

_____ Salta, 15 de noviembre de 2017. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados “LUNA, Enriqueta Ernestina c/MAMANÍ, Justo Cayetano – DESALOJO”, Expte. N° 532.380/15 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 2ª Nominación y de esta Sala Primera, Adscripción N° 2, y _____

_____ CONSIDERANDO: _____

_____ La Dra. Adriana Rodríguez de López Mirau, dijo: _____

_____ I. Que vienen estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 114 por la actora en contra de la sentencia de fs. 112/113 y vta. que rechazó la demanda de desalojo deducida a fs. 30/32. El recurso fue concedido a fs. 115, en relación y con efecto suspensivo. _____

_____ En el memorial de fs. 116/117 sostiene la apelante que el Magistrado no tuvo en cuenta al resolver quiénes son los facultados para promover la acción de desalojo y que ella es propietaria de un departamento en un complejo en donde el demandado se encuentra ocupando un espacio común. _____

_____ Alega que no necesita ser administradora del consorcio del edificio para promover la acción, máxime teniendo en cuenta que no existe tal consorcio en este caso. La agravia asimismo que el A quo omitió considerar que el demandado no cumplió con las disposiciones del artículo 2.051 y siguientes del Código Civil y Comercial a los fines de realizar mejoras y obras en ese espacio común. _____

_____ Corrido traslado del memorial (fs. 121 y vta.), el demandado no contesta, por lo que a fs. 123 se da por decaído el derecho dejado de usar para hacerlo. _____

_____ A fs. 134/135 obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, quien considera que la actora se encuentra legitimada para promover la presente acción, por lo que en su opinión corresponde revocar la sentencia de grado. _____

_____ A fs. 136 se llaman autos para sentencia, providencia firme conforme notificación automática que obra al dorso de dicho folio. _____

_____ II. Que corresponde que se tenga al recurso por temporáneo, en base a fs. 112/114, atento a que no obran en autos constancias de notificación de la sentencia recurrida. _____

_____ III. Que, para resolver como lo hizo, el A quo analizó la defensa de falta de legitimación activa deducida por el demandado en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia de fs. 57/60 y vta. y entendió que, al invocar la accionante el carácter de

propietaria de un departamento (unidad funcional N° 22) sometido al régimen de propiedad horizontal cuyo reglamento de copropiedad fue concretado mediante EP N° 1.778, debió acreditar el carácter de administradora para solicitar la desocupación de un espacio común, lo que no acaeció en autos y por lo cual rechazó la demanda. _____

_____ IV. Que, en forma preliminar, es menester dejar aclarado que el recurso articulado ha de ser resuelto mediante la aplicación de las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield y no del nuevo Código Civil y Comercial aprobado por Ley N° 26.994. Ello así puesto que, respecto de las relaciones nacidas de actos entre particulares, cuando los efectos ya se hubieran producido al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, deben ser regidas por el código anterior (cfr. Art. 7° C.C.C.), teniendo en todo momento presente que en la interpretación del derecho transitorio se debe procurar el resguardo de los principios de seguridad jurídica y debido proceso. _____

_____ En este caso, los hechos y la causa que dan origen al reclamo de desalojo son anteriores al 1° de agosto de 2015. _____

_____ V. Que la legitimación para obrar es aquel requisito en cuya virtud debe mediar coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y aquéllas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. I, p. 406, núm 80; Carnelutti, “Instituciones del Procesal Civil”, t. I, p. 465; Devis Echandía, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, p. 258). _____

_____ La pauta a la cual es menester atenerse, como principio y a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal, está dada por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. En tal sentido expresa Calamandrei que se puede establecer como regla general que, cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponde respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (“Instituciones de Derecho Procesal Civil”, t. I, p. 264). _____

_____ En el supuesto particular de autos es dable recordar 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 (Palacio, Lino Enrique; “Derecho Procesal Civil”, T. VII, 5ª reimpr., Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., p. 77/78, 2005) y que es quien tiene derecho al uso, goce o disposición del inmueble el que goza de legitimación activa en tal proceso. _____

_____ Procede el desalojo, en definitiva, contra quien precariamente ocupa un bien y no demuestra título alguno válido para que se le deba respetar su tenencia (cfr. C.A.C.C. Salta, Sala I, Tomo 1990:138; 1993:650), pero si el accionante no acredita su legitimación o la situación que invoca en el período de prueba, la acción debe rechazarse. Asimismo es inviable la acción contra el poseedor que ha acreditado prima facie su posesión, cualquiera sean los vicios de ésta (cfr. C.A.C.C. Salta, Sala V, Tomo XIII:1495; id., Sala I, Tomo 2010- 2:909), debiendo en tal caso el afectado recurrir a las acciones reales o posesorias, de las que el desalojo no constituye una vía sucedánea. _____

_____ VI. Que es bajo tales premisas que corresponde analizar el contenido del memorial apelativo. _____

_____ En primer lugar se debe ponderar –tal como lo hizo el magistrado de grado– que la accionante es titular registral del cincuenta por ciento (50 %) de un departamento (unidad funcional N° 22) sometido al régimen de propiedad horizontal, cuyo reglamento de copropiedad fue concretado mediante Escritura Pública N° 1.778 (ver cédula parcelaria de fs. 3), y que es en dicho carácter que promovió la presente acción. _____

_____ Al respecto cabe mencionar que en el derecho positivo argentino la propiedad horizontal fue introducida como un derecho real mediante la ley 13.512, que reguló dicha figura, y que en ningún artículo lo definió, como sí lo hace actualmente el Código Civil y Comercial, que además señala cuáles son los elementos que lo caracterizan (art. 2.037). _____

_____ Sin embargo la jurisprudencia se ocupó de dejar establecido que presentándose una hipótesis de condominio, cualquiera de los condóminos tiene legitimación individual para deducirla (CNPaz, en pleno, E.D., 21-784), debiendo destacarse que los mismos principios rigen en materia de indivisión hereditaria. Es que, ocupado el inmueble por un intruso, se considera que la pretensión de uno de los condóminos reviste el carácter de acto conservatorio (C.A.C.C. Salta, Sala III, Fallos 1994:455). _____

_____ Ahora bien, otro condómino no puede ser calificado técnicamente como “intruso” (C.A.C.C. Salta, Sala IV, Tomo 1982:61). No obstante, tratándose la

porción en litigio de una zona de uso común, le comprende el criterio de “acto conservatorio” a lo que debe sumarse, como pauta a los fines de la dilucidación y tratándose en todo caso de sujetos –actor y demandado- que pueden alegar idéntico derecho en relación a dicha porción, la noción de “abuso del derecho”. _____

_____ Cabe tener en cuenta que en una acción de desalojo corresponde antes de nada examinar la legitimación activa del demandante, luego la pasiva del demandado y recién la cuestión objeto de debate “No tiene sentido indagar la legitimación pasiva de la demandada si no ha sido previamente resuelta en sentido favorable la legitimación de la actora” (C.A.C.C. Salta, Sala IV, Fallos XVIII-1996:377), y debe desestimarse la demanda si el actor no ha demostrado que los demandados se hallen ocupando el fundo porque en tal caso aquélla adolece de un requisito indispensable para su admisión. _____

_____ Por otra parte, es de destacar que el A quo rechazó la demanda con sustento en la supuesta falta de legitimación de la Sra. Enriqueta Ernestina Luna. _____

_____ En tal contexto es imprescindible poner de manifiesto que la nombrada dejó acreditada su calidad de copropietaria del inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal conforme Ley 13.512 sito en Etapa II, Block 36, Departamento 7, Primer Piso, Barrio Juan Pablo II de la Ciudad de Salta (prueba reservada en Secretaría según fs. 126 y que se tiene a la vista). _____

_____ Asimismo se encuentra incontrovertido que el espacio objeto de la Litis constituye una zona de uso común, no asignada por medio o disposición alguna a ninguno de los restantes copropietarios o usufructuarios de los distintos departamentos. _____

_____ Lo mencionado basta para reconocer legitimación activa a la accionante, dado que la pretensión de que se mantenga incólume la señalada condición de esa zona como espacio de uso común, por razones de seguridad, estéticas y de justicia –manifestada claramente en el escrito de demanda de fs. 30/32, en la audiencia de la que da cuenta la actuación de fs. 60, en alegato de fs. 110/11 vta, en agravios de fs. 116/117)- encuadra en el concepto de “actos conservatorios” y, además, implica la solicitud de impedir que el demandado incurra en un supuesto de abuso del derecho al pretender resguardar el suyo en detrimento y con desconocimiento del resto de quienes están habilitados para el goce de esa porción del inmueble. _____

_____ Es así a pesar de no ostentar la actora el título de administradora del consorcio; a todo evento útil resulta precisar que el hecho de que no se haya constituido el consorcio no debe erigirse en obstáculo para que los distintos

copropietarios puedan invocar y ejercitar sus derechos en relación a los espacios propios y comunes que poseen en un determinado complejo habitacional; máxime cuando la designación del administrador depende de la decisión de aquéllos a quienes el actor imputa una conducta restrictiva del derecho de los demás copropietarios o condóminos, que es lo que aquí ocurre. Además, el criterio imperante en lo referido a la legitimación activa para intentar la acción de desalojo es el de la concesión amplia a favor de quien tenga derecho al uso y goce del inmueble, cualquiera sea el título del que nazca tal derecho (Salvador Álvarez Alonso, “El Desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1966, p. 66; C.A.C.C. Salta, Sala III, Fallos 1989:361).

_____ A mayor abundamiento conviene recordar que la acción de desalojo se confiere lo mismo a quien acredita un derecho de uso, goce o disposición sobre un inmueble, sea en calidad de propietario, usufructuario, usuario, locatario, poseedor o condómino; es decir que el actor debe acreditar el derecho al uso, goce o disposición del inmueble en cualquiera de las calidades que lo autoricen a ello (C.A.C.C. Salta, Sala I, Fallos 1982:282. _____

_____ Como ya se señaló, este requisito se encuentra cumplido en autos, tal lo advertido por el Sr. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y del Trabajo, por lo que el agravio expresado por el apelante en este sentido debe admitirse y, en consecuencia, corresponderá examinar la legitimación pasiva del demandado. _____

_____ El Sr. Justo Cayetano Mamaní aduce no ser el titular del dominio del inmueble sito en el Barrio Juan Pablo II, Block 36, Dpto. 14 piso 3º de la Ciudad de Salta, sino que lo es –hace conocer- su cónyuge. En orden a tal situación plantea falta de legitimación pasiva (fs. 43 y vta). _____

_____ Sin embargo, el excepcionante no fue demandado en razón de la titularidad de otro departamento del complejo habitacional sino de su calidad de “ocupante” o “usurpador”, solicitando la actora que se le ordene desocupar el espacio común que cerró a los fines de su uso particular y exclusivo (v. demanda, fs. 30/32). No sólo que el Sr. Mamaní no ha negado tal ocupación (v. fs. 44 vta./45 vta.) sino que de la prueba aportada a la causa surge que efectivamente ha realizado las reformas cerrando dicho espacio y ocupándolo de modo privado (v. testimoniales rendidas a fs. 57 vta/60). Su habilitación para ser objeto de la demanda de desalojo aquí promovida resulta evidente. _____

_____ Finalmente resulta necesario señalar que al contestar la demanda el Sr. Mamaní se limitó a expresar, a modo de justificativo de su propio accionar, que

existen problemas con la actora porque ésta permitió la permanencia de perros vagabundos en la entrada del edificio, que los vecinos y copropietarios viabilizaron distintos modos de solución a los problemas de inseguridad, que incluso ocuparon lugares comunes; aseguró no haber transgredido norma alguna y que algunos vecinos ampliaron sus viviendas sin permiso alguno. _____

_____ Pero ninguno de dichos argumentos constituye una defensa apta para justificar la ocupación ejercida sobre uno de los espacios comunes del edificio. Cabe reiterar una vez más, como asiduamente lo hace este Tribunal, la necesidad de verificar una defensa seria por parte del demandado en un juicio de desalojo, con sustento en su posesión sobre el bien en disputa (C.A.C.C. Salta, Sala I, 1995:185; Sala III, 1994:607; 1995:579; 2017-SD:1. _____

_____ Ningún fundamento esgrimió el demandado que legitime su permanencia en ese lugar con exclusividad, frente al derecho invocado por la actora –debidamente acreditado en autos-. _____

_____ VII. Que, en definitiva, comprobada la legitimación activa de la actora, la pasiva del demandado, el derecho de la primera y la ausencia de defensa seria por parte del segundo, no queda sino hacer lugar al recurso bajo análisis, revocar la sentencia impugnada y acoger la demanda interpuesta en autos, disponiendo la desocupación del espacio al que refiere la presente causa y el desarmado de las instalaciones allí fijadas, sea por el Sr. Mamaní o por su cónyuge o cualquier otra persona que se encuentre usando el espacio común en su propio beneficio y con restricción de los derechos del resto de los copropietarios, locadores, usufructuarios u quienes gocen de derechos suficientes sobre esa zona. _____

_____ La desocupación deberá efectuarse en el plazo de diez (10) días a partir de la notificación de la presente, con apercibimiento al demandado de una multa diaria de quinientos pesos (\$ 500,-) hasta el cumplimiento de lo aquí resuelto. _____

_____ VIII. Que finalmente deben imponerse las costas, tanto en la Alzada como en anterior instancia, teniendo en cuenta el modo en que se resuelve (art. 273 C.P.C.C.), las que serán soportadas por el demandado en ambos casos (arts. 67 y 68 C.P.C.C. _____

_____ IX. Que, conforme lo dispuesto por la Acordada N° 12.062 de la Corte de Justicia, se deja establecido que al momento de regular honorarios por la labor desarrollada en la Alzada, deberá aplicarse la proporción del cincuenta por ciento (50 %) respecto a la Dra. Elizabeth Safar, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 8035.

_____ El Dr. Ricardo Nicolás Casali Rey dijo: _____

_____ Que, por sus fundamentos adhiero al voto que antecede: _____

_____ Por ello, _____

_____ LA SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, _____

_____ FALLA: _____

_____ I. HACIENDO LUGAR al recurso de apelación interpuesto a fs. 114 y, en su mérito, REVOCANDO la sentencia de fs. 112/113. En consecuencia, HACIENDO LUGAR a la demanda de desalojo promovida en autos y DISPONIENDO la desocupación de la zona común objeto de autos en el plazo, condiciones y con la prevención descriptas en Considerandos, párrafo VII. _____

_____ II. IMPONIENDO las costas al demandado en ambas instancias. _____

_____ III. DISPONIENDO que los honorarios de la Dra. Elizabeth Safar por su labor ante la Alzada se regulen conforme Considerandos, párrafo IX. _____

_____ IV. MANDANDO se copie, registre y oportunamente bajen los autos al juzgado de origen. _____

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. Vocales: Dres. Adriana Rodríguez de López Mirau - Ricardo Nicolás Casali Rey. SECRETARIA: Dra. María del Carmen Rueda. SALA I, T. 2017 Sentencias, fº 373/376, 15/11/2017.