

Causa Nº 1-55983-2011 -

"FUOTI MARIA GRACIA Y OTRO/A C/ LARIA CEREDON S/DESALOJO FALTA
DE PAGO"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - OLAVARRIA

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 13 días del mes de Marzo de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores -ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI - LUCRECIA COMPARATO , encontrándose en uso de licencia el Dr. Ricardo César (arts. 47 y 48, Ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"FUOTI MARIA GRACIA Y OTRO/A C/ LARIA CEREDON S/DESALOJO FALTA DE PAGO "**, **(Causa Nº 1-55983-2011)**, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - BAGU - COMPARATO.- .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-C U E S T I O N E S-

1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 171/172?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez **Doctor**

ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI, dijo:

I.a.) El presente proceso es iniciado el 22.04.09 por **María Gracia Fuoti y Dominga Antonia Fuoti**, contra el **Sr. Ceredón Laria** quien conforme señalan, resulta ser inquilino del inmueble sito en calle Angel Bardi N° 1627 de Sierras Bayas (conf. fs. 17/19).

Las actoras refieren que en el año 1976 su tío -Salvador Fuoti- locó el inmueble al hoy demandado, sin instrumentar contrato escrito. Posteriormente y al fallecer el primero, su esposa Rosa Abalsamo mantuvo vigente aquel vínculo, y lo renovó periódicamente – siempre - en forma verbal. Asimismo detallan que con fecha 5 de octubre de 2007 la señora Abalsamo donó el inmueble en cuestión a las actoras y un hermano de éstas, José Fuoti (conf. fs. 8/9). Exponen que el demandado pagó un alquiler mensual de ciento treinta pesos (\$130) hasta el mes de agosto de 2008, fecha en que realizó el último. Concluyen diciendo que el demandado fue intimado en los términos del art. 5 de la ley 23.091 al pago de los alquileres adeudados (conf.fs. 6).-

b. Bilateralizada la acción bajo el cauce del **proceso sumario** (art. 676 del C.P.C.C.; fs. 20), se presenta el accionado solicitando el rechazo de la demanda (conf. fs. 46/48). Opone asimismo excepción de prescripción y falta de legitimación activa. Acompaña prueba documental y ofrece prueba testimonial y confesional -

Tras negar los hechos invocados por las actoras y la autenticidad de la documentación acompañada, manifiesta que **ocupa y posee el inmueble**

objeto del reclamo desde el año 1976. Señala que durante más de treinta años ha vivido en forma pacífica en la que considera su casa, su vivienda familiar, la de su esposa y la de su hijo. Y que además, nunca reconoció la titularidad de otros sobre esta.-

c. A fs. 49 se confiere traslado a las accionantes de las excepciones opuestas y de la documental acompañada, el que es contestado a fs. 50/54, solicitando su rechazo.-

d. A fs. 60/61 se abrió la causa a prueba y a fs. 64 ésta se provee. A fs. 121 la actora denuncia “hechos nuevos” y manifiesta que el inmueble objeto de la litis resulta ocupado por una persona que dice ser inquilina del aquí demandado. A fs. 124 contesta el demandado el traslado conferido, quien detalla que amparado por el propio “animus domini” que detenta, ha procurado que el inmueble en cuestión sea ocupado temporáneamente por otra persona, a condición que ésta le efectúe arreglos y mejoras.-

A fs. 166 se declara negligente a la parte demandada en la producción de la prueba informativa y a fs. 167 certifica el Actuario sobre la prueba rendida. A fs. 171/172 se dicta el pronunciamiento definitivo, cuya apelación provoca la intervención de este Tribunal. Tras reseñar los antecedentes de autos y efectuar algunas consideraciones introductorias en torno a la acción de desalojo, la Sra. Juez a-quo concluye que las actoras se encuentran legitimadas para incoar el presente y que los elementos probatorios arrimados para sustentar la prescripción –declaraciones testimoniales- resultan no solo insuficientes sino que además se contrarrestan con las declaraciones de los testigos ofrecidos por la

contraria. Por ello hace lugar a la demanda, ordena el lanzamiento del inmueble en cuestión e impone las costas al demandado.-

e. Apela el demandado a fs. 174, expresando agravios a fs. 182/184, los que no fueron contestados por la contraria (conf. fs. 186). En los agravios, el apelante entiende que las actoras no tienen derecho sobre el inmueble porque nunca tuvieron la disposición de éste. Señala que éstas invocaron una condición que a la postre no probaron: la de locadoras o herederas de un locador propietario; y que ninguno de estos extremos puede sustentarse en un contrato verbal del que tampoco aquí se ha dado debida cuenta. Por lo tanto, entiende que debe rechazarse la demanda.-

II) De la reseña inicial surge que la demanda de autos se ha basado en un contrato de locación – verbal- y que el desalojo pretendido se fundó en la causal de falta de pago. Así las cosas, la legitimación activa debe analizarse en este marco conceptual, teniendo en cuenta la calidad de **locadora** que la actora invocara en el escrito de demanda, la que precisamente ha sido controvertida por la accionada (arts.34 inciso 4, 163 inciso 6, 330, 354, 676 y cc. del Cód. Proc.).-

Por lo tanto, y sin perjuicio que el resultado al que se arribe repercutirá en las otras cuestiones traídas a juzgamiento, con un criterio de prioridad lógica corresponde resolver en primer término lo atinente a la legitimación activa; ya que, si tal análisis no se concluye de manera favorable para las demandantes, conforme se ha dicho, carecería de sentido indagar la legitimación pasiva del demandado (S.C.B.A., Ac. 42.203 del 16.12.86, y demás citas jurisprudenciales reseñadas por Kenny, Héctor E. "Proceso de desalojo", p.

74). Más aún, cuanto “la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales son contestes en aceptar que cuando el actor peticiona en función de un contrato verbal a él incumbe la prueba de su existencia, la extensión y alcance de las respectivas contraprestaciones” (S.C.B.A., del 03.07.84, pub. J.A. 1985-II-521, citado por Calegari de Grosso Lydia, “Locación y contrato verbal”, pub. en DJ, 2007-I, 907).-

Al respecto he de consignar que cuando media un contrato de locación, el locador está legitimado para interponer la pretensión de desalojo en aquél carácter, *con prescindencia de que sea o no propietario del inmueble*, porque en tal caso el derecho de dominio resulta ajeno a la causa de dicha pretensión. En este supuesto, la acción de desalojo se basa en la existencia de un vínculo jurídico entre actor y demandado, **en virtud del cual el ocupante de la casa está obligado a restituirla al demandante, con prescindencia del título por el cual éste posee** (conf. Ramírez, “Juicio de desalojo”, 5ª edición, págs. 91 y 92, con mención de fallos de la Suprema Corte de Justicia Provincial; Palacio, “Derecho Procesal Civil”, tomo VII, pág.90, con cita de jurisprudencia en nota 36).-

Con referencia concreta a la locación, puntualiza Kenny que el locador está legitimado activamente para formular la pretensión de desalojo, debiendo acreditar, como carga de su parte: la calidad de locador que dice investir; la de locatario que reviste la persona del demandado, y los presupuestos de hecho y de derecho que viabilicen la rescisión contractual, en los términos de la legislación de fondo (Kenny, Héctor ob. cit. pág.79; esta Sala, causa n° 53.533, “Ottaviano...”, del 06.05.10).

Ubicada la situación litigiosa en el señalado cauce procesal, cabe señalar que el *sub examine* la documental acompañada a fs. 25/31 y las declaraciones testimoniales rendidas en autos, me confieren convicción suficiente sobre la existencia de la mentada relación locativa. Porque como se ha dicho “la locación pactada en forma verbal puede acreditarse por cualquier medio de prueba, incluso testigos y presunciones” y “aún cuando existiere amplitud para acreditar la celebración del acto, la mera prueba testimonial tendrá virtualidad probatoria sí, conforme a las reglas de la sana crítica genera convicción en el ánimo del juzgador” (Salgado, Alí “Locación, comodato y desalojo”, p. 257).-

Las copias certificadas del testimonio de escritura de donación del inmueble y del informe dominial acompañado dan sustento al *carácter de donatarias* de la Sra. Rosa Abalsamo, viuda del Sr. Salvador Fuoti invocado por las actoras (conf. fs. 25/31; art. 1789 C.Civ.; arts. 3410 y 3417, 3418 cód. Civ.), a quien -además- el propio demandado en sus agravios identificó como el primigenio titular del inmueble en cuestión (conf. fs. 183 vta.; art. 2508 Cód. Civ.). Por su parte, en la carta documento obrante a fs. 6, remitida por las actoras al demandado (conf. fs. 109), y de la que no se ha acreditado que haya obtenido réplica, se atribuye a su destinatario el carácter de “arrendatario”.-

En cuanto a las testimoniales, ha de notarse que el testigo Juan Carlos Forciniti -ofrecido por la demandada- contestó ante la tercera pregunta que se le efectuara que “él [el demandado] alquilaba”, y que lo sabe “porque él [el demandado] se lo dijo varias veces que alquilaba” (conf. fs. 102). Por otra parte, el Sr. Juan Carlos Sventek, otro de los testigos ofrecidos por la accionada, al ser interrogado sobre el carácter con el que el Sr. Laria ocupaba el inmueble indicó:

“él [el demandado] es inquilino”, y que lo sabe porque “la casa es de Don Salvador Fuoti, él [Laria] vive allí” (conf. fs. 105). Lo mismo cabe apuntar a razón de las declaraciones de los testigos ofrecidos por las actoras, en cuanto los Sres. Torres, Moyano y Busto imputan al Sr. Laria el carácter de “inquilino” en forma conteste (conf fs. 94, 95, 96).-

Asimismo, y sin perjuicio que entre las partes ha mediado discrepancia en cuanto al rol de locadoras de las accionantes, son las mismas declaraciones testimoniales las que en sustento del relato efectuado en la pieza de inicio, despejan dudas sobre el particular. Sobre el propietario del inmueble cuya restitución aquí se pretende, indicó el testigo Busto: “Salvador Fuoti, él es fallecido y quedó la Sra. y ahora ella falleció, entonces ahora están las chicas [Dominga y M. Gracia Fuoti]”, “que yo he visto a este hombre [Laria] abonar mensualmente [el alquiler]...”, y que cuando las Sritas Fuoti no estaban éstas le indicaban “si no estamos que te deje la plata a vos...” (conf. fs. 96). Así también, la testigo Bertelli manifestó: “el inmueble era de don Salvador Fuoti y de doña Rosa, su señora y se la dejó a los tres hermanos, a José, María y Dominga Antonia porque él no tenía hijos con doña Rosa [...] Salvador construyó esa casa para dejársela a sus sobrinos. Hace muchos años que éste Sr. Laria se encuentra en el domicilio. María era la que redactaba los recibos, los he visto cuando se los ha llevado, hemos ido juntas y me ha comentado, voy a cobrarle a Laria” (conf. fs. 80). Por su parte la testigo Moyano declaró que la propietaria “era Rosa Fuoti”, y que lo sabe porque ella “alquilaba también ahí y compartíamos el agua entre los tres y pagábamos el alquiler los primeros días juntos” (conf. fs. 95).-

Por tales circunstancias fácticas, es que entiendo que la acción de desalojo debe prosperar; más, sin embargo, en atención a la restante defensa – prescripción- opuesta en el caso, corresponde examinar otros aspectos esenciales para el esclarecimiento de la cuestión litigiosa. De ello me ocuparé en los apartados siguientes.-

III) Ya he precisado que el derecho de dominio resulta ajeno a la pretensión de desalojo. Ello así porque “la acción de desalojo” es una acción personal que tiene por objeto asegurar la libre disposición de los inmuebles al que tiene derecho a ello, cuando son detentados contra su voluntad por personas que entraron en su tenencia mediante actos o contratos que por cualquier causa no pueden ya considerarse existentes (conf. S.C.B.A., AyS., 1958-II-856; 1956-VI-234; 1961-III-518; 1965-I-1115; entre otros) e, incluso, dicha acción puede intentarse aunque no exista un vínculo contractual determinado cuando un intruso, sin pretensiones posesorias, lo priva en todo o en partes del uso, goce o disfrute del inmueble (conf. S.C.B.A., AyS., 1958-IV-568, entre otros; citados por la Cám. 2ª Civ. y Com. de La Plata, Sala III, en autos “Oviedo c/ Jaita”, del 31.03.95., LLBs.As. año 1996 pág. 173 y sig., con nota de Rubén Marcelo Loprete “Desalojo y posesión”, citado a su vez por esta Sala en causa nº 49.647, “Segura...”, del 22.11.2006; causa nº 51.425, “Humberto...”, del 13.02.08). Pero, ciertamente, **el desalojo no procede contra el poseedor sin interesar que sea la posesión legítima o ilegítima, de buena o mala fé** (Cám. 2da. CC La Plata, Sala III, mayo31-995, “Oviedo”, LL,BA, 1996-173).-

Es que si se parte del principio en virtud del cual “la pretensión de desalojo se da contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo ocupante cuyo deber de restituir es exigible, es decir, contra quienes son tenedores porque reconocen en otro la titularidad del dominio (art. 2461, Cód. Civil), queda descartada entonces cuando se intenta contra quien posee *animus domini*” (Areán Beatriz, “Juicio de desalojo”, p. 293, con cita de la Cám. Nac. Civ.; Sala C, 23/12/96, *e/Dial-AE11676*). Agrega esta autora que “por la índole propia o natural del juicio de desalojo, el demandado debe ser un “tenedor”, alguien que tenga la cosa a nombre de otro, como es el precarista, el locatario o el comodatario. Desde que el ocupante del inmueble invoque la calidad de poseedor, deja de ser la vía adecuada para obtener la restitución de la cosa, porque el medio idóneo serán las acciones posesorias o la acción reivindicatoria; ello así, **aunque anticipamos que no basta la mera invocación de la posesión, sino que la misma debe estar corroborada por pruebas que *prima facie* la avalen**”.-

IV) Dando respuesta a los agravios, en el anterior apartado concluí que la titularidad dominial resulta ajena a este tipo de trámite y que la existencia del contrato – verbal-, alegado y el carácter de locadoras incumbía a la parte actora como presupuesto de admisibilidad de la pretensión incoada. **Sin embargo, a diferencia de lo esgrimido por el apelante, se está de acuerdo que la carga de la prueba de la posesión alegada pesa sobre el demandado que la invoca** (esta Sala, causa n° 49.647, “Segura...”, del 22.11.06); ya que, por regla general, “en caso de ser alegado un hecho extintivo para liberarse de la obligación que le ha sido imputada – restitución del inmueble - éste debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de

toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él” (conf. Alvarado Velloso, Adolfo; “Prueba Judicial”, p. 52). Efectivamente, en casos como el de autos, donde el demandado en juicio de desalojo invoca como defensa obstativa de la pretensión del actor su calidad de poseedor del inmueble cuya restitución se intenta, se ha dicho que la decisión final de la litis **depende de la eficacia de la prueba que éste produzca para justificar la realidad de su alegada condición** (conf. Loprete, Rubén “Desalojo y posesión”, pub en LL BA, 1996-181, ya citado).-

V) Determinada entonces que la incumbencia probatoria pesa sobre el demandado, hemos de precisar que alcance debe tener la prueba rendida de la posesión para lograr -en este tipo de trámite- la convicción judicial a su respecto. Es decir, si sobre ésta es necesario un conocimiento completo y profundo o si se requiere simplemente una cognición más superficial que la ordinaria.-

La doctrina de la Suprema Corte Provincial es amplia en éste aspecto, pero si bien acepta que lo sea “prima facie”, **desecha su simple invocación y reclama que sea acreditada la seriedad y verosimilitud de la defensa** (causas N° 56924 y sus citas de Ac. 51078, 40455 y A. y S. 1989-I-736; 1957-IV-612; 1958-II-680; 1980-III-162; Salgado Alí Joaquín, “Locación, Comodato y Desalojo”, pág. 291).-

Asimismo se ha precisado que si bien “en el proceso de desalojo no se ha de dilucidar ni el “ius possidendi” ni el “ius possessionis” ni la “iusta possessio” o posesión usucaptiva, tarea de procesos petitorios, posesorios o adquisitivos del dominio por usucapión, resulta conveniente tender -dentro de la directiva orientadora de la jurisprudencia del Superior Tribunal- **a una mayor exigencia**

respecto a la carga probatoria del ocupante que ya no puede satisfacerse con una mera comprobación “prima facie”, sino con una prueba acabada de una relación real de posesión –cualquiera sea- entre el demandado y la cosa, sin que importe sea o no legítima, de mala fé o viciosa” (Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 02.05.96 “Castro...”, C. 222.171, voto del Dr. Roncoroni; esta Sala, causa n° 49.647, “Segura...”, del 22.11.06).-

En esa misma línea se ha propiciado la conveniencia de **desechar la reiterada fórmula “prima facie” y reemplazarla por la exigencia de prueba cierta y fehaciente de sus dichos a quienes aleguen ser poseedores en los procesos de desalojo** (Loprete, Rubén “Desalojo y posesión”, ya citado).-

Por lo tanto, “si no basta con que el demandado invoque la calidad de poseedor para declarar la improcedencia de la acción de desalojo, interpretando dicha conclusión *a contrario sensu*, puede afirmarse que cuando esa calidad presenta visos de seriedad, será insuficiente el marco del proceso de desalojo para dirimir la contienda, debiéndose ventilarla por otros medios procesales creados para discutir la posesión. Si el demandante sostiene que es intruso, el segundo debe invocar expresamente su calidad de poseedor, y además probarla aunque sea prima facie. Así se ha dicho que si bien no basta invocar la calidad de poseedor para que se rechace la acción de desahucio, cuando durante el proceso se incorporen elementos que otorguen verosimilitud al derecho tener la cosa con ánimo de dueño por parte del accionado, la cuestión debe decidirse mediante el ejercicio de las pertinentes acciones posesorias. En definitiva, **al demandado en el juicio de desalojo no le alcanza con invocar su carácter de poseedor, sino que debe realizar una prueba efectiva de su afirmación”** (Areán, Beatriz ob. cit.

p. 295/296 y jurisprudencia allí citada).-

Aplicando estos principios

al plexo probatorio rendido en autos, he de poner de resalto que no obstante el relato expuesto en la oportunidad de contestar la demanda que ya he reseñado, en la audiencia de absolución de posiciones el demandado juró que *ocupa* la casa cuyo desalojo se pretende (conf. fs. 82/83). Y, como se ha dicho no corresponde identificar “el carácter de “ocupante” con el de “poseedor” (Areán, “Juicio de desalojo”, pág. 296; esta Sala, causa 53.533 “Ottaviano...”, del 06.05.10). Además, tal como ya he apuntado, varios testigos declararon que el demandado ocupa el inmueble en carácter de inquilino, y otros directamente desconocen en la modalidad que lo ha hecho (conf. fs. 103; 104; 106)).-

Por lo tanto he de concluir que considero ajustado a derecho el fallo puesto en crisis. En síntesis “En el ángulo pasivo (de la legitimación), quien afirma ser poseedor tiene que demostrarlo. No basta con decir que se es poseedor si la prueba testimonial y demás que se acerque no corrobora tal carácter. Hemos visto casos en que los testigos sabían que se ocupaba el inmueble pero no el carácter de la posesión. Si se intervirtió el título también hay que probarlo. Es decir, si entramos como inquilinos o por comodato o facilitación del inmueble y en un momento dado decidimos cambiar el título de la ocupación y decir que poseemos porque poseemos, lo debemos acreditar” (Rodríguez Saiach, Luis “Derecho Procesal...”, T. II, p. 1051). Por lo tanto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada de fs. 171/172 lo que conlleva al rechazo del recurso impetrado.-

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora **Comparato**, **adhirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo rechazar el recurso impetrado por el demandado a fs. 174 y confirmar la sentencia apelada de fs. 171/172, con costas al recurrente (arts. 68, 274 y cc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

La Señora Juez Doctora **Comparato** **adhirió** por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve**: Rechazar el recurso impetrado por el demandado a fs. 174 y confirmar la sentencia apelada de fs. 171/172, con costas (arts. 68, 274 y cc. del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-

-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante Mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-