

**DESALOJO: LEGITIMACION PASIVA: POSEEDORA. CARGA
PROBATORIA. MARCO PROCESAL.-**

Registro N° 56/2014

Fojas 331/335

En la ciudad de Pergamino, el 10 de julio de 2014, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en los autos N° **2064-14** caratulados **"CIAVATTINI, GRACIELA NOEMI Y OTROS C/ DE CAROLIS, LUISINA S/ DESALOJO"**, Expte. 30.140 del Juzgado de Paz de Colón, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Roberto Manuel Degleue, Hugo Alberto Levato y Graciela Scaraffia, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

- I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?
- II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTION** el señor Juez Roberto Manuel DEGLEUE dijo:

I.- En la anterior instancia se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda de desalojo promovida por Graciela Noemí; Rubén Omar; Miguel Angel y Héctor Aníbal Ciavattini, condenando a Luisina De Carolis a entregar a la parte actora, dentro de los 10 días de quedar firme, el inmueble objeto de autos, bajo apercibimiento de disponer el desalojo por la fuerza pública. Se aplicaron las costas a la demandada, difiriendo la regulación de honorarios para una vez cumplido con lo dispuesto por el art. 40 de la ley 8904.-

Dicho pronunciamiento fue objeto de recurso de apelación por la parte demandada a Fs. 141, concedido a Fs. 142. A Fs. 154/156 obra escrito de memorial de agravios, los que no fueron contestados por la parte actora, llamándose a Fs. 158 autos para dictar sentencia, providencia que, firme a la fecha, deja la causa en condiciones de ser fallada.-

II.- La queja de la parte demandada se funda en que resulta improcedente el criterio asumido por el a quo para rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva por ella opuesta, por cuanto sus argumentos versan en la legitimación procesal de los actores, cuando en realidad su parte en ningún momento cuestionó tal legitimación. Su planteo fue el de la falta de legitimación para ser demandada, por cuanto la tenencia del inmueble nunca lo fue en carácter precario, sino que se comprobó en autos su posesión como legítimo tenedor del bien, y en consencuencia la inoponibilidad de que recaiga sobre su parte el proceso de desalojo. Que ella habita el inmueble con el consentimiento de los actores, siendo sus tíos

los que dispusieron de común acuerdo que fuera su parte la que tomara a cargo las deudas del inmueble, los arreglos de su reconstrucción y los gastos para regularizar la titularidad. Se queja también de que el juez reconoce su carácter de poseedora, pero dicho reconocimiento no fue debidamente valorado. Que los actores nada hicieron en el proceso, no produjeron la prueba por ellos ofrecida, ni nada para esclarecer sus dichos, tildando de negligente actuación procesal de la parte actora, por todo lo cual peticiona se revoque lo decidido.-

III.- Analizadas las constancias de autos, entiendo que le asiste razón a la apelante en tanto hay que recordar que la naturaleza del juicio de desalojo sólo permite la discusión de derechos personales pero no la de derechos reales, pues la controversia sobre estos últimos debe tramitarse en proceso distinto y por la vía procesal que se estime más conveniente.-

Por principio la pretensión de desalojo se da contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, es decir, contra quienes son tenedores porque reconocen en otro la titularidad del dominio (arts. 2461 y ss., Cód. Civil), quedando descartada cuando se intenta contra quien posee con ánimo de dueño. Por ello, el demandado debe ser un "tenedor", alguien que tenga la cosa a nombre de otro, como es el precarista, el locatario o el comodatario. Si se invoca la calidad de poseedor, dejará de ser la vía adecuada para obtener la restitución de la cosa, si ello puede ser corroborado por pruebas que prima facie la avalen y el medio idóneo serán las acciones posesorias o

la acción reivindicatoria. (en sentido análogo CC0002 LM 164 RSD-1-5 S 8-2-2005, JUBA).-

Y, en autos, la demandada, más allá de invocar una supuesta compra del inmueble, lo cierto es que con las probanzas por ella aportadas, ha dejado en claro que su ocupación no lo ha sido con la precariedad que se exige en este proceso, sino que más bien lo ha sido con "animus dómini", y por el contrario la parte actora nada ha hecho en orden a probar la alegada calidad de "ocupante precaria", siendo carga que a ella correspondía por ser imperativo a su propio interés tal actitud procesal, conforme lo exige el art. 375 del C.P.C., resultando muy pobre, sino nula la actitud de su parte en tal sentido tomada en el proceso. Por lo que entiendo, no se ha logrado comprobar la legitimación pasiva de la contraria para ser demandada como se pretendió.-

Y, la demandada ha aportado prueba en orden a su interés procesal, así las facturas de pago de suministro de gas en el domicilio objeto del desalojo a nombre de la misma, pago de impuestos provinciales y municipales sobre el mismo bien, documental que el juez tuvo por no cuestionada en el auto de apertura a prueba (Ver Fs. 119 punto "1)", y que no fuera objeto de queja por la parte actora, los testigos que depusieron en autos, respecto del momento desde el cual habitaba la Sra. De Carolis el inmueble y de las mejoras realizadas, aún cuando no hayan podido ser complementadas con documental para probar la adquisición de materiales de construcción, deviene suficiente para acreditar, en principio, la calidad de

poseedor animus domini aducida al contestar la demanda, produciendo la prueba pertinente a que he aludido, cumpliendo de esta manera con la carga procesal que a su parte correspondía, esto es la de probar una situación jurídica eficaz para contradecir el derecho invocado por la actora. -

En un reciente fallo, nuestro Superior Tribunal, ha sido más que claro en cuanto a la postura relativa a la actividad probatoria que le compete a cada parte en un proceso, en concreto dijo: "*Tiene resuelto esta Corte que en materia de prueba la obligación de rendirla no depende de la función del actor o demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a quien quiere modificar el estado normal de las cosas o la posición adquirida por el adversario en la litis (conf. causas C. 92.276, sent. de 27-II-2008; C. 100.638, sent. de 18-II-2009; C. 100.819, sent. de 25-III-2009; entre otras). De ahí que, mientras el actor debe acreditar el acto constitutivo de su derecho, al demandado le incumbe justificar los hechos contrapuestos que le son favorables por ser impeditivos o extintivos (conf. doct. C. 76.760, sent. de 2-X-2002; Ac. 87.123, sent. de 3-VIII-2005; entre otras). (SCBA, Ac. 078; C. 104.285, "Torres, Oscar y otra contra Gallo, Gustavo Adalberto y otros. Daños y perjuicios", del 4 de junio de 2014)*

Ha sostenido esta Cámara de Apelaciones, sin mi intervención, pero que comparto en un todo que: "*En orden a valorar la verosimilitud de la invocación de la posesión que se haga en un proceso de desalojo, donde se*

la ha traído como defensa (art. 676 del CPC), ha de acudirse a valorar los elementos con que se cuenta que permitan apreciar concretamente ese grado de verosimilitud ("prima facie"), sin que importe ello dejar agotado el debate o decidir concretamente respecto a los derechos a la posesión en el ámbito propio de las acciones interdictales, posesorias o petitorias, que dan el especial, propio y definitorio juicio acerca de tales derechos (arts. 676, 600/615 del CPC; art. 2379, 2474, 2458, 2480, 2481 del C.Civil). (CC0203 LP causa110588, RSD28/09).- La doctrina en general y la tendencia jurisprudencial, es desechar la simple invocación de la posesión y por el contrario reclamar sea acreditada la seriedad y verosimilitud de la defensa.- Hay criterios más restrictivos o más amplios en orden a lo que se considera probar "prima facie". Si bien se coincide en que, en el trámite de desalojo no se ha de dilucidar materia propia de procesos petitorios, posesorios o adquisitivos del dominio de usucapión, lo cierto es que se tiende a una mayor exigencia respecto a la carga probatoria del ocupante, llegando algunas opiniones a sostener que "...si bien no resulta exigible a quien se limita a invocar una posesión en curso, como defensa para repeler la demanda, el cumplimiento exhaustivo de los recaudos legales exigidos para usucapir, no es menos cierto, que sobre él pesa la carga probatoria de acreditar los caracteres de su pretensa posesión, de modo que no quede lugar a dudas sobre la existencia del derecho esgrimido." (CC0001 MO causa 49671 RSD 347/03).- En mi opinión, lo que es dable exigir en cuanto al grado de certeza probatoria para motivar el rechazo de la acción de desalojo, es que aquella

sustente un juicio de probabilidad serio en torno a que el demandado se halla en condiciones de discutir fundadamente -por la vía correspondiente-, los derechos reales que se pretendan sobre un inmueble.- Considero, que en la especie ello se cumplimenta y en su caso, podría ser ventilada la cuestión en el ámbito pertinente (arts. 375, 384, 163 inc. 5, 456 y 676 C.P.C.)". (Causa Nro. 1702-13, caratulada "BP CONSTRUCCIONES S. A. C/ ARANCIBIA, JUAN JAVIER Y OTROS S/ DESALOJO (EXCEPTO POR FALTA DE PAGO)", Registro N° 104/2013, del 1° de agosto de 2013).-

Por todo lo cual, y de acuerdo a las circunstancias expuestas en autos, entiendo que corresponde rechazar la acción incoada, atento que no se ha acreditado la calidad de "tenedor precario" que se le atribuyó en la demanda, sino todo lo contrario, la demandada se atribuye la calidad de poseedora y el juicio de desalojo no es la vía para discutir aspectos que "exceden el conflicto vinculado a la tenencia o uso de las cosas, como ser las pretensiones reales derivadas de la posesión o propiedad del inmueble..." (Carlos Eduardo Fenochietto, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Comentado, Anotado y Concordado", 5ta. edición actualizada y ampliada, 1999; pág. 725).-

" Es doctrina reiterada de este Tribunal que el juicio de desalojo no es la vía apta para dilucidar lo concerniente al derecho de propiedad y que el mismo reglado por el art. 676 del Código Procesal Civil y Comercial da cauce a una acción personal cuyo objeto es el de lograr la restitución de la tenencia de un inmueble de quien la detenta y tiene una obligación exigible

de restituirla o entregarla (conf. Ac. 39.062 sent. del 25X88) situación que no se da en autos donde el tema de debate excede el marco de este juicio. Ha dicho también este Tribunal que la acción sumaria de desalojo no es procedente cuando ha existido entre las partes un compromiso de venta, cualesquiera sean los términos en que se hizo entrega del inmueble (conf. Ac. 8448, sent. del 20IV65) (SCBA, Ac 52426 S 8-11-1994, Juez MERCADER(SD) CARATULA: Saracho, María Susana c/ Ojeda, Mirta del Rosario s/ Cesación de comodato y restitución de inmueble PUBLICACIONES: AyS 1994 IV, 157; sumario JUBA:B23171).-

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Hugo Alberto LEVATO y Graciela SACARAFFIA por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

A la **SEGUNDA CUESTION** el señor Juez Roberto Manuel DEGLEUE dijo: de conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es: Acoger el recurso de apelación interpuesto y, en su mérito, rechazar la acción de desalojo que incoaran Graciela Noemí; Rubén Omar; Miguel Angel y Héctor Aníbal Ciavattini, contra Luisina De Carolis. Costas de ambas instancias a los actores que resultan perdidosos (art. 68 del C.P.C.). Diferir la regualción de honorarios de Alzada para una vez que obre base firme

para ello (art. 31 ley 8904).-

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión los Sres. Jueces Hugo Alberto LEVATO y Graciela SACARAFFIA por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

SENTENCIA:

Acoger el recurso de apelación interpuesto y, en su mérito, rechazar la acción de desalojo que incoaran Graciela Noemí; Rubén Omar; Miguel Angel y Héctor Aníbal Ciavattini, contra Luisina De Carolis. Costas de ambas instancias a los actores que resultan perdedores (art. 68 del C.P.C.). Diferir la regualción de honorarios de Alzada para una vez que obre base firme para ello (art. 31 ley 8904).-

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

**Graciela SCARAFFIA -
Presidenta de la Excma. Cámara de
Apelación en lo Civil y Comercial
Dpto. Judicial Pergamino**

Si-//

///guen las Firmas.-

**Hugo Alberto LEVATO -
Juez**

**Roberto Manuel DEGLEUE
Juez**

Stella Maris Albani
Secretaria