

V. M. M. y otro/a

C/ R. M. V. y otro/a

S/DESALOJO FALTA DE PAGO

Exp: 69591 Jz 2

REG. SENT. DEF. Nº: 81

FOLIO SENT. DEF: 598

Lomas de Zamora, a los 24 días de mayo de 2012, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, de este Departamento Judicial, teniendo en cuenta la excusación efectuada en el auto de fs. 54, los Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Norberto Celso Villanueva con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa nº 69591, caratulada: "**V. M. M. y otro/a C/ R. M. V. y otro/a S/DESALOJO FALTA DE PAGO**".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

-CUESTIONES-

1º.- ¿Es justa la resolución dictada a fs. 46 segundo párrafo?

2º.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Igoldi y Villanueva.

-VOTACION-

A la primera cuestión, el Dr. Igoldi dice:

El señor Juez, titular del Juzgado número dos del fuero departamental, a fojas 46 segundo párrafo desestimó el lanzamiento de los ocupantes del inmueble objeto de autos en virtud a que no resulta ser éste el caso del art.676 del Código Procesal

Dicho decisorio es recurrido por la parte actora a fojas 47 mediante concedida apelación de fojas 48, la que debidamente fundada a fojas 49, no mereció réplica.

Finalmente, a fojas 57 se llamó la causa para sentencia, por providencia que se encuentra consentida.-

DE LOS ANTECEDENTES CENTRALES:

Quien acciona promovió demanda por desalojo por la causal de vencimiento de contrato y falta de pago.

A fs. 44 vuelta punto IV la parte actora solicitó el lanzamiento de los ocupantes fundado su petición en el art. 676 ter del Código Procesal y a esa petición el juez de anterior grado no hizo lugar al mismo por entender que éste no era el caso

DE LOS AGRAVIOS:

Medularmente se alza quien recurre sosteniendo que en autos resulta de aplicación lo normado por el artículo en estudio.-

Ataca el decisorio del a-quo por entender que el mismo fue desestimado sin fundamento alguno solicitando por ello su nulidad, sosteniendo que conforme las constancias obrantes en autos el lanzamiento de los demandados en los términos del art. 676 ter del Código de forma es de correcta aplicación

CONSIDERACIONES DE LAS QUEJAS

Liminarmente deviene oportuno resaltar que cuando los agravios pueden ser reparados por vía de apelación, no corresponde considerar el recurso de nulidad, pues debe estarse al principio de validez del acto jurisdiccional (CCyCom BBlanca, Sala II, 29/6/95, LLBA 1997-295). Por lo demás, “la vía recursiva de nulidad, está incluida en el recurso de apelación (art. 253 del Cód. Procesal, CCiyCom La Plata Sala II, 26/11/92, “Jurisprudencia”, Nº 3, Pág.130; CCyCom BBlanca, Sala I, 27/10/87, 1989-III-99)

Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto corresponde analizar la cuestión traída a resolver en autos.

Efectivamente, el art. 676 ter del C.P.C.C. amplía las causales que pueden invocarse para la desocupación inmediata (desalojo por falta de pago o vencimiento del contrato), como así también - y consecuentemente- los legitimados pasivos sobre los que puede recaer el instituto en análisis: locatario, sublocatario en caso de sublocación, comodatario con contrato de comodato a plazo (vencido) o cuando no se ha cumplido la finalidad convenida, tomador de leasing caído en las causales de impago de cánones o plazo vencido (v. Abatti, Enrique L; Rocca (h.) Ival, artículo citado).

Seguidamente, he de analizarse si en autos se dan los presupuestos para la aplicación del art. 676 ter del Código Procesal Conforme el art. 1510 del Código Civil, todos los que tengan la administración de sus bienes, pueden locar sus cosas y tomar las ajenas en locación, salvo las limitaciones que las leyes especiales hubieren puesto a su derecho. Por ello para dar en locación, basta tener facultad de administración y no es necesaria la de disposición, porque la locación es un acto de administración.

Consecuentemente, para ser locador, no es necesario revestir la calidad de propietario y es por ello, que el locador está legitimado activamente para deducir acción de desalojo, conforme lo ha establecido la jurisprudencia casi unánime. Sin embargo, hay una difundida corruptela

en los procesos de desalojo, donde el demandado opone – con evidente finalidad dilatoria – la excepción de falta de legitimación activa, invocando desconocer la calidad de propietario del accionante (Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h) “Nuevo procedimiento de desalojo abreviado en la Provincia de Buenos Aires “ La Ley Buenos Aires, año 18/Numero 3/ abril 2011 págs. 237/251)

El nuevo art. 676 ter de la normativa de forma en estudio expresamente dispone que en los supuestos en que la causal invocada para el desalojo fuere la de falta de pago o el vencimiento del contrato, el actor podrá también, bajo caución real, obtener la desocupación inmediata de acuerdo al procedimiento previsto en el Artículo 676 bis. Para el supuesto que se probare que el actor obtuvo esa medida ocultando hechos o documentos que configuraren la relación locativa o el pago de alquileres, se le impondrá una multa de hasta veinte mil (20.000) pesos, en favor de la contraparte, más los daños y perjuicios que ocasionare, que quedan garantizados, tanto como en la multa, con la caución real.

Esto supone que debe aplicarse el procedimiento del art. 676 bis del mismo ordenamiento el cual dispone que, en los casos que la acción de desalojo se dirija contra tenedor precario o intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el Juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuera verosímil y previa caución real por los eventuales daños y perjuicios que se pudieren irrogar. El Juez sólo ordenará la medida cuando de no decretarse la entrega inmediata del inmueble, pudieren derivarse graves perjuicios para el accionante.

Se ha señalado en la doctrina que el instituto en análisis consiste en una específica "tutela anticipada" (De los Santos, Mabel A., "Juicio de desalojo y desocupación inmediata en la reforma procesal civil de la Provincia de Buenos Aires", publicado en Abeledo Perrot Bs. As., octubre de 2011, pág. 1091 y sig.). Y que, "La importancia de estos institutos, -

medidas cautelares, anticipo de tutela, medidas autosatisfactivas, medidas conminatorias- es capital, pues garantizan la eficacia y la seriedad de la función jurisdiccional, asegurando su buen funcionamiento e impidiendo que, con la involuntaria complicidad de la justicia, se vean aumentados los daños derivados de la lesión del derecho" (Quadri Gabriel, "Desalojo y anticipación de tutela: la eficacia del proceso adecuadamente resguardada", pub. en J.A, 2003-IV, p. 471 y ss.).-

En tal entendimiento debemos tener presente que "para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho, que puede resultar a través de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria" (Calamandrei, Piero "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", p. 77).

Efectivamente, en este tipo de trámite, "el conocimiento jurisdiccional es en grado de apariencia, no de certeza. Se trata de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho invocado" (De los Santos, Mabel A., artículo citado). Además - y sin que ello tampoco implique el supuesto de certeza - la doctrina autoral ha exigido que "para la anticipación de tutela se requiera la fuerte probabilidad de que le asiste razón al actor. Fuerte probabilidad es algo más que mera verosimilitud; hay fuerte probabilidad cuando la razón del actor aparezca clara, protuberante, de modo convincente, por los graves elementos aportados" (Quadri, Gabriel H. artículo citado).-

Pero lo cierto es que, sin perjuicio de la calificación jurídica que al instituto se le dé, la modalidad regulada en la norma implica el cumplimiento - ineludible - de ciertos recaudos, como el de análisis (art. 676 ter del C.P.C.C.; conf. Kaminker, Mario E. "Código procesal civil y comercial.", actualización al 15 de abril de 2011, p. 34).

Es decir, se debe por ejemplo, persuadir al juez "que el derecho aducido en la demanda es formalmente creíble, sea un contrato, una

copia de recibo firmada por el locatario, un reconocimiento unilateral del inquilino, una carta documento donde se haya reconocido como arrendatario" (Abatti- Rocca, artículo citado).-

Existen a su vez diferencias entre las medidas cautelares propiamente dichas y el procedimiento especial de desalojo normado en el art. 676 bis y ter del ordenamiento procesal, a saber; A - No se tramitan inaudita parte, porque el actor puede pedir la entrega de la finca en cualquier estado del juicio, pos traba de la litis; pero por otro lado, daría argumento para sostener que nada impediría que se tramite inaudita parte, pues no estaría prohibido por los mencionados artículos. B - No serían provisionales pues nada se opone a que la restitución sea definitiva y además, para responder a cualquier perjuicio que le pudiera ocasionar al demandado, se formaliza la contracautela. C – No es accesorio porque la finalidad en sí misma es la restitución de la finca a quien lo peticiona invocando la verosimilitud del derecho y D – No prevé información sumaria, ni instituto similar; tal como sí es requerido por el art. 197 del Código Procesal.

De lo expuesto podría sostenerse que el procedimiento contemplado por los arts. 676 bis y 676 ter del Código Procesal, no serían medidas cautelares, sino resoluciones que causan estado, contrariamente a las precautorias que pueden ser modificadas o levantarse (Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h) “Nuevo procedimiento de desalojo abreviado en la Provincia de Buenos Aires “ La Ley Buenos Aires, año 18/Numero 3/ abril 2011 págs. 237/251).

La norma dispone que el juez ordenará el lanzamiento “cuando de no decretarse la entrega inmediata de la finca, pudieren derivarse graves perjuicios para el accionante”. Esto conlleva a la invocación por parte del actor del “peligro en la demora” al pedir la restitución anticipada del inmueble, ya que tiempo que transcurra, le puede acarrear notorios perjuicios, en forma inminente o inmediata.

Por ello, la jurisprudencia ha establecido que este perjuicio

derivado de la demora en materializar el desalojo, debe ser grave, actual o inminente, no evitable sino mediante la medida que ordena el lanzamiento, lo cual si se dilata en el tiempo genera un riesgo insalvable por demorar la recuperación de la finca. (Enrique L. Abatti e Ival Rocca (h) "Nuevo procedimiento de desalojo abreviado en la Provincia de Buenos Aires " La Ley Buenos Aires, año 18/Numero 3/ abril 2011 págs.237/251)

Así se ha resuelto que la acreditación del peligro en la demora, al igual que la verosimilitud del derecho, debe justificarse con elementos de convicción que, sin llegar a la exigencia de la prueba acabada, permitan inferir los motivos por cuales se hace imperioso que el accionante recupere la tenencia del bien. Es decir, lo suficiente como para que el tribunal advierta prima facie que si la entrega se demora para el final del juicio, ello podría producir un perjuicio de imposible o difícil reparación (Cám 1ra. Apel Civ y Com. Mar del Plata, Sala II, 20/6/2000, el Dial –W12CBB)

La doctrina que ha comentado la flamante norma ha entendido, en general y aunque con diferencia de matices, que la exigencia de la "acreditación de los graves perjuicios para el accionante" es también aplicable al caso del art. 676 ter del C.P.C.C.-

Entre los autores que a lo largo del presente se han reiteradamente citado, Mario E. Kaminker sobre el particular concluye: "debe entenderse que la remisión del art. 676 bis incluye, como recaudos para el dictado de la medida, tanto la necesidad de que haya tenido lugar la traba de la litis cuanto la verosimilitud y los perjuicios que pudieran seguirse del rechazo de la misma" (autor citado, ob. cit., p.34). En idéntica sintonía, Enrique Abatti e Ival Rocca consideran que el actor debe invocar "el peligro en la demora" al pedir la restitución anticipada del inmueble y especialmente, sobre tal aspecto especifican que "como la finalidad de la entrega anticipada del inmueble es evitar los perjuicios que pudieran derivarse de la ocupación indebida, tales la destrucción del inmueble o

sus accesorios, el lucro cesante por los alquileres caídos, la pérdida de oportunidades de venta o locación, la necesidad de realizar reparaciones y el peligro que deterioros pudieran ocasionar a los mismos ocupantes o terceros o a inmuebles linderos, la acumulación de deudas por impuestos y tasas y servicios, expensas de la P.H., etc., para demostrar el peligro en la demora, a los fines probatorios, podría acompañarse un informe técnico de arquitecto o ingeniero sobre el estado del inmueble, fotografías, certificados, constancias de deuda de los organismos recaudadores de impuestos, tasas o servicios, ofrecimiento de testigos para que declaren a primera audiencia, como en toda medida cautelar, etc."(autores citados, artículo cit.).-

Por su parte, - y con mayor rigor en la necesidad de acreditación de un grave perjuicio - Mabel de los Santos entiende que "solo la existencia de un grave perjuicio justifica anticipar lo que debiera ser objeto de la decisión en la sentencia, pues la evitación de tal daño es fundamento de la existencia de la tutela anticipada. Con respecto a esta exigencia, cabe puntualizar que se trata de un requisito absolutamente diferente del peligro en la demora, basta para evidenciarlo que el primero se determina por la situación de quien pide la medida anticipada, quien - si no le es otorgada- sufre un perjuicio irreparable". Por lo tanto concluye que quien accione por desalojo, una vez notificada la demanda y con fundamento en la verosimilitud de su derecho "podrá solicitar el lanzamiento anticipado con fundamento en las normas antes citadas en tanto explique al juzgador cual es el perjuicio irreparable que le causa esperar el dictado de la sentencia definitiva. Ello supone que el accionante por desalojo debe expresar que necesita de manera imperiosa el inmueble para necesidades propias o de su grupo familiar, circunstancia que deberá acreditar de modo sumario, compatible con la urgencia involucrada." (De los Santos, Mabel A., artículo citado).-

Sin embargo, puede constatarse que cierta jurisprudencia - aún antes de la incorporación del artículo 676 ter al C.P.C.C. - ha atenuado la

acreditación de tal exigencia y concedió medidas como las del sub examen valorando "el perjuicio patrimonial y hasta moral que representa para el locador seguir soportando que su propiedad, durante el transcurso del juicio, siga ocupada por quien indica que le debe" (Cám. Civ. y Com de San Isidro, Sala 1º, causa "Galilea.", del 11.12.02, con primer voto del Dr. Roland Arazi; pub. en J.A. 2003-IV-469 con nota de Quadri H. Gabriel "Desalojo y anticipación de tutela: la eficacia del proceso adecuadamente resguardada); criterio éste último que por las razones que seguidamente explicaré, es el que -a mi modo de ver- resulta más adecuado para dirimir controversias de esta naturaleza.-

Una de las razones argüidas para requerir la acreditación de los graves perjuicios se ha basado en la remisión que el art. 676 ter hace al procedimiento previsto en el art. 676 bis. Tal fundamento puede ponerse al menos en crisis, si se advierte que el procedimiento de un trámite es decir, la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, no deviene equiparable a un presupuesto o a una exigencia de procedibilidad; ello así en cuanto este último -a diferencia del primero- resulta ser una condición o requisito que debe cumplirse insoslayablemente para obtener por ejemplo, la admisión de una medida como la de análisis (v. Alvarado Velloso, Adolfo "Introducción al estudio del Derecho procesal", T. 1 p.43 y 85).-

Así las cosas, en un reciente fallo cuyos fundamentos merece mis más absoluta conformidad y adhesión se sostuvo que " ... no puede dejar de ponderarse que un inmueble locado resulta ser una cosa productiva de frutos civiles (art. 2330 Cód. Civ.). Por lo tanto, los perjuicios económicos que la situación aquí planteada le irroga al accionante, resultan ser un hecho evidente que no necesitan de otra prueba y surgen "in re ipsa": de la misma fuerza de los propios hechos. En otras palabras, considero que la indisponibilidad de esta "vivienda con galpón" que fue oportunamente locada por el actor (conf. fs. 4) es por sí sola suficiente para evidenciar el perjuicio económico del peticionante y es

por ello que entiendo que en autos resulta acreditado el presupuesto en cuestión. En otras palabras, entiendo que la pregunta acerca de cuáles son los perjuicios que se derivan de la no restitución de un inmueble locado, contiene su propia respuesta, lo que afirmo tomándome la licencia de parafrasear los siempre recordados votos del Dr. Roncoroni en causas que versaban sobre verificación de créditos fiscales (su voto en C 80.384, del 24.09.03., entre muchos otros). (Cám 1ra. Apel Civ y Com. Azul , Sala I, 20/12/2011, Causa 1-55826-2011 Comparato – Bagú – Emiliozzi)

En definitiva sin perjuicio que el instituto en estudio es de reciente incorporación al sistema, entiendo que de cumplirse los requisitos establecidos en el articulado no queda otra solución que hacer lugar al desalojo, lo contrario sería desconocer la legislación vigente, vulnerar el artículo 17 de la Constitución Nacional y el artículo 31 de la Constitución Provincial y con ello poner en riesgo la paz social que la Justicia tiene obligación de hacer respetar.

Precisamente conforme los fundamentos de la ley 14.22 que incorporó el artículo 676 ter a nuestro Código Procesal, se consignó que con ella se pretende "evitar las demoras que actualmente se producen en los juicios de desalojo en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y proteger al locador frente a dilaciones procesales que se presenten en el proceso de desalojo vigente, asegurándole al mismo el pleno ejercicio del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, y que reitera en todo su sentido el artículo 31 de la Constitución de la Provincia".-

De las constancias obrantes en autos, surge que a fs. 28/29 se produjo la contestación de demanda por lo que el primero de los requisitos de la norma en estudio se encuentra cumplido, en dicha réplica la locación es expresamente reconocida no oponiéndose excepciones validas, introduciendo cuestiones meramente dilatorias como ser la referencia a la firma de un nuevo contrato sin siquiera acompañarlo y mucho menos acompañar recibos de haber abonado los cánones

respectivos.

Por ello teniendo en cuenta que el peligro en la demora se encuentra más que acreditado, en virtud a la indisponibilidad que sufre el actor del inmueble objeto de autos, en base a los argumentos brindados precedentemente no cabe otra solución que dar cumplimiento en debida forma con el art. 676 ter del Código Procesal, previa caución real que determine el Juez de anterior grado.

Esta es mi propuesta al Acuerdo y, en consecuencia, **VOTO POR LA NEGATIVA**

A la primera cuestión y por compartir fundamentos, el Dr. Villanueva **VOTA EN EL MISMO SENTIDO**

A la segunda cuestión, el Dr. Igoldi dice:

Visto el Acuerdo logrado al tratarse la cuestión que antecede, corresponde revocar la resolución de fojas 46 segundo párrafo. En consecuencia corresponde hacer lugar en los términos del art. 676 ter del Código Procesal a la desocupación inmediata del inmueble objeto de autos requerida por V. M. M. y V. G. E., contra R. M. V. Y/U OCUPANTES; en consecuencia, intímase a la parte demandada para que dentro del término de DIEZ DIAS desocupe el bien sito en la calle P. N° , de la localidad de Ll.; bajo apercibimiento de ser lanzados por medio de la fuerza pública, previa caución real que determine el Juez de anterior grado. Costas de Alzada a la vencida.(arts. 68, 676 ter del Cód. Procesal)

ASI LO VOTO

A la misma segunda cuestión, y por compartir fundamentos, el Dr. Villanueva **VOTA EN EL MISMO SENTIDO**

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

En el Acuerdo logrado ha quedado establecido que corresponde;

I - Revocar la resolución de fojas 46 segundo párrafo.

II - Hacer lugar en los términos del art. 676 ter del Código Procesal a la desocupación inmediata del inmueble objeto de autos requerida por V. M. M. y V. G. E., contra R. M. V. Y/U OCUPANTES; en consecuencia, intímase a la parte demandada para que dentro del término de DIEZ DIAS desocupe el bien sito en la calle P. N° , de la localidad de Ll.; bajo apercibimiento de ser lanzados por medio de la fuerza pública, previa caución real que determine el Juez de anterior grado. Costas de Alzada a la vencida. (arts. 68, 676 ter del Cód. Procesa). REGISTRESE. NOTIFIQUESE

CARLOS RICARDO IGOLDI

JUEZ

NORBERTO CELSO VILLANUEVA

JUEZ

PABLO ANDRES KRAWIEC KRAWCZUK

AUXILIAR LETRADO