

Salta, 2 de setiembre de 2016

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**AUZZA**, Berta vs. **AUZZA**, José Luis; **AUZZA**, Andrea Celeste - Desalojo" - Expte. N° 2915/13 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial de Personas y Familia 1ª Nominación del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Orán; **Expte. N° 534.919/15 de esta Sala Tercera**, y _____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____ *El Dr. Marcelo Ramón Domínguez* dijo: _____

_____ I) La sentencia de fs. 140/142 es apelada a fs. 143 por la apoderada de la actora, Sra. Berta Auzza. Concedido el recurso a fs. 151 expresa agravios a fs. 157/160. Puntualiza que para desestimar la pretensión la Sra. Jueza de grado expuso que si bien la escritura de donación glosada a fs. 6/7 data del año 1988, no se acreditó que hubiera recibido la tradición del predio, ya que hasta el momento de su muerte residió el donante, sus hijos y el Sr. José Luis Auzza, con sus familiares demandados. Expone que si bien éstos han invocado ser poseedores, no han acreditado por medio alguno (salvo las declaraciones testimoniales) su residencia en el inmueble objeto de esta litis, ni mucho menos que tal permanencia no haya sido a título de precario, o como meros tenedores. La única documentación incorporada fue la aportada de su parte y que se agregara a la causa (fs. 8 a 30). _____

_____ En segundo lugar, no es posible dejar de señalar que se equivoca la sentenciante cuando afirma que respecto del trámite de desalojo que la actora ofrece como prueba -Expte. 47.785/03, unido al presente por cuerda floja- se resolvió hacer lugar a la acción de desalojo presentada por el Sr. Julio Auzza padre, quien sostiene que el inmueble es de la actora por habérselo cedido. Pero el que deduce la demanda en esa oportunidad es el Sr. Julio Auzza, hermano de la actora, y padre y abuelo de los aquí demandados, residente en el inmueble, trámite en el que se deja constancia que José Luis Auzza (h) demandado en esta litis vivía allí en el año 1993, interpretación aparente, pues quien fuera actor interviene en nombre y representación de la accionante, facultado mediante poder otorgado y que corre agregado a fs. 2/3 de dicha

causa. Además, en ese expediente se dispuso y se concretó el desalojo de aquellos demandados entre los que estaba el Sr. José Luis Auzza por lo que mal pueden argumentar que no conocían la condición de titular registral de la quejosa. _____

_____ Luego, y si se analizan las constancias incorporadas en autos, cobran absoluta veracidad los dichos plasmados en la demanda en cuanto que José Luis Auzza no residía en el inmueble, sino en Pasaje Tradición N° 1.178 del Barrio Constituyentes (ver fs. 56/57) y que se instaló de nuevo una vez que se produjo el deceso de su padre, haciendo ingresar en enero de 2009 a su hija Celeste Auzza y a la pareja de ésta, Luis Niño. Adviértase que del Acta labrada por el Juez de Paz y que se agrega a fs. 22/23 surge el estado de abandono en el que se encontraba más allá de haberse desarmado la vivienda existente e instalado una nueva. _____

_____ En cuanto al argumento expuesto en la sentencia de que en el año 2005 formalizó una autorización para que viviera su hermano con sus hijos (ver fs. 21), tratándose este documento de una constancia policial firmada por la actora y no rubricada por la demandada, señala que sin perjuicio de su carácter unilateral, no surge que autorizara al demandado a ingresar en la vivienda, por lo que no existe ningún elemento que haga presumir que hubiera mediado consentimiento de su parte, por lo que la ocupación es ilegítima. _____

_____ A fs. 166/167 replica los agravios Andrea Celeste Auzza. Aclara en primer lugar que a su entender no hay una crítica razonada del fallo atacado. Además, la actora nunca vivió en el inmueble. Por otra parte, es el Sr. José Luis Auzza quien abona el servicio de electricidad y afronta el plan de regularización de deuda por el agua potable y los impuestos municipales, razón por la que se considera legítimo propietario. Consigna que si quien demanda es el que aparece como titular inscripto del inmueble pero consta en la causa que lo ha vendido a un tercero mediante boleto de compraventa y ha entregado la posesión, carece de legitimación para pedir el desalojo. Expone que de las probanzas existentes en autos, se extrae con meridiana claridad que la actora no cuenta con elementos objetivos que le permitan desarticular el derecho que poseía su padre respecto del inmueble. _____

_____ A fs. 168/170 luce la réplica de José Luis Auzza quien reitera la línea argumental de defensa de Andrea Celeste Auzza. _____

_____ Notificado el co demandado Luis Niño de la sentencia, tal como ordenara la providencia de fs. 176, a fs. 180/181, se agrega la contestación de su parte. Ratifica que el inmueble en el que reside junto a su grupo familiar le pertenece al señor José Luis Auzza. _____

_____ Recepcionada la documentación de la causa (fs. 188) y consentida la integración del Tribunal, se llaman autos para sentencia a fs. 192, providencia firme. _____

_____ II) De manera reiterada se ha venido sosteniendo que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN, Fallos 306-474; C.J. Salta, 22-12-92, “Rondoni vs. Eckardt”, Libro 44, f° 1109/1113). Tal criterio también ha sido sostenido por esta Sala en numerosos precedentes, entendiendo que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (CApel. CC. Salta, Sala III, año 1993, f° 901; año 2001, f° 415; año 2003, f° 232); y aunque el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, suficiente para mantener la apelación, no corresponde declarar desierto el recurso (CNFed., Sala Cont. Adm., L.L. 121-134; Id., L.L. 127-369; CApel. CC. Salta, Sala III, 19-2-03, año 2003, f° 49). Por lo expuesto, y existiendo una crítica más que suficiente de la sentencia, no cabe se declare desierto el recurso. _____

_____ III) La actora persigue el desalojo del inmueble que ocupan los demandados identificado catastralmente bajo Matrícula 4.867 Sección 6 Manzana 33-b Parcela 20 del Departamento de Orán y, por el Municipio,

como Pasaje Patricias Argentinas n° 239 de dicha Ciudad, del cual afirma ser titular registral al haberlo recibido por donación gratuita del señor Julio Auzza mediante escritura pública n° 226 de la notaria Rina Cortés C. de Ridi, de fecha 15 de julio de 1988 (ver copia simple de fs. 6/7). En su demanda expone que endereza su pretensión en contra de José Luis Auzza, Andrea Celeste Auzza, Luis Niño y de su grupo familiar, quienes lo ocupan sin tener ningún derecho ni autorización de su parte para ello. Que desde el año 1988 se hizo cargo del pago de los impuestos y servicios que gravan la morada, según el compromiso asumido con su hermano y dado su pésima situación económica, y que, a cambio de dicha cesión, acordó que continuaría éste viviendo en el inmueble. Alega que él tenía conflictos con sus hijos y que incluso promovió una acción de desalojo en contra de ellos en la que recayó sentencia que dispusiera el desahucio. _____

_____ En lo sustancial, al contestar la demanda los requeridos niegan el derecho al reclamo exponiendo José Luis Auzza (fs. 61/65), que desde hace más de treinta años reside en el inmueble. En cuanto a Celeste Auzza, destaca a fs. 61 vta. que lo hace desde hace más de veintitrés años -desde los cinco años de edad- conviviendo al tiempo de la réplica con su marido y sus dos hijas cuyas partidas de nacimiento aporta a fs. 67 y 68, cuanto que su tía -la actora- nunca lo ocupó siendo la casa muy precaria, habiéndola arreglado en el año 2010. _____

_____ Y la sentencia cuya revisión se intenta por la quejosa concluye que la prueba colectada es suficiente para que la condición de poseedores de los demandados aparezca como algo verosímil por cuanto no demostró la titular registral el derecho al recupero por esta vía, no habiendo acreditado la recepción de la tradición y por lo tanto ejercido la posesión, ya que hasta el momento de su muerte residió allí el Sr. Julio Auzza, sus hijos y el Sr. José Luis Auzza con sus familiares demandados, ingresando luego el esposo de Andrea Celeste Auzza, remitiéndose a los dichos de los testigos Roca y Ortíz, quienes son coincidentes en afirmar la ocupación de larga data. _____

_____ IV) Viene sosteniendo la Sala que el juicio de desalojo es aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un

inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso, aunque sin pretensiones a la posesión. Del concepto enunciado se infiere, por lo pronto, que la pretensión de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el supuesto que, sin existir vinculación contractual alguna, es un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira al ejercicio de la posesión (Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1984, t. VII, pág.77; CApel. CC. Salta, Sala III, año 2002, f° 253; id. id. año 2004, f° 1050). _____

_____ Hugo Alsina (*Tratado de Derecho Procesal*, 1ra. Ed., t. III, pág. 402, ap.2) -a su turno- precisa que la acción de desalojo persigue asegurar la libre disponibilidad de los inmuebles al que tiene derecho a ellos, cuando son detentados contra su voluntad por personas que entraron en posesión precaria (tenencia) mediante actos o contratos que, por cualquier causa, no pueden ya considerarse existentes o, en su caso, cuando se encuentran sin derecho y contra la ley en el uso y goce de la cosa ajena _____

_____ Por ello, la acción será viable cuando el actor acredite encontrarse en el supuesto previsto en el artículo 691 del Código Procesal Civil y Comercial y que el demandado esté en obligación de restituir la cosa, ya sea por mediar un contrato o bien porque tenga el carácter de mero tenedor precario o intruso (CApel. CC. Salta, Sala I, 1988, f°. 327). _____

_____ Y de acuerdo al artículo 691 citado, el juicio de desalojo podrá ser promovido por quienes tengan derecho a la recuperación de la tenencia de inmuebles urbanos o rurales, contra todo aquél cuya obligación de restitución fuera exigible, por lo que la pretensión sólo implica la invocación, por parte del actor, de un derecho personal a reclamar la restitución del bien (CApel. CC. Salta, Sala III, Año 2003, f° 58). _____

_____ Se encuentran habilitados -entonces- para interponer la pretensión de desalojo, el propietario, el condómino, el locador, el locatario principal, el poseedor, el usufructuario, el usuario y el comodante. Destaca Alí J. Salgado

(*Juicio de desalojo*, Ed. La Rocca, Bs. As. 1986, pág. 40) que aunque el proceso de desalojo nace estrechamente vinculado al contrato de locación, su evolución ha ampliado el marco de disponibilidad de esta vía a otros supuestos en que se persigue la restitución de un bien inmueble, aunque la relación sustancial no provenga de un arrendamiento. En este orden, se puede decir que están legitimados activamente para promover el proceso, todos aquellos titulares de una acción personal que pretendan excluir a otros de la detentación de un inmueble. Ha dicho la jurisprudencia que la acción de desalojo no se confiere sólo al propietario locador, sino a todo aquél que invoque un título del cual derive un derecho de usar y gozar del inmueble (dueño, poseedor, sublocador, usufructuario, locatario, etc.) contra todo aquél que esté en la “tenencia actual” de él, ya sea sin derecho originario y regularmente conferido, por abuso de confianza, engaño, clandestinidad o violencia, intrusión propiamente dicha, o en virtud de un título que, por su precariedad, engendre la obligación de restituir (rescisión del comodato, del arrendamiento, del contrato de trabajo; CApel. CC. Mercedes, Sala I en E.D. 103-525; C.Paz Letrada de Rosario Sala I en Juris 62-74 citados por Salgado (ob. cit. pág. 39).

_____ Asimismo sostuvo la jurisprudencia que la acción de desalojo compete a todo aquél que tenga sobre la cosa un derecho de posesión, o a su representante, contra todo ocupante que no pretenda sobre la misma un derecho excluyente a la posesión o a la tenencia, aunque la ocupación repose sobre un derecho, adquirido como consecuencia de un contrato que le acuerda la tenencia, por un término expresa o implícitamente limitado –tenedores precarios- (CNPaz, Sala I en L.L. t. 75, fº. 626; sala IV, L.L. t. 82, pág. 334).

_____ Más, nuestro ordenamiento de rito provincial, en el artículo 699, abre la posibilidad de discusión de la defensa de posesión, y tan es así que expresamente deja a salvo que todo aquello que se pueda decir sobre el tema no hace cosa juzgada en juicios posteriores en donde se cuestione la propiedad o posesión (CApel. CC. Salta, Sala III, Protocolo año 1990, fº 259; id., id., año 1998, fº 59; id. id., año 1999, fº 441; id. id., año 2002, fº 1027; id. id., año 2003, fº 232). Pero *no basta que el accionado alegue la defensa de posesión para enervar la acción de desalojo, sino que es menester que acredite, prima*

facie, la calidad invocada; y verificada la seriedad de tal defensa, en ese caso la demanda de desalojo debe ser rechazada (CNPaz en pleno, L.L. 101- 932; CNPaz, Sala IV, jurisprudencia citada por Morello y otros, en Códigos Procesales, t. VII, pág. 687; Fassi: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., Astrea, 1972, tomo II, pág. 601, n° 2533; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1990, f° 140; id. id., año 1998, f° 59; id. id., año 2000, f° 816; id. id., año 2002, f° 1027; id., id., año 2003, f° 232; id., Sala V, tomo IV, año 1986, f° 1127). Pero, cabe reiterarlo, cualquier conclusión que se adopte al respecto debe entenderse con exclusivo alcance a ese proceso, por cuanto el actor podrá hacer valer sus derechos en otro juicio posesorio o petitorio en que se discuta el derecho de propiedad o posesión, con relación al cual lo decidido en el desalojo no alcanza la calidad de cosa juzgada (CApel. CC. Salta, Sala III, 13-2-98, Protocolo año 1998, f° 59; id. id., 27-7-99, Protocolo año 1999, f° 441). Excede el ámbito de conocimiento del juicio de desalojo toda discusión referente al derecho de propiedad o de posesión que puedan arrogarse las partes (CApel. CC. Salta, Sala III, Protocolo año 2002, f° 343/349; id. id., año 2003, f° 232). _____

_____ V) La actora pretende el desalojo del inmueble que ocupan los accionados identificado como Pasaje Patricias Argentinas N° 239 de la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, no estando cuestionado en la causa que es la titular registral, al haberlo adquirido por donación sin cargo de parte del Sr. Julio Auzza, siendo ambos de estado civil solteros, por Escritura Pública n° 26 de la notaria Rina Cortés de Ridi de fecha 15 de julio de 1988 (fs. 6/7), debidamente inscripta en la Dirección General de Inmuebles el 19 de agosto de 1988 (ver atestación de fs. 7 vta. y cédula parcelaria de fs. 8) habiendo aportado una serie de documentación que alude a los pagos realizados en concepto de servicio de agua corriente, impuesto inmobiliario, servicios municipales, por lo que al mes de enero del año 2009 se le otorgó el certificado de libre deuda de impuesto inmobiliario por la Municipalidad de San Ramón de la Nueva Orán, rolante a fs. 16 y el certificado por libre deuda por tasas y contribuciones por mejoras de fs. 17. _____

_____ Ahora bien, resulta relevante a mi criterio evaluar la incidencia que

tiene para la suerte de la litis las constancias del expediente n° 42.785/03 glosado por cuerda al presente y caratulado “Auzza, Julio vs. Auzza, Carlos, Irma, José Luis y otros - Desalojo”. En efecto, según Acta Poder de fs. 1, el 21 de agosto de 1992 el Sr. Julio Auzza, D.N.I. n° 10.853.832 otorgó poder al Defensor de Pobres, Menores, Ausente e Incapaces del Distrito para iniciar juicios de desalojo en contra de Carlos Auzza, Irma Auzza, Armando Pérez, José Luis Auzza y Nelly de Auzza, en nombre y representación de Berta Auzza, según escritura especial otorgada por el notario Patricio Lacsí de fecha 28 de abril de 1992 y que se agregara a fs. 2/3, respecto del inmueble nomenclatura catastral 4.867 de Orán. En tal ocasión se acompaña la escritura n° 226 de donación ya referenciada por la cual el mandatario había donado el inmueble a la mandante cuatro años antes. En cumplimiento del mandato otorgado, se promueve la demanda de fs. 6, el 24 de mayo de 1993, procediendo el oficial de justicia a fs. 9/10 a identificar a los ocupantes del inmueble, a saber: Irma Auzza, hija de Julio Auzza, José Luis Auzza, hijo de Julio Auzza, y Nelly de Auzza, esposa de este último, diligencia practicada el 13 de octubre de 1993, quienes no comparecen a estar a derecho (fs. 10) por lo que luego de los trámites procesales y a pedido de parte, se dicta la sentencia de fs. 32/33, *del 25 de marzo del 2004* que condena a los demandados a desocupar el inmueble, por entender se han configurado los presupuestos de la acción ante la ocupación ilegítima del inmueble, encuadrando el desalojo en la causal de intruso, sentencia consentida (ver cédula de notificación de fs. 35). Luego de ello, a fs. 41, se ordena el lanzamiento de los demandados, el que se concreta el *4 de octubre del 2004*, según mandamiento de fs. 42/43 procediendo *a poner en este acto el inmueble totalmente libre de ocupantes y de bienes muebles, en posesión del actor Julio Auzza*, quien -es bueno recordarlo- actuara en nombre y representación de su poderdante, la titular registral, Sra. Berta Auzza, razón por la cual carece de sustento la afirmación de los apelados en cuanto que la actora nunca tuvo la posesión del inmueble, lo que se expone en los contestes de fs. 166/167, 168/170 y fs. 180/181. _____

_____ La nueva demanda de desalojo es promovida por la titular registral en fecha *20 de noviembre de 2013*, esto es nueve años después de concretado el

desalojo y la puesta en posesión del predio a favor de la accionante, por lo que la pregunta que cabe hacer es que aconteció desde entonces en que vuelven a ocupar el inmueble los demandados y, más técnicamente, si hubo o no interversión del título que otorgue andamiaje a la defensa de posesión intentada con sustento en el artículo 699 del Código Procesal o si se verificó un contrato de comodato. _____

_____ Según el artículo 2.255 del Código Civil de Vélez, habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla, quien lo tipificara como un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa (artículo 2256). A su vez, el artículo 2263 dictaba en dicho ordenamiento que ninguna forma es indispensable para el comodato, y toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley, para disponer el siguiente (artículo 2264) que son aplicables a la prueba del comodato las disposiciones sobre la prueba de la locación, aclarando el artículo 2265 que “el comodante conserva la propiedad y posesión civil de la cosa. El comodatario sólo adquiere un derecho personal de uso, y no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos a la cosa prestada”. _____

_____ El comodato entonces fue tipificado por Vélez como un contrato real por el cual una de las partes entrega a otra una cosa mueble o raíz gratuitamente, dándole la facultad de uso. El comodatario es un mero tenedor de la cosa (SCBA AC 35452 S 15-4-86, De Marco Domingo c/ Fernández Miguel Ángel y otro s/daños y perjuicios - DJBA T° 1986-131, pág 9, en L.L. Tomo 1986-D-111). El comodatario solamente será guardián cuando el préstamo no tenga un carácter temporario, es decir, cuando se prolongue algún tiempo prudencial, pues en tal caso sí habrá de tener la facultad completa de disposición, contralor, vigilancia, etc., facultades que caracterizan la figura del guardián (L.L. Tomo 1986-D-111). _____

_____ De la definición del Código Civil de Vélez, podemos establecer que este contrato tenía cinco elementos: a) la gratuidad, que es el elemento esencial, b) el tipo de bienes que pueden ser objeto del contrato (cosas no fungibles, mueble o raíz), c) se concede el uso, no se transmite la propiedad,

d) se perfecciona con la entrega de la cosa, y e) la obligación de restituir, de modo que este contrato se caracterizaba por ser gratuito, real, no formal, estando esta última característica ligada al concepto de buena fe, pues, las más de las veces se realiza sin otorgarse documento alguno, lo que explica lo dispuesto por el artículo 2263 del Código Civil. Y aunque el artículo 2263 del Código Civil autorice toda clase de prueba para acreditar la existencia de un comodato, de ello no puede sin más concluirse que de la sola circunstancia de que un sujeto figure como titular de un bien ocupado por otro, el primero sea comodante y el segundo comodatario _____

_____ El artículo 2285 del Código Civil dispone que si el préstamo fuese precario, es decir si no se pacta la duración del comodato, puede pedir la restitución de la cosa cuando quisiere, de modo que la norma sólo atribuye al comodatario la carga de probar que el contrato no es precario y nada más, lo que quiere decir que demandada la restitución de la cosa sobre un supuesto comodato, es el actor a quien incumbe demostrar el presupuesto de hecho de la norma que invocara como fundamento de su pretensión (artículo 377 del Código Procesal), tal como acertadamente lo señalara el fallo en crisis, por lo que es errado el razonamiento a su respecto de la quejosa. _____

_____ Finalmente considero de utilidad formular ciertas precisiones en torno a la figura del intruso -considerando que en definitiva la demanda no concreta causal del reclamo de restitución- por ser acaso el supuesto más común de legitimación pasiva en este tipo de juicios. Es intruso quien hubo entrado en la ocupación de hecho del inmueble por un acto unilateral o sin acuerdo de quien debía prestarlo (Alsina, *Derecho Procesal Civil*, pág. 74 y su cita). Conforme los principios que inspiran el trámite abreviado del juicio de desalojo, el caso de intrusión debe considerarse en tanto importe una simple tenencia; de tal forma la ley resulta consecuente con el principio enunciado de que la acción de desalojo se da contra todo tenedor o precario cuya obligación restitutoria sea exigible. El intruso se introduce en el inmueble contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene su disposición, con el objeto de ejercer actos de uso y goce o bien de dominio ya sea con la intención de proceder a nombre propio o reconociendo en otro la posesión; de donde el intruso puede llegar a ser un

poseedor como un mero tenedor, aunque esta hipótesis es la menos frecuente porque el usurpador aspira a constituirse en titular dominial. Por eso desde siempre existe consenso doctrinario-jurisprudencial en cuanto a que para que sea procedente la demanda por desalojo a intrusos debe probarse la precariedad de la ocupación. _____

_____ La jurisprudencia es muy antigua y reiterada en el sentido de que, como principio, cuando se demanda el desalojo por intrusión corresponde al demandado probar su pretendida condición de locatario o la existencia de cualquier nexo jurídico que lo autorice a retener el inmueble (Cám. 2a. La Plata, Buenos Aires, JA 1959-VI-27). _____

_____ VI) En efecto, de conformidad al artículo 377 del Código Procesal, cada parte tiene la carga de acreditar los hechos en que funda sus pretensiones o defensas. La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito, si de ello depende la suerte de la litis (Fassi: *Código Procesal Civil y Procesal*, tomo I, 1971, pág. 671 n° 1.381). En igual sentido, Palacio (*Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo Perrot, tomo IV, 1972, f° 362) destaca que las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido del fallo cuando ocurre aquella circunstancia, y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga ; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1981, f° 1397; año 1991, f° 13, año 1993, f° 112, año 1996, f° 859, año 1997, f° 680 y año 1998, f° 651; id. año 2003 f° 125). _____

_____ Se ha observado también que es principio fundamental del proceso civil dispositivo, la auto-responsabilidad objetiva de las partes (Díaz, M.R.: *Reflexiones sobre la prueba*, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, n° 11), por lo que además de la carga de la afirmación, éstas tienen la carga de la prueba (Chiovenda: *Principio de Derecho Procesal*, tomo IV, pág. 295). La actora, consecuentemente, debe probar las circunstancias que fundamentan su

pretensión. La falta de cumplimiento a tal exigencia sólo a ella puede perjudicar. La carga de la prueba, dice Fassi siguiendo a Devis Echandía, es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentran en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables (Devis Echandía: *Teoría General de la Prueba*, tomo I, pág. 426; Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 1972, pág. 209/214; Reimundín: *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Viracocha, t. I, 1957, pág. 127/132; CApel. CC. Salta, Sala III, año 1999, f° 727). Sobre el tema de la carga de la prueba, el postulado que rige es que la falta de prueba se vuelve en contra de la parte que tenía la tarea de hacerlo quien, por tal omisión, no logrará el progreso de su pretensión o defensa (CApel. CC. Salta, Sala III, año 1997, f° 772). _____

_____ VII) Procede añadir que en el artículo 1908 del nuevo Código Civil y Comercial se dice que las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia, aclarando en el dispositivo siguiente que hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no. Y el artículo 1910 repara que hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor. A su turno el artículo 1911 precisa que se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión. Y el objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada. Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa, para señalar de manera categórica el artículo 1913 bajo epígrafe: “*Concurrencia*. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí”. _____

_____ Y el artículo 1916 dispone que las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no

importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley, por lo que el sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder, para concluir señalando el artículo 1918 que el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad. _____

_____ En la concepción realista de la posesión ese simple estado de hecho comienza mediante: tradición, ocupación del inmueble, aprehensión de cosas muebles o despojo, independientemente que en las tres primeras situaciones preexista o no alguna de las llamadas causa juris, quedando de esa manera separada la posesión del derecho subjetivo. Esta diferencia entre posesión como hecho y derecho subjetivo como causa juris también queda expuesta en el artículo 2355 cuando, al clasificar la posesión, Vélez asigna el carácter de *legítima* a la relación real cuya causa se ajusta a derecho e *ilegítima* a la que no está sustentada en un derecho subjetivo (sin título o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla). Sin embargo, ambas conforman la relación posesoria. _____

_____ El artículo 2353 del Código ya derogado recepta el principio *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, expresada en la frase "nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión". La norma citada se refiere a la estabilidad de la relación real, cuya causa queda fijada en el momento de su adquisición, sea ésta posesión o tenencia, legítima o ilegítima. _____

_____ El artículo 1914 del nuevo Código Civil y Comercial se refiere al título estableciendo que "si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica". Tratándose de una presunción, puede producirse prueba en contrario tendente a demostrar, por ejemplo, que un tenedor ha intervertido su título a la relación real que mantiene con la cosa, convirtiéndose en poseedor, es lo que sucede

cuando un locatario, tenedor del inmueble en virtud del contrato de locación, adquiere la cosa por donación y comienza a poseer como dueño de ella. No se trata de juzgar aquí la legitimidad o no de la relación real, calificación que se difiere al artículo 1916, sino de establecer la fecha del comienzo de la posesión o la tenencia. _____

_____ Y en cuanto a la interversión, en el nuevo Código se mantiene el principio de la inmutabilidad de la causa de la posesión contenido en el anterior artículo 2353 del Código de Vélez. La regla que consagra el artículo 1915, en concordancia con las figuras regladas de la traditio brevi manu y constituto posesorio (artículo 1923), implica que *la sola voluntad es insuficiente para modificar la causa originaria de la detentación*, por lo cual es necesaria la existencia de un acto jurídico válido para dar origen a la nueva relación real. _____

_____ Este principio según el cual nadie puede cambiar por sí la causa de la posesión, enunciado en la norma bajo análisis, además de las situaciones antes mencionadas que autorizan la interversión del título o causa de la relación real, también deja lugar a ciertas situaciones de hecho en las cuales, en forma unilateral, un tenedor comienza a actuar como poseedor de la cosa. Es la situación de hecho prevista en la segunda parte del artículo 1915 (antes expuesto en el artículo 2458 del Código Civil) que reconoce la pérdida de la posesión para el anterior poseedor "cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto". _____

_____ Está claro entonces que la intención por sí sola es insuficiente para intervertir el título (de tenedor en poseedor), pero no existe ningún acto jurídico que sustente la nueva causa possessionis sino actos posesorios efectuados por el detentador quien logra, por este medio, excluir al anterior poseedor. Son actos posesorios aquellos que menciona el artículo 1924 y cualquier otro que exteriorice la intención del sujeto de comportarse como dueño de la cosa de modo tal de dar a publicidad su relación real. Es decir que, de parte del nuevo poseedor, hay un desconocimiento contra la causa susceptible de transformarlo de tenedor en poseedor a título personal (CNFed.

Civ. y Com., Sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I, 833). _____

_____ Lo que se debe dejar en claro es que quien invoca la interversión del título debe probar una voluntad en tal sentido, que se manifiesta por actos exteriores que produzcan el efecto de excluir al poseedor (CNCiv., sala H, 5/12/1994, DJ, 1996-1-1302), de allí que la negativa del ocupante, aún locatario, a restituir la cosa una vez extinguida la locación, o la continuación de la ocupación sin abonar los alquileres, no son actos idóneos para generar el cambio del título de la relación real (CNFed. Civ. y Com., sala I, 30/6/1989, DJ, 1990-I-833). _____

_____ Para demostrar la interversión del título original de tenedor en otro título diferente de poseedor, el que era tenedor debe probar que el antiguo poseedor (aquél cuya posesión representaba) la perdió y que quien tenía la cosa para el poseedor, manifestó por actos exteriores la intención de privarlo de ella, lo que ocurre cuando tales actos exteriores no sólo revelan la simple voluntad de privar al poseedor de la cosa, sino que verdaderamente producen ese efecto (CNCiv., Sala B, 8/7/1987, JA, 1987-IV-671, del voto del Dr. Molteni). _____

_____ Para poder alegar la interversión deben darse tres condiciones, a saber: a) situación de tenencia previa; b) manifestación de la voluntad y c) manifestación de esa voluntad traducida en actos que consignan el efecto apetecido. Dicha interversión debe ser probada mostrando actos de exclusión de la posesión y que para producir el cambio de esta causa, esto es, la voluntad de poseer con exclusión de los otros deben sus actos posesorios tener publicidad tal que el excluido se vea en la necesidad de oponerse para impedir la usucapión. _____

_____ Entre las facultades inherentes al derecho de propiedad con especial referencia a los actos materiales de uso y goce de la cosa se cuenta, justamente, el derecho de poseerla. En particular los actos de exclusión de terceros son considerados generalmente como simple consecuencia del señalado carácter exclusivo de la propiedad (Planiol y Ripert, *Traité Elementaire de Droit Civil*, Tº III, Nº 212, 216 y 218; idem Baudry-Lancatinerie y Chauveau, *Précis*, Nº 209 y 210), de manera que le

corresponden al propietario y deben ser respetados aún en la hipótesis que el uso que los terceros quisieran hacer de su cosa no le causara perjuicio alguno. El propietario que presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado no necesita probar que estuvo en posesión efectiva, bastándole con la posesión presunta que implica su título válido (cf. Salas, A. y Trigo Represas, F., *Código Civil Anotado*, t. 2, pág. 739.). La jurisprudencia acompañó sin fisuras tal orden telético, por ejemplo, en los siguientes términos: “La acción de desalojo se confiere a todo aquél que invoque un título del cual derive un derecho de usar y gozar del inmueble contra todo el que esté en su tenencia actual ya sea sin derecho originario y regularmente conferido, por abuso de confianza, engaño, clandestinidad o violencia, intrusión propiamente dicha o en virtud de un título que, por su precariedad, engendre la obligación restitutoria” (CNEsp. Civ. Com., Sala I, 11-12-80, BCNEC y C, 701, N° 10.523; idem Sala II, 19-3-80, BCNEC y C, 685, N° 10.114). Recuérdese por lo demás que la posesión se retiene y se conserva por la sólo voluntad de continuar en ella (artículo 2445 Código Civil). _____

_____ Y si bien en autos los demandados invocan la posesión animus domini del inmueble cuyo desalojo pretende la propietaria y como principio general, este juicio no es el ámbito natural para debatir el derecho de poseer o a poseer el inmueble en litigio, no cabe olvidar que doctrina y jurisprudencia receptan ya sin mayores ambages la posibilidad de que quien alega en el ámbito del juicio de desalojo la posesión animus domini del inmueble en crisis debe probar dicha circunstancia. Es que aún cuando, ut supra vimos, el juicio de desalojo no sea la vía adecuada para poder debatir y dilucidar cuestiones que claramente desbordan su objetivo, como son las relativas al mejor derecho a la posesión o inclusive la posesión misma ya que ambas son cuestiones propias de otras acciones (v.gr. posesorias, petitorias o contractuales), no es menos cierto que desde que fuera dictado el fallo plenario “Monti” (CNEsp.Civ. y Com., 15-9-60, LL 101-932), por medio del cual se estableció que no basta que se invoque la condición de poseedor para que el desalojo no prospere. En tal sentido desde luego que no pueden ni deben confundirse los actos posesorios con los denominados meros facultativos y máxime por la sola

voluntad del interesado cuando lo único que hay es una mera y/o simple tenencia de la cosa con el consiguiente reconocimiento de su propiedad en otras personas (arg. arts. 2352 y 2461 Cód. cit.). En otras palabras: nuestro derecho no permite el intento por mutar la causa de la (aparente) posesión, de forma de soslayar lo que realmente no pasa de ser una simple detentación precaria. Una cosa son la posesión a título de dueño y los actos posesorios consecuentes, es decir, una posesión en el concepto técnico de la palabra o posesión con animus domini, emergente de los artículos 3999 y 4015 del Código Civil, y otra muy diferente la tenencia y los actos de mera facultad. ____

_____ En el sentido expuesto los actos de simple tolerancia son inherentes al derecho del propietario y éste está libre de realizarlos o no, sin que su normal ejercicio en el transcurso del tiempo pueda crearle otro derecho que afecte el de un tercero; como tampoco la abstención en el ejercicio de sus derechos de dueño puede serlo en desmedro suyo y en beneficio de un tercero. Así pues el poseedor o tenedor no pueden cambiar motu proprio ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión o tenencia (artículo 2353 del ordenamiento velezano): su voluntad está subordinada a la abstracta impuesta por su título. La interversión debe exteriorizarse por actos indubitables que revelen claramente su propósito. _____

_____ VIII) Estimo se impone finalmente una alusión a la doctrina de los propios actos que ha sido aplicada por el Tribunal en variados precedentes y que patentiza su indudable vinculación con la conducta procesal de las partes, como uno de los supuestos de aquélla incluidos en el derecho positivo cuya aplicación resulta útil para una justa solución del caso. La máxima o principio fue expresada originariamente como *adversus factum suum movere controversiam prohibetur* (Ulpiano, *Digesto*, 1, 7, Libro V, “Opinionnum”; idem Kruegger-Mommsen, *Corpus Iuris Civilis*, Berlín, Alemania, 1889, cit. por Díez Picazo, L., *La doctrina de los actos propios*, T. I, N° 9) pero luego resultó ampliada con la alocución *venire contra factum proprium nulli conceditur* (Azo, “Bocardica”, Basilea, Suiza, 1567, y “A Ureae Bocardicae Azonis”, Venecia, Italia, 1583, también cit. por Díez Picazo, L. ob. cit., T° II, N° 15) y así se mantuvo hasta el presente. Al respecto cabe recordar que nadie

puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Dicha teoría obliga a ser coherente y consecuente con las propias acciones, de forma que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta. La congruencia consigo misma constituye pues un ingrediente de la relación jurídica, cuya ausencia debe frustrar lo perseguido con omisión de tal módulo conductual. Trátase así de un principio general del derecho que guarda plena correspondencia con el postulado de la buena fe, en tanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder tanto en las relaciones jurídicas como en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez. Y por lo mismo es evidente que la doctrina referida mantiene vinculación situacional con el valor probatorio que cabe asignar al comportamiento de las partes antes y durante el proceso que las involucra, fuere con carácter indiciario y/o presuncional. En efecto: la conducta asumida por las partes durante la tramitación del pleito es un elemento importante, aunque de carácter general, a tener en cuenta para emitir la decisión final. Inclina a pensar en la razón o sinrazón de alguno de los contrincantes. En principio no tiene valor probatorio decisivo por sí misma, sino que coadyuva a la valoración final y a la apreciación definitiva de los demás elementos que el proceso ofrezca (Serantes Peña, O. y Palma, J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tº I, pág. 410; Amadeo, J., *Doctrina de los actos propios*”, *Manuales de jurisprudencia La Ley*, pág. 23). _____

_____ En efecto, si los demandados –o algunos de de ellos- no resistieron el desalojo intentado en el año 2003, habiéndose dictado sentencia ordenando su lanzamiento, el que se efectivizara el día 4 de octubre de 2004, ocasión en que fue puesta en posesión la actora, y durante el tiempo transcurrido desde entonces no se acreditó que intervirtieran en título, el posterior reingreso a la vivienda y las eventuales mejoras que le pudieron realizar no enervan el derecho al nuevo reclamo de reintegro, máxime cuando nada han probado en tal sentido, más allá de los dichos de los testigos, que se contradicen con las constancias del expediente conexo n° 42.785, cuyo valor como instrumento

público desnaturaliza las expresiones de los declarantes en esta causa señores Roca y Ortíz de fs. 111/vta y 112. _____

_____ Voto entonces por la admisión del recurso y el acogimiento de la demanda. Con costas a los vencidos (artículo 67 del Código Procesal)._____

_____ *La Dra. Nelda Villada Valdez*, dijo: _____

_____ Que adhiere al voto del Dr. Marcelo Ramón Domínguez. _____

_____ **LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA**, _____

_____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación deducido por la actora a fs. 143. En su mérito, **REVOCA** la sentencia de fs. 140/142, **ACOGIENDO** a la demanda de fs. 31/32 y ordenado el desalojo de los demandados Sres. José Luis Auzza, Andrea Celeste Auzza y Luis Niño y/o cualquier otro ocupante del inmueble sito en Pasaje Patricias Argentinas n° 239 de la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, dentro del plazo de treinta días hábiles de notificados del *cúmplase* de la presente, bajo apercibimiento de procederse a su lanzamiento por la fuerza pública. **CON COSTAS** a los demandados en ambas instancias. _____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **REMÍTASE**._____