

_____ Salta, 30 de octubre de 2017. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "ESTABLECIMIENTOS RIO GRANDE S.A. vs. CELIZ, SEGUNDO SERAFIN POR DESALOJO" - Expediente N° 18662/15 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 2º Nominación del Distrito Judicial del Sur – Metán (**EXP - 568135/16 de Sala II**) y, _____

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

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ I) Vienen estos autos en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fojas 84 por el doctor Sergio Mauricio López, como apoderado de la señora Gloria Mirta Pedraza e invocando personería de urgencia por el señor Segundo Serafín Celiz, la que es ratificada a fojas 99, en contra de la sentencia dictada a fojas 74/76, que rechaza la excepción de falta de legitimación activa y hace lugar a la demanda de desalojo, condenando a la demandada a desocupar la parte del inmueble catastro n° 5404 ubicado en Ovando – Rosario de la Frontera, en el término de diez días. _____

_____ A fojas 91/92 la actora interpone incidente de caducidad de la segunda instancia, el que es contestado por la contraria a fojas 95. _____

_____ A fojas 100 se concede la apelación interpuesta y a fojas 107/109, expresa agravios el doctor Sergio Mauricio López. Sostiene que se ha probado en autos que el préstamo del inmueble alegado por la actora no fue cierto, ya que el señor Celiz residía en la propiedad con anterioridad a que el inmueble sea adquirido por el actor, señalando que así lo ha reconocido el señor Mariano Ruete al absolver posiciones a fojas 48 y lo han afirmado los testigos al prestar declaración. _____

_____ Manifiesta que según lo dispone el artículo 377 del código procesal, la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho, sin embargo -dice- el actor no ha probado la sustentación fáctica y jurídica enarbolada en su demanda, al no haber acreditado que los demandados son simples tenedores precarios. _____

_____ Se queja que en la sentencia el “a quo” no analiza la posesión invocada

por los accionados. Refiere que el testigo Adrián Daniel Guerrero declaró que el inmueble objeto de la litis es de la señora Mirta Pedraza y que el señor Celiz vive allí porque se casó con aquella y que primero vivieron los abuelos y padres de Mirta. _____

_____ A fojas 111/112, contesta agravios la contraria, solicitando el rechazo de los recursos de apelación interpuestos, con costas. _____

_____ A fojas 127, se llama autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida. _____

_____ II) En forma preeliminar y antes de ingresar al estudio de la cuestión venida en revisión debe analizarse el incidente de caducidad planteado por la actora a fojas 91/92. De las constancias de la causa se tiene que con posterioridad a la interposición y sustanciación de la incidencia, el Juez de grado concedió el recurso de apelación deducido a fojas 84 y puso los autos a disposición de la parte apelante a efectos de que formule el memorial (v. fs. 100). Expresados los agravios, a través de la presentación de fojas 107/109 y ordenado el pertinente traslado, contesta la contraria a fojas 111/112; en su responde no hace alusión alguna al incidente de caducidad interpuesto con anterioridad, limitándose a exponer los fundamentos por los que solicita el rechazo de la apelación. _____

_____ De lo expuesto se concluye que el requirente de la perención consintió aquellos actos netamente impulsorios de la instancia recursiva, lo que evidencia un supuesto de desistimiento tácito del incidente, por cuanto la conducta asumida resulta incompatible con su pedido de caducidad de la segunda instancia. _____

_____ Calificada doctrina ha señalado que el desistimiento del planeo de caducidad puede ser en forma expresa o tácita. Esta última tiene lugar cuando, sin existir una declaración expresa de voluntad en tal sentido, el incidentista realiza actos impulsorios de la instancia cuya caducidad había peticionado, de lo que se infiere sin lugar a dudas su voluntad de desistir del planteo (Conf. Roberto Loutayf Ranea-Julio Ovejero Lopez, “Caducidad de la Instancia”, 2da. ed., Edit. Astrea, Bs. As., 2005, pág. 661/662). _____

_____ Por lo demás la declaración judicial de la caducidad de instancia debe interpretarse con carácter excepcional y es por lo tanto de interpretación restrictiva, debiendo optarse en caso de disyuntiva por la decisión de mantener viva la instancia (CJS, L. 59:691/702). _____

_____ En consecuencia, corresponde tener por desistido al actor del incidente interpuesto a fojas 91/9, con costas a su cargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 73 del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ III) Recurso de apelación interpuesto por el señor Segundo Serafín Celiz: Es sabido que el tribunal de alzada es el juez del recurso y, en cuanto tal, está facultado para revisar el trámite seguido en primera instancia, tanto en lo relacionado con la concesión, como en lo referente a la presentación de memoriales, y para considerar si ellos fueron presentados en término, tiene facultades para revisar no sólo la decisión final sino también el procedimiento y resoluciones adoptadas en su transcurso (Loutayf Ranea, R., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, t. 2, pág. 37, ed. Astrea, Bs. As., 1987). _____

_____ En ejercicio de tal atribución–deber, se observa que el escrito presentado a los fines de sostener el recurso de apelación interpuesto por el señor Segundo Serafín Celiz, que se incorpora a fojas 107/109, no fue firmado por él sino únicamente por el letrado Sergio Mauricio López, quien ha intervenido en el juicio como su patrocinante y en ningún momento ha acreditado tener facultades para representarlo en los términos del artículo 46 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ Consiguientemente, tal presentación por el mencionado demandado carece de eficacia jurídica pues constituye un requisito esencial de validez que el escrito contenga la firma de la parte o de su representante, vale decir que carece de virtualidad para fundar el recurso interpuesto por el señor Celiz. _____

_____ Este Tribunal ha sostenido reiteradamente el carácter esencial de la firma como requisito de existencia de todo escrito judicial, desconociendo efectos al escrito firmado por el letrado de la parte, sin la firma de ésta y sin que haya acreditado el firmante la calidad de apoderado (v. Sala IV, 15/06/81,

“Marinero vs. Saravia” en Fallos 1981, pág. 281; Sala III, 24/11/80, Fallos 1980-421; Sala V, tomo VII, fl. 273/5, 30/04/87; id., t. III, año 1983, fs. 305, 29/04/83; entre otros). Sabido es que quien invoca la representación de otro para apelar debe tener poderes suficientes, ya que no cabe invocar agravios de terceros cuya representación no inviste el apelante (Loutayf Ranea, Roberto, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, tº I, p. 221, ed. Astrea, Bs. As., 1989).

_____ En ese sentido, frente a una anomalía similar del escrito de interposición del recurso, se ha subrayado que si quien apela no tiene poder de la parte interesada puede resolverse tal omisión ratificando la parte o acompañándose el poder respectivo, pero siempre dentro del plazo legal para apelar; vencido el cual resulta imposible la subsanación al haber precluido la etapa respectiva y debe considerarse que la sentencia ha sido consentida por dicha parte (CApel.C.C.Salta, Sala III, Fallos año 1981, fº 1.403; id., id., Fallos año 1982 fº 1.413).

_____ En consecuencia, toda vez que el profesional que suscribe el escrito de memorial carece de facultad para representar al señor Segundo Serafín Cleiz, en los términos de la citada disposición del artículo 46 y ss. del Código procesal, habiendo vencido el término perentorio legal, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto a fojas 84 por el demandado (CApel.CC.Salta, Sala II, Protocolo año 1986, fº 23; id. Sala V, Protocolo año 1985, fº 567; id., Sala III, Protocolo año 1994 fº 595).

_____ En cuanto a las costas generadas por tal presentación, deben ser impuestas por el orden causado atento que la cuestión se resuelve sobre la base de argumentos no invocados por la contraria (CJS, T. 144:447; 151:393; 177:981/986).

_____ IV) Recurso de apelación interpuesto por la señora Gloria Mirta Pedraza: i) Ante todo es dable destacar que la legitimación de la recurrente para plantear el presente recurso resulta equívoca, ya que existen en autos constancias ambiguas sobre el carácter que detenta, esto es, si se trata de una ocupante que alega un derecho propio o si por el contrario su ocupación sólo

responde a su calidad de cónyuge del demandado (v. fs. 6, 40 vta.). _____

_____ Dicha cuestión reviste vital importancia si se tiene en cuenta que sobre el tema se ha resuelto que la sentencia que ordena el desalojo tiene eficacia respecto de los familiares y otros ocupantes que conviven con el demandado, quienes deben correr la suerte de éste, por no invocar un derecho personal a tener la cosa y dado que su ocupación depende o deriva de la del accionado (Alí Joaquín Salgado, “Locación, Comodato y Desalojo, p. 451, Ed. Rubinzal – Culzoni, Sta Fe, 2016; C.Apel.C.yC. La Plata, Sala I, 28-5-1996, L.L. cita online: AR/JUR/4857/1996). _____

_____ Sin embargo atendiendo a la situación poco clara que se plantea en autos y a fin de evitar una posible vulneración del derecho de defensa de la apelante, corresponde analizar los agravios formulados por ésta. _____

_____ ii) Atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es dable precisar que la materia venida en revisión debe ser examinada y fallada de conformidad con las normas previstas en el Código de Velez vigentes al momento de los hechos en que la actora funda su derecho y la demandada su defensa. Ello así dado que se trata de una situación jurídica constituida y cuyos efectos se han producido con anterioridad a la vigencia del nuevo ordenamiento jurídico (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aida “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 63, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015). _____

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

_____ iii) El objeto del proceso de desalojo es la recuperación del uso y goce de un bien 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. Por consiguiente quien tiene la acción es la persona que se desprendió o fue privada de esa tenencia. _____

_____ En primer lugar y en orden a la causal invocada al accionar –tenencia precaria- corresponde se tenga presente que el comodatario precario carece de

la posesión de la cosa, es solo un tenedor de ella, ese carácter es adquirido por una persona cuando usa y ocupa gratuitamente una cosa inmueble por título que es revocable a voluntad del que autoriza a ello (Salgado en Locación, Comodato y Desalojo, pag. 232). _____

_____ Por otra parte, como el propietario o comodante puede en casos de préstamos precarios o incluso de simple tolerancia obtener la restitución de la cosa cuando quisiera (arts. 2516,2283, y 2285 del C.C), el accionante debe acreditar uno de esos caracteres, prueba que según lo dispone el art. 377 del C.P C Y C se encuentra a su cargo, por tratarse del fundamento de la acción y los demandados producir los medios de convicción que fundamenten su defensa. _____

_____ El carácter de propietario del inmueble en cuestión que reviste el actor, cuya titularidad de dominio da cuenta la cédula parcelaria agregada a fs. 31, ha sido admitida en la sentencia y reconocida por la apelante en sus agravios. En estas condiciones, la pretendida inversión de la carga probatoria carece de sustento toda vez que corresponde a la accionada la demostración de los hechos en que funda su defensa, en el caso, la posesión invocada. _____

_____ Es que, demostrada la titularidad de dominio que invoca el accionante al demandado corresponde, cuando alega un título que el actor no le reconoce (posesión), la carga de esa afirmación, conforme los principios generales que rigen en materia de prueba (Conf. CApel.CC Salta Sala II, tomo III, fl.47). _____

_____ Sobre la defensa de posesión, la doctrina señaló que si el poseedor aporta elementos que *prima facie* acreditan la verosimilitud de su alegación, el desalojo es improcedente; pero no basta invocar el carácter de poseedor para enervar la acción de desalojo, sino que es menester la demostración de tal calidad (Kenny, Héctor Eduardo, “Proceso de Desalojo”, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 94). _____

_____ Si bien es cierto y ha sido probado que Celiz y la apelante ingresaron al inmueble con anterioridad al 1 de noviembre de 2001, lo ha sido por autorización del Sr. Fernández, según declara el testigo Ramon Teseyra, ocupación que al ser vendido el inmueble, continuara con asentimiento de la

actora, situación que de manera coincidente describe el testigo Arroyo (v. 48 vta./49 y fs. 51 y vta., respectivamente) . De allí que revistiendo carácter de tenedor precario, puede exigírsele la devolución en cualquier momento. _____

_____ Al respecto, se ha decidido que la ocupación aunque se presuma que existió conformidad del entonces propietario, no se la puede considerar sino como una mera tenencia precaria con obligación de restituir, susceptible ésta de ser exigida por aquél o su legítimo sucesor (CNCiv., sala C, 17.5.972, "Rodin, Sigfrido c. Cuesta Silva, José", LA LEY, 151-661, 30.482-S). _____

_____ No puede admitirse como defensa de posesión los dichos de su cónyuge al contestar demanda en tanto afirma que ella es la propietaria y ocupa de larga data el inmueble, atento la falta de prueba de tal circunstancia. En efecto, la apelante no compareció a la causa a oponerla, en la oportunidad procesal para hacerlo, pese a conocer la acción en su contra, como ocupante del inmueble. Sin embargo pretende revertir el fallo que hizo lugar al desalojo en el entendimiento que la prueba producida por el demandado Celiz resulta suficiente para acreditar que es poseedora del inmueble en litigio, con la entidad requerida para enervar la acción. Pero es del caso que la declaración del único testigo ofrecido a tal fin, que refiere a la calidad de dueña del inmueble de la recurrente ("Sra.Mirta"), basado en su sola ocupación pues afirma no haber visto documentación alguna (v. fs. 50), y a la realización de actos posesorios como cria de animales, siembra y desmonte, pierde virtualidad para generar convicción acerca del carácter de su ocupación atento las manifestaciones vertidas al respecto por los restantes testigos. _____

_____ Todos ellos son contestes en afirmar que la Sra. Pedraza no es conocida en la zona como dueña; que el inmueble era de propiedad de Fernández y luego de Establecimiento Rio Grande S.A. y que vive junto a su marido hace más de 20 años, pero por un préstamo de los anteriores dueños ("Chino Fernandez"), mantenido luego por Rio Grande S.A. al adquirir el inmueble. Esta última circunstancia resulta coincidente con lo manifestado por el propio Sr. Celiz (quien aduce calidad de cónyuge no desconocida en autos), en su alegato, donde afirma que los nuevos adquirentes (actora) consintieron

la habitabilidad en el predio (v. fs. 73, primer párrafo). Además, el testigo Teseyra al ser repreguntado manifestó que la Sra. Pedraza, antes que el Sr. Celiz se trasladara al campo a trabajar residía junto con aquél en Rosario, en el barrio Santa Teresita (v. fs. 49). _____

_____ En definitiva, con las pruebas aportadas la demandada no ha logrado demostrar que posee a título de dueña, por lo menos con la verosimilitud que esta defensa requiere para enervar el derecho del propietario a recuperar el bien de quien no tiene título para retenerlo. _____

_____ Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sosteniendo que “No obsta la mera manifestación, y debe probarse la posesión que se sostiene, pues no es suficiente ni basta para enervar la acción de desalojo la mera afirmación de ser poseedor del inmueble. Es necesario que se acredite la calidad que invocan. Ello surge claramente de las disposiciones contenidas en el art. 699 del código procesal. Es necesaria la prueba primaria de la calidad de poseedor” (Sala I, Fallos año 1990:138. En el mismo sentido: Sala II, Huber, Federico Alfredo, y en rep. de Maria Belén Huber c/ Collados, Luis Fernando s/ Desalojo”, Expte. N° CAM 351814/11, 26/08/2014; Sala III, 16-12-05, “Doble J vs. Cisneros”, Expte. de Sala N° 138398, tomo año 2005, pág. 1416; id., 19-4-07, “Sucesión vs. Rueda”, Expte. de Sala N° 167707, tomo año 2007, pág. 404; Sala IV, año 1989:328; entre otros). _____

_____ En consecuencia, los agravios no pueden ser atendidos por lo que cabe confirmar la sentencia recurrida. _____

_____ V) En virtud de todo lo expuesto, corresponde tener al actor por desistido del incidente de caducidad planteado a fs. 91/92, con costas; declarar desierto el recurso de apelación deducido por el demandado Segundo Serafín Celiz, con costas por el orden causado y rechazar el interpuesto por la señora Gloria Mirta Pedraza, con costas de esta instancia a su cargo, por aplicación del principio objetivo del vencimiento plasmado en el artículo 67 del Código de forma. En tal sentido dejo formulado mi voto. _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** _____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____
_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN
LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____
_____ **I) TIENE POR DESISTIDO** el incidente de caducidad planteado por
la actora a fojas 91/92. Con costas. _____
_____ **II) DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por el
demandado Segundo Serafín Celiz. Con costas por el orden causado. _____
_____ **III) RECHAZA** el recurso de apelación deducido por la señora Gloria
Mirta Pedraza y, en su mérito, confirma la sentencia de fs.74/76. Con costas
de segunda instancia. _____
_____ **IV) ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____
**CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA
PROVINCIA DE SALTA. VOCALES:** Dras Hebe Alicia Samsón -Verónica Gómez
Naar. **SECRETARIA:** Dra. María Luján Genovese. **SALA II, T. 2º parte Protocolo
Sentencias, 2017, Fº 311/315, 30/10/2017.**