



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**BAFFIGI JUAN CARLOS C/ RAMIREZ
LILIA ARACELI S/ DESALOJO (S)**

Juz Civ. Y Com. N°: 2

Causa N°: 3165/1

RSD N° 51 /14

Folio N° 289

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 6 días del mes de mayo de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "**Baffigi Juan Carlos c/ Ramirez Lilia Araceli y otros s/ Desalojo**", causa n° 3146/1 habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **TARABORRELLI- POSCA – ALONSO (Se deja constancia que el Dr. Alonso no integra el presente Acuerdo por haberse acogido al beneficio jubilatorio)**; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1° Cuestión ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

2° Cuestión ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSÉ NICOLÁS
TARABORRELLI, dijo:**

I.- Antecedentes del caso y la sentencia

Se trata de un juicio de desalojo promovido por la actora basado en la causal –que invoca- de intrusión contra los demandados y/o demás ocupantes. Corrido el traslado de ley los accionados contestan demanda relatando que habían celebrado un contrato de locación con Norberto Baffigi. Argumentan que una vez finalizado el plazo de la locación continuaron ocupando la finca, conforme el art. 1622 del Cód. Civ.). Además se defienden señalando que el actor Juan Carlos Baffigi no se encuentra legitimado para accionar, planteado por ende la falta de acción. Producido los medios probatorios ofrecidos,

S. S. dictó sentencia, condenando a los demandados y demás ocupantes a desalojar el inmueble, con fundamento en la causal de intrusión, con imposición de costas.

II.- Los recursos de apelación y sus agravios

Los demandados Ramírez, Oscar y Lionel Labollita recurren la sentencia a fs. 216, haciéndose lugar al mismo a fs. 217. A fs. 226/231 expresa agravios el co-demandado Ramírez, en estos términos. Plantea la nulidad del fallo y la nulidad del acto procesal mediante el cual se certificó una pieza procesal “boleto de compraventa” de copias que no revisten el carácter de indubitado y todo lo actuado con posteioridad (art. 169 del Cód. Proc.). Subsidiariamente expresa agravios así. No se ha acreditado por parte el actor la legitimación activa para promover este juicio de desalojo. No probó la autenticidad del boleto de compraventa que acompaña. El actor no probó la existencia de un contrato de compraventa entre su padre (fallecido) y el Bco. Hipotecario Nacional. No realizó ningún acto posesorio. El actor no es poseedor, ni condómino del inmueble que pretende sea restituido. Finalmente pide se decrete la nulidad del acto mediante el cual se tuvo por certificado el boleto de compraventa y todos los actos posteriores; y en forma subsidiaria se haga lugar a la excepción opuesta de falta de legitimación activa y en consecuencia se revoque la sentencia con costas.

A fs. 232 Lionel y Oscar Labollita se adhieren al planteo de nulidad de sentencia y a los agravios expuestos que anteceden invocando la letrada de los mismos el art. 48 del Cód. Proc. y que luego ratifican con la pieza obrante a fs. 243.

A fs. 234/236 contesta el accionante las quejas expuestas “ut supra” por la demandada Ramírez, planteando temeridad y malicia en la persona del demandado y solicitando su letrado se confirme la sentencia, con costas.

LA SOLUCIÓN

Expuestos los agravios articulados por la contraparte –que a su modo de ver constituyen una crítica a la sentencia recurrida- pasaré a tratar los mismos por razones metodológicas, siguiendo este orden.

III.- Posibilidad de reparación del vicio de nulidad por vía de apelación.

Nulidad de sentencia y vicios de procedimiento.

Que a los efectos de la resolución de los planteos preliminarmente formulados por la accionante quejosa, respecto a los vicios que invoca en contra de la sentencia de primera instancia, conjuntamente con la articulación –que formula en esta Alzada- de vicios del procedimiento, este vocal se enrola y adhiere –como premisas de doctrina legal aplicable a las cuestiones planteadas- a los siguientes criterios jurisdiccionales, a saber: “Cuando los agravios pueden ser reparados por vía de apelación, reiteramos, no corresponde considerar el recurso de nulidad de sentencia, pues debe

estarse al principio de validez del acto jurisdiccional. Por lo demás, "la vía recursiva de nulidad, está incluida en el recurso de apelación (Civ. Civ. y Com. La Plata, Sala II, 26/11/892, Jurisprudencia, nº 3, p. 130)". "No obstante, no cualquier transgresión a los principios legales en que se basa la sentencia trae aparejada la nulidad, en particular cuando la alzada puede reparar deficiencias y no se trata de cuestiones fundamentales del litigio conforme se considera precedentemente". "Los errores de procedimiento deben atacarse por medio del respectivo incidente de nulidad y no en la forma del artículo en examen (253 del Cód. Proc.) que se refiere a errores de forma que contiene la sentencia. Ello así, pues mientras el recurso de nulidad comprende los vicios u omisiones que contenga la resolución, el incidente de nulidad es el método idóneo para denunciar las irregularidades procedimentales que precedieron a la sentencia. Además corresponde recordar la clásica jurisprudencia al precisar respecto del recurso de nulidad como instrumento de impugnación de la sentencia: a) Que no tiene por efecto obtener la revisión de un pronunciamiento que se estima equivocado o injusto, sino lograr que se lo invalide por haber sido dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley, con violación de lo dispuesto por los arts. 168 y 171 de la Const. De Bs. As., (C1a, Civ. y Com. La Plata, Sala II, 30/5/00, Jurisprudencia, nº 92, p. 48); b) En cuanto al recurso de nulidad implícito en el de apelación, está destinado solamente a reparar vicios o defectos propios de la sentencia, no de actuaciones que la preceden, pues estas son reparables mediante el incidente de nulidad que debe sustanciarse y decidir en la instancia en que se produjeron (Fenochietto Carlos Eduardo, Código Proc. Civ. y com. de la Pcia. de Bs. As., comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Bs. As., año 2.009, págs. 304/5). Demás esta decir, que plantear una nulidad procesal en esta Instancia Recursiva, sin haber sido articulada, sustanciada y resuelta en primera instancia, se estaría violando el principio de la doble instancia, el debido proceso, al igual que la defensa en juicio, la igualdad procesal y la seguridad jurídica (arts. 16 y 18 de la C. N. y arts. 168 y 171 de la Const. Pcia. de Bs. As., y arts. 266 y 272 del Cód. Proc.).

Por todo ello y sobre al base de la doctrina legal y jurisprudencial citada, propongo a mis distinguidos colegas de Sala, desestimar los agravios expuestos como crítica a la parcela del fallo referentes al planteo de nulidad del procedimiento articulado a esta instancia revisora y al recurso de nulidad de sentencia deducido.

IV.- Tratamiento, consideración y resolución de las críticas al fallo esgrimidas por vía del recurso de apelación. La legitimación activa y pasiva. Boleto de compraventa emanado del Bco. Hipotecario Nacional.

Desalojo por la causal de intrusión.

El actor Juan Carlos Baffigi ha acreditado su carácter de heredero de Ernesto Baffigi, según surge de la declaratoria de herederos glosada a fs. 46, dictada en

autos: "Baffigi Ernesto s/ sucesión", que tramitan por ante el Juzgado Civil Comercial nº 10 del Departamento Judicial de La Plata, venidos "ad effectum vivendi et probandi", que tengo ante mi vista. A fs. 31 de dicha sucesión se denuncia como haber hereditario el departamento –objeto de este juicio de desalojo- que fue adquirido por el causante, designado como unidad de vivienda nº 1353, del Partido de La Matanza, acompañándose a fs. 25/6 el respectivo boleto de compraventa en fotocopia autenticada como consta con las firmas estampadas –por el dependiente autorizado por el Bco. Oficial- al pie de las mismas en dos de sus fojas, donde se lee: "Es copia del original", de cuyo instrumento surge que el Estado Nacional representado en ese acto por el Bco. Hipotecario Nacional vende a Ernesto Baffigi dicha unidad de vivienda, cuyo acto jurídico bilateral fue celebrado el 25 de enero de 1962.

Si bien algunos herederos (ascendientes, descendientes y cónyuges) entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorasen la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia (art. 3410 del C. Civ.), lo cierto es que el actor Juan Carlos Baffigi en su carácter de hijo del causante Ernesto Baffigi entró en posesión de la herencia de su padre a la fecha del fallecimiento del mismo, y sin perjuicio de ello se dictó la correspondiente declaratoria de herederos que luce a fs. 46 del sucesorio "ut supra" mencionado, en la que fue declarado universal heredero conjuntamente con sus hermanos.

La naturaleza jurídica de la acción de desalojo, es una acción de carácter personal, en suma es un acto de administración y no de disposición. Entrando los herederos forzosos en posesión de la herencia con la muerte del causante, y dictada la declaratoria de herederos, cualquiera de los coherederos se encuentran legitimado para demandar la desocupación del inmueble que forma parte del haber hereditario en tanto se trata de una acto de administración y no de disposición, pues el heredero ha sucedido al causante inmediatamente, sin ningún intervalo y con efecto retroactivo al día de su muerte.

Que el boleto de compraventa glosado a fs. 25/26 del sucesorio "ut supra" mencionado, es –a mi juicio- un instrumento público, por cuanto es un documento emanado del Bco. Hipotecario Nacional (entidad oficial financiera crediticia), representado en ese acto, al Estado Nacional Argentino, como vendedor. El mencionado documento está titulado bajo el Decreto nº 3660/61, y al pie del mismo se lee aprobado por la Secretaría Técnica de la Presidencia de la Nación, resolución nro. 54 de fecha 6/2/62 (ver fs. 25/26 vta. de la sucesión mencionada y fs. 9/10 vta. de los autos principales, y que en esa fecha –me refiero al Bco. Hipotecario Nacional- era una persona jurídica de carácter público (art. 33 incs. 1º y 2º del Cód. Civ.). En tal inteligencia ha dicho Spota que: "Considera que basta la intervención de un agente público o funcionario público para que exista instrumento publico quien comienza afirmando que el instrumento publico tiene por principio nota característica

la de haber sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) que posee atribución legal para darle autenticidad y abarca los otorgados por cualquier agente administrativo o funcionario legal con competencia para ello. Señala además que hay instrumentos públicos que no emanan de funcionario público, y a pesar de ello son documentos auténticos, como las acciones de sociedades anónimas, billetes, libretas y cédulas bancarias, asientos de corredores, etc. Por último (...) considera con amplitud el concepto de oficial público, atribuyendo carácter de instrumento público a toda expresión formal escrita de la administración pública. Agrega Cassagne que el instrumento público es una especie del género documento público, que comprende también las meras actuaciones administrativas, carentes del carácter de instrumentos. En su criterio, son instrumentos públicos los emanados de órganos administrativos que se caracterizan por su autenticación o refrendo, cuyo valor probatorio es asignado por los arts. 993, 994 y 995 del Cód. Civ.” (Belluscio-Zannoni, Cód. Civ., comentado, tº 4, Ed. Astrea, Bs. As. 2.001, págs.- 476/79.). El boleto de compraventa glosado a fs. 25/26 del sucesorio citado, es una fotocopia certificada o autenticada por un agente dependiente del Bco. Oficial denominado Bco. Hipotecario Nacional y constituye un instrumento público. Que sin perjuicio de ello y “Orbiter dicta” del escrito presentado por los accionados –al reponer la demanda- que luce agregado a fs. 107/121, de lo relatado por los mismos a fs. 111 vta. y fs. 112 vta. se interpreta judicialmente que estos no desconocen la calidad de adjudicatario del bien inmueble de autos a favor de Ernesto Baffigi (fallecido), resultando este último comprador adquirente del Estado Nacional Argentino, según el boleto de compraventa antes referenciado, en el cual la parte vendedora reconoce al adquirente, como “actual ocupante”, lo que significa que antes de la adquisición del inmueble, ya estaba ocupado por el mencionado comprador, lo que hace presumir (art. 163 inc. 5º del Cód. Proc.) que al causante Ernesto Baffigi se le había otorgado la posesión del inmueble sobre la base de que en el aludido boleto de compraventa en la cláusula tercera se pactó expresamente que: “...A contar del 1º de marzo de 1962, desde el cual entrará a regir este boleto, el comprador comenzará a abonar una cuota mensual de \$977,81 pesos moneda nacional de curso legal (...). A partir de esa fecha se otorgará la posesión...”. (arts. Arts. 979 inc. 2do. 980, 993, 994, 995, 1190, 1195, 1197, 1198 primer párrafo, todo del Cód. Civ., y por analogía arts. 208, 217, 218, del Cód. de Comercio y arts. 354 incs. 1º y 2º, 384 del Cód. Proc.). El poseedor está habilitado para accionar por desalojo contra los intrusos (Salgado Alf J., Locación, comodato y desalojo, Ed. La Rocca, Bs. As., 2.003, p. 345).

De consuno, con ello, resulta que quien detenta un boleto de compraventa, que le confiere derechos subjetivos personales sobre la cosa (art. 1.197 del Cód. Civ.), está habilitado jurídicamente para iniciar juicio de desalojo por intrusión.

Se encuentran legitimados activamente para demandar en el juicio de desalojo, los propietarios, poseedores, usufructuarios, usuarios, herederos, etc., contra los locatarios, y demás ocupantes y en general contra todo precario tenedor o intrusos cuya obligación de restituir sea exigible. Los demandados deben probar que tienen derecho a permanecer en la ocupación de la cosa, no lo han acreditado, por lo tanto deben restituir y desocupar el inmueble (arts. 168 y 171 de la Const. Pcia. de Bs. As. 2461, 2462 inc. 6º, y 2465 del Cód. Civ., 375, 384 y 676 del Cód. Proc.). .

“Simple tenedor es aquel que detenta efectivamente la cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, y es representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa reposa sobre un derecho (art. 2352 del Cód. Civ.). Salvat agrega: existe precariedad por lo mismo que se reconoce en otro la propiedad de la cosa y en consecuencia la existencia de la obligación de restitución; no hay posesión, sino simplemente tenencia” (Salvat Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos reales, La Ley Bs. As., 1927, t. I, . 197, Salgado Alí J., op. cit. p. 349).

La jurisprudencia pretoriana –a la cual adhiero en este voto- ha dicho que cuando el demandado por desalojo no se limita a desconocer el carácter de tenedor precario que se le atribuye en la demanda, sino que afirma su calidad de inquilino del accionante, queda a su cargo la prueba del nexo jurídico en cuya virtud se niega a restituir el inmueble materia del juicio (CNEsp. Civ. y Com. Sala IV, 5/6/79SCBS, 20/5/75, LL, 1975-C-592, Secc., Jurs. Agrup. C. 1468, cits. entre otros, por Salgado Alí J., op. cit. p. 350). En el caso de autos sometido a la jurisdicción de esta Alzada los demandados invocan la existencia de un contrato de locación –que hipotéticamente habría suscripto con ellos uno de los herederos del causante- hecho este que no fue probado por los accionados, a pesar de asumir la carga de la prueba (375 del Cód. Proc.).

Los demandados y los demás ocupantes son meros intrusos, precaristas cuya obligación de restituir es exigible, pues el intruso accede al inmueble contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene su disposición, que ocupa la cosa por un acto unilateral, que se introdujo en la cosa inmueble sin derecho: El intruso es aquel que no puede alegar en su favor la retención de la cosa. Se entiende por intrusión -expresa Álvarez Alonso- la acción de introducirse ilegalmente, sin derecho, en una propiedad inmueble, o la acción del que detenta la cosa obtenida por intrusión contra la voluntad del dueño (Álvarez Alonso, Salvador, El desalojo....., p. 56, cit. por Salgado Alí, op. cit. p. 351). En suma, todos ellos son los legitimados pasivos para ser demandados y condenados a desocupar la cosa y restituirla al actor.

Por todo ello y de acuerdo a lo desarrollado a esta altura del presente voto, juzgo que el actor –en su calidad de heredero- se encuentra debidamente legitimado activamente para promover el presente juicio de desalojo en contra

de los demandados. (Conf. Fallo CC0202 LP, B 78307 RSD-206-94 S Rogov, Pedro c/ N.N. u ocupantes de finca en calle v. Sarsfield s/n s/ Desalojo).

VI.- El planteo de temeridad y malicia

A fs. 235 vta., el accionante al responder el traslado de los agravios expuestos por la demandada, solicita en los términos del art. 45 del Cód. Proc., se les aplique a la parte y a su letrado, la multa establecida en dicho precepto legal por haber incurrido en temeridad y malicia.

Que a lo largo del proceso los demandados han ejercitado sus derechos defensivos –sin éxito- y sin que se les pueda calificar -a mi juicio- a esas conductas procesales tanto a ellos, como la de su letrado: “de temerarias y maliciosas”; la primera como elemento objetivo y la segunda como presupuesto subjetivo, so pena de incurrir el Tribunal en la violación del derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la igualdad ante la ley (arts. 16 y 18 C. N.). Sobre tales argumentos los jueces deben observar, mensura, razonabilidad y prudencia antes de sancionar eventuales inconductas, sanción que exige previa y fundada declaración de la malicia y temeridad. En suma, se interpreta, en caso de duda, que el justiciable ha hecho y realizado un ejercicio natural de su derecho, sin perjuicio que en la sentencia de mérito y definitiva fue condenado, con costas. Por lo tanto se rechaza dichos agravios.

VII.- Las costas de segunda instancia.

Atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del principio objetivo de la derrota, estimo que las costas generadas en ésta Instancia Recursiva deben ser impuestas a los demandados (art. 68 del C.P.C.C.)

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

Por análogos fundamentos el Doctor Posca también **VOTA POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Visto el acuerdo que antecede propongo a mi distinguido colega: 1º) **SE CONFIRME** en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia en cuanto ha sido materia de agravios; 2º) **SE RECHACE** el planteo de temeridad y malicia 3º) **SE IMPONGAN** las costas generadas en ésta Instancia Recursiva a cargo de los demandados vencidos, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc.); 4º) **SE DIFIERA** la regulación de los

honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77).

ASI LO VOTO

Por análogas consideraciones, el Doctor Posca adhiere y **VOTA EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede este Tribunal **RESUELVE:** 1º) **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia en cuanto ha sido materia de agravios; 2º) **RECHAZAR** el planteo de temeridad y malicia 3º) **IMPONER** las costas generadas en ésta Instancia Recursiva a cargo de los demandados vencidos, ello atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Cód. Proc.); 4º) **DIFERIR** la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**