan a considerar que debo imponerlas por orden causado en ambas instancias (art. 69 y art. 282 CPr).

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

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

Propongo:

1) Hacer lugar a los agravios y revocar la sentencia venida en crisis rechazando el desalojo intentado por M. A. P. contra L. V. G. G. por los fundamentos dados.

2) Costas de ambas instancias por el orden causado. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 422/418 y vta. hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por la Sra. M. A. P. y condenó a la Sra. L. V. G. G. y toda otra persona que se encuentre ocupando el inmueble sito en calle **R.** nro.XXX de la ciudad de Sarmiento a desalojar el mismo en el plazo de 5 días.

Condenó a abonar las costas del proceso a la parte vencida.

1. El recurso:

La demandada apeló la sentencia a fs. 432.

A fs. 440/443 obran glosados los agravios que fueron contestados por la actora a fs. 445/449vta.

Quien abre el acuerdo ha sintetizado suficientemente el contenido de la queja, razón por la que me remito a tal relato con el fin de evitar repeticiones estériles.

2. Antecedentes:

La actora, en el mes de abril de 2016 promovió la presente demanda de desalojo contra la esposa de su hijo, M. E. G. (ver certificado de matrimonio glosado a fs. 11 del expte. nro. 6/2016 de violencia familiar que corre por cuerda). Vale señalar que conforme surge de las constancias de esa causa el Sr. G. fue excluido del hogar conyugal, el inmueble objeto del presente, el 28/1/2016.

Explicó la actora que es propietaria del inmueble, que lo cedió en préstamo transitorio a su hijo esposa e hija hasta que fuera necesario recuperarlo o que ellos se procuraran vivienda propia. Relató que les requirió la devolución del mismo con el fin de alquilarlo a terceros, pero hasta el momento de promover la acción no le fue devuelto. Ofreció prueba. Acompañó título de propiedad del inmueble.

La demandada se opuso a la pretensión. Invocó calidad de poseedora a título de dueña. En tal sentido, relató que luego de contraer matrimonio con el Sr. G., la actora, madre de su marido, les regaló el inmueble en el que existía una vivienda precaria que ampliaron con los ahorros del matrimonio. Como prueba documental acompañó 103 documentos consistentes en facturas, remitos y recibos por compra de materiales de construcción, ferretería, pinturería, aberturas, vidriería; recibos de pago de certificados de obra de planta baja y planta alta, planos de construcción, facturas del servicio de internet y de telefonía.

Ambas partes produjeron la prueba testimonial, confesional e informativa que ofrecieron.

El juez, consideró que no surge de la prueba colectada que haya existido la donación –o regalo- invocado por la demandada toda vez que no hay contrato que en tal sentido lo acredite. Además, el Sr. G. reconoció en el expte. Nro. 6/2016 referido, la titularidad del inmueble en cabeza de sus padres y tampoco desvirtuó la demandada, el título de propiedad acompañado por la actora y el informe del Registro de la Propiedad Inmueble.

Respecto de la documental aportada por la demandada, dijo que solo dos facturas y una constancia de entrega de mercaderías fueron extendidas a nombre de la demandada.

Los servicios de electricidad y gas están a nombre de la actora.

Los informes rendidos dieron cuenta que las aberturas fueron presupuestadas, pagadas y enviadas al Sr. E. G. –padre de M. G.-. El ingeniero que realizó el proyecto de ampliación y dirigió la construcción reconoció que fue contratado por E. G..

3. Análisis:

Atento al contenido de los agravios, en forma previa recordaré que el límite cognoscitivo que impone el principio de congruencia establecido por los arts. 34 y 163 inc.6 del CPr., para el juez de primera instancia, se aplica también a la alzada, cuyo conocimiento en la causa se reduce por un lado a las peticiones realizadas en la etapa de constitución del proceso, y por otro al alcance de los recursos concedidos, rigiendo en la materia el principio *tantum appellatum devolutum* (art. 277 del Cód.Procesal).

Se ha expresado que la potestad decisoria de los órganos de segunda instancia está limitada tanto por la relación procesal cuanto por los agravios del recurrente, los cuales determinan su jurisdicción, sin que tenga facultad alguna para llevar a juzgamiento otras cuestiones no propuestas en dichas oportunidades (SCBs.As., 27/9/83, Ac. 31.844).

Es por ello que mi análisis está limitado por el marco propuesto por la recurrente y su contraria.

En tal orientación, no está demás repasar que la finalidad de la acción de desalojo es obtener el recupero del uso y goce de un bien inmueble ocupado por quien carece de título para ello, que se confiere a aquel que invoque un título del cual derive el derecho de usar y gozar de un inmueble (propietario, locador, locatario principal, poseedor, usufructuario, comodante) resultando procedente contra los locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos o

cualquier otro ocupante cuya obligación de entregar o restituir sea exigible (art. 680, 1er párr. últ. parte del Cód. Procesal), vale decir, contra quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad del dominio (arts. 2460 y ss. del Código Civil), pero no contra quien posee *animus domini* (art. 2351 C.Civil).

De allí que cuando el demandado por desalojo alega un derecho a la posesión y acredita *prima facie* su condición de poseedor, enerva el juicio de desalojo, pues en tal supuesto no surge con claridad la obligación de restituir; situación está que tendrá que dirimirse en el respectivo juicio posesorio o petitorio.

Es la especial naturaleza de esta acción, que solo permite la discusión de derechos personales excluyendo, por lo tanto, el debate sobre derechos reales (*cf*. CACR SD n° 48/1984; 70/88 y esta Sala B en S.I. 211/2004; SD 43/2010; 40/2012, 9/2014 Sala A 20/2006 entre muchísimas otras).

Y en tal sentido se ha señalado reiteradamente que no es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor, para que se declare improcedente la acción de desalojo. Solo cuando el demandado alega poseer con *animus domini* y la defensa no aparece como simple argucia para demorar la entrega del inmueble, sino como una posición seria, el juicio de desalojo no procede (*cf*. arg. fallo plenario dictado por la Cámara de Paz con fecha 15 de setiembre de 1960 en los autos "Monti, Atilio s/ Suc. c/ Palacios de Buzzoni, Danila S. s/ Desalojo" (LL 101-932).

Y también se sostiene que la seriedad de la defensa de la demandada no significa que esté obligada a probar en forma plena su derecho dentro del juicio de desalojo. Se trata de verificar la seriedad o verosimilitud de la defensa que hace valer el intruso; exigencia mínima para que la invocación tenga la virtualidad de paralizar el desalojo. Tal como lo dijo el sentenciante.

”Para enervar la acción de desalojo, basta con la verosimilitud de la situación posesoria invocada por el demandado, pues de lo contrario se habilitaría por esta vía sumaria la oportunidad para preservar los derechos a quienes se presume pueden detentar algún derecho sobre una parte del inmueble en cuestión. En este caso, el esclarecimiento de esta cuestión excede el ámbito del juicio de desalojo, en tanto requiere mayor amplitud de debate y prueba, que deberá ventilarse por medio del juicio ordinario que corresponda (Esta Sala SD 40/2014 “CyC”).

Entonces, cuando durante el proceso no se incorporan elementos que otorguen verosimilitud al derecho a tener la cosa con ánimo de dueño por parte del accionado, la cuestión debe decidirse por la vía del desalojo. En el caso contrario, verificada la verosimilitud de la alegación, resulta excluido del juicio de desalojo el debate relativo a la naturaleza de la posesión, ya que la sentencia que se dicte no hará cosa juzgada sobre el punto y el actor puede hacer valer su eventual mejor derecho mediante la vía de los interdictos o de las pretensiones posesorias o petitorias (conforme Palacio, Lino, “Derecho Procesal Civil”, Tomo VII, página 97).

En el caso, entiendo que la demandada no ha aportado elementos probatorios suficientes para inferir en grado de probabilidad suficiente la calidad de poseedora que invoca.

En primer término, que logró conmover el argumento nuclear del fallo, es decir, la falta de acreditación de título alguno que le dé derecho a la ocupación.

Ello es un extremo relevante, puesto que esa ausencia de título hace colegir que la tenencia material del inmueble que detenta, tuvo su origen en el préstamo alegado por la suegra y luego permaneció en el hogar por efecto de la exclusión del hogar del cónyuge.

No resulta suficiente insistir con que las mejoras realizadas implicaron actos posesorios con ánimo de dueños de los que fueran cónyuges, pues, como se dijo, el cónyuge reconoció la titularidad del inmueble en sus padres y la vida en común y la calidad de hijo y nuera permiten inferir que viviendo en la casa pudieron ocuparse de gestionar la obra. Toda vez que se ha acreditado suficientemente que quien encargara la obra fue el Sr. E. G. (padre y suegro de los ocupantes de la casa).

Es que, si bien el poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en caso de que deba exhibirlo como obligación inherente a ella, es indiscutible que sí debe probar en todos los casos es el hecho posesorio, no bastando al efecto con la acreditación del corpus, sino que es preciso demostrar que la cosa se tiene como propia, esto es, con intención de ejercer sobre ella un derecho de propiedad.

En conclusión, y tras el análisis de la prueba colectada, la demandada no logró acreditar con la documental acompañada ni con las testimoniales rendidas el ánimo de dueño que invocó. Tanto el constructor, como la vecina refirieron que quien pidió presupuesto y contrató la obra de ampliación fue el Sr. E. G.. Solo el cañista refirió que los pagos los recibió de M. G., quien vivía en la casa, pero aclaró que a él lo contrató el ingeniero (fs. 305)

Es así que no encuentro verificada la verosimilitud de la alegación de la demandada y, sin dudas, así lo entendió el juez de grado, de conformidad con el criterio invariable sostenido por esta Cámara en sus dos Salas.

Las razones dadas entiendo que son dirimentes y determinan el rechazo del recurso interpuesto por la demandada.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida.

Los honorarios de esta instancia se fijan en un todo de acuerdo con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas contenidas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. Por dichas razones los determino, a favor de la Dra. M. T. V. G. en un 25% de los regulados en primera instancia y a favor de la Dra. K. A. A. en un 30% de los que le corresponden en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 422/426vta.

2) Costas de la alzada a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales de conformidad con lo propuesto en los considerandos.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 432, agravios fs. 440/443). Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la parte actora (fs. 445/449).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y a efectos de evitar repeticiones innecesarias que solo dilatarían la extensión del voto, diré que en la sentencia de grado se resolvió hacer lugar a demanda de desalojo promovida por la Sra. M. A. P. y en consecuencia se condenó a la Sra. L. V. G. G. y toda otra persona que se encuentre ocupando el inmueble ubicado en calle R. N° XXX de la ciudad de Sarmiento a desalojar el lugar en el plazo de cinco días desde que la resolución adquiera firmeza o quede ejecutoriada. Impuso las costas a la parte

demandada vencida, por el principio genérico de la derrota contenido en el art. 69 del CPCCh -antes art. 68 CPCCh-. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

El decisorio dictado motivó el recurso de apelación interpuesto por la parte condenada a desalojar el inmueble, quien sustentó sus agravios en su calidad de comodataria, su calidad de poseedora, actos posesorios, la errada apreciación de la prueba documental, y la errada aplicación del derecho al caso concreto.

Mis distinguidas colegas de Sala han emitido ya su voto, existiendo discordia respecto de la admisión del recurso de apelación que interpusiera la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia de grado. En tal sentido, la primera votante Dra. García Blanco propició en su voto sea receptado el mismo, mientras que la Dra. Zanatta propuso su rechazo.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, “bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término”, dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, habré de hacer uso de la licencia que la ley formal me confiere y, por tanto, me expediré sobre la materia de desacuerdo, la que en rigor de verdad impone, en el caso particular, resolver la integralidad del recurso interpuesto.

En esa faena, adelanto que habiendo sido detallada la plataforma fáctica en la sentencia de primera

instancia, como así también en el marco de los enjundiosos fallos que elaboraran mis colegas de Sala, me eximiré de reiterarlos nuevamente, por razones de estricta economía procesal.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que, en el limitado marco reservado a la alzada, el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED 212-107).

Ahora bien, destaco que la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum*

appellatum. Así, la actuación de la alzada encuentra un límite que se encuentra impuesto por el contenido de la expresión de agravios. Así se ha dicho: "Esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras de Apelaciones está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional" (CSJN, 25-2-92, E.D. 148-464, con nota de Bidart Campos: "El principio de congruencia", ED 148-466).

Expresado lo anterior, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de los agravios que componen la impugnación, e independientemente del modo en que han sido planteados por la recurrente, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica. (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347209; 345-154; 347-197 entre otros).

Es que, en rigor de verdad, advierto que la línea argumental que compone la esencia del libelo impugnatorio se vincula con la calidad de poseedora, ya invocada por la parte demandada al contestar la acción impetrada en su contra, y con la que pretendió entonces repeler la demanda de desalojo, asunto sobre el que vuelve a insistir ante esta alzada.

Al respecto, destaco que al incoar la acción dijo la parte actora, en relación al inmueble cuyo desalojo pretende, que el mismo fue objeto de un préstamo transitorio a uno de sus hijos quien no contaba con domicilio propio (fs. 2 vta.), lo que equivale a sostener jurídicamente que se verificó allí un comodato. Por su parte, la parte demandada negó que ello fuera

sido así, afirmando que en realidad la actora les "regaló" –a ella y a su esposo– el inmueble en cuestión e invocó en consecuencia, como antes dije, su condición de poseedora del mismo (fs.25). He allí el núcleo de la cuestión.

Bien, en la solución diré que sabido es que nuestro ordenamiento legal no exige para el contrato de comodato una forma determinada, razón por la que claramente puede el propietario de la cosa disponer de la misma en préstamo de uso a favor de quien decida, sin que deba perfeccionar el contrato de forma alguna, más que por la entrega de la cosa misma. En esa inteligencia, el planteo de la actora se presenta como verosímil. No sucede lo mismo con la defensa ensayada por la demandada, quien sostuvo no solo ante el juez de grado, sino ahora en su recurso, que el inmueble le fue "regalado", y sustentó sobre ello su calidad de poseedora. Y desde ya anticipo que en razón de ello no habrá de prosperar.

Es que, no hace falta aclarar que no existe en nuestro ordenamiento legal el "regalo". No hay una figura jurídica nominada como tal. El lenguaje coloquial empleado por la demandada no puede por sí solo constituirse en una defensa seria que despeje la duda sobre la posesión invocada, que es la que *prima facie* podría permitir el rechazo de la acción de desalojo, salvo que aquél "regalo" hubiese estado amparado por un instituto jurídico, donación, que además fuera útil para tener por efectuada la transferencia de dominio del inmueble, desde luego.

Desde que la acción de desalojo no procede contra el poseedor, sin importar que la posesión sea legítima o ilegítima, sería sumamente sencillo para cualquiera rechazar una acción de desalojo con solo invocar aquella calidad, mas sucede que esa posesión debe probarse sumariamente, y aquí se advierte que la demandada

pretende sustentarla en un hecho que no puede demostrar jurídicamente. No hay ninguna probanza que la demandada arrime al proceso y que permita inferir que se produjo una transferencia dominial como la que invocara, sumado ello a que la actora sí probó con el título respectivo la propiedad que ostenta del inmueble, sobre el que huelga aclarar de nada vale el mero desconocimiento efectuado por la accionada al tratarse aquél de un instrumento público no argüido de falso.

Entiendo que el resto de las cuestiones invocadas no pueden desligarse de lo expuesto, vale decir, no es este el ámbito para la discusión vinculada a supuestos actos con los que la demandada intentaría probar aquella posesión, cuando esta fuera sustentada en una trasmisión de dominio no operada –a al menos no probada- y que en teoría sirviera como base para darles fundamento. En definitiva, no puede hablarse aquí de *animus domini*.

En consecuencia, no puedo sino poner de resalto la atinada sentencia dictada por el señor juez de grado, quien analizara en oportunidad los antecedentes con esmero y resolviera en forma razonada y ajustada a derecho, lo que me conduce a confirmar lo decidido en todas sus partes.

Respecto de las costas de la alzada, atento al modo en que se resuelve serán impuestas a la demandada apelante en virtud del principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por coincidir con la decisión de la Dra. M. F. Z., adhiero a la fórmula propuesta por la misma.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 422/426vta.

2) Costas de la alzada a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. T. V. G. en el veinticinco por ciento (25%) y de la Dra. K. A. A. en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

M. FERNANDA ZANATTA
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA
Secretario de Cámara