REGISTRADA BAJO EL N° 28 (S) F° 173/177**EXPTE. N° 167.028. Juzgado Civ. y Com. N° 2.**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 18 días de marzo de dos mil diecinueve, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**ALIBERTI, CARLOS ANTONIO C/ REINOSO, ERNESTO Y OTRO S/ DESALOJO**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélida I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 943/949?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa respecto del Sr. Carlos Antonio Aliberti y, en su consecuencia, rechazó la demanda de desalojo incoada contra la Sra. Yolanda Reinoso, el Sr. Ernesto Roberto Reinoso y el Sr. Ernesto Gabriel Reinoso.

Impone las costas al accionante vencido y difiere la regulación de honorarios para su oportunidad.

Para así decidir, consideró que habiendo negado los accionados la existencia del contrato de comodato verbal invocado por el Sr. Aliberti pesaba sobre éste último la carga de probar su existencia.

Afirmó, que el accionante no logró acreditar el contrato de comodato, pues la prueba testimonial y confesional producida en autos puso en evidencia que no medió una entrega del inmueble con posterioridad a diciembre de 2011 que excluyera la posibilidad de usar la vivienda al aquí accionante, lo que obstaría a la existencia de un comodato, en tanto éste último importa la entrega del inmueble al comodatario.

A su vez, sostuvo que de la prueba colectada en las actuaciones no surge la posesión invocada por la Sra. Yolanda Reinoso y el Sr. Ernesto Reinoso, sino que "*prima facie*" la poseedora del inmueble habría sido la Sra. Celia Reinoso.

Por último, indicó que habiéndose reclamado el desalojo en virtud de un contrato de comodato no resulta posible hacer lugar a tal reclamo en base a una nueva causal como lo es la intrusión u ocupación sin justo título.

II) Contra dicho pronunciamiento a fs. 950 interpone recurso de apelación el Dr. Enrique Luis Abatti, en su carácter de apoderado del actor, fundando el mismo mediante escrito electrónico de fecha 13/02/2019 con argumentos que merecieron réplica de la contraria en el escrito electrónico de fecha 20/02/2019.

III) Agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, el *a quo* haya dispuesto rechazar la presente acción de desalojo.

En síntesis, manifiesta al respecto, que el *a quo* interpretó en forma parcial el testimonio de la Sra. Pelman en cuanto ésta refirió que el actor tuviera *“un juego de llaves con el que accedía directamente al inmueble”*, dado que, según sostiene el recurrente, nada impide que el comodatario ingrese al inmueble comodatado si existe un acuerdo en tal sentido.

Esgrime, que el testimonio de la Sra. Pelman es coincidente con lo relatado por el actor en la demanda en cuanto a la relación contractual habida entre las partes.

En este orden de ideas, destaca el carácter informal del contrato de comodato celebrado entre quienes tenían una relación de amistad y confianza.

Refiere que, en el caso, dado que el inmueble se utilizaba para vacacionar, el contrato de comodato se fue renovando por períodos.

Sostiene, que no hubo una intrusión por parte de los demandados sino una actitud abusiva al negarse a restituir la tenencia del inmueble luego que fueran intimados para ello.

Hace hincapié en que los demandados no han probado ningún título que los habilite a permanecer en la vivienda circunstancia ésta que, entiende el apelante, habilitaría sin más el desalojo. Cita y transcribe jurisprudencia en apoyo a su argumentación.

Finalmente, solicita que se haga lugar a la demanda con costas y que se aplique a los demandados la multa fijada en razón de su incomparecencia a la audiencia celebrada el día 06-02-2019.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados.

Agravia al recurrente que el *a quo* rechace el presente proceso de desalojo al entender que no se ha acreditado el contrato de comodato precario invocado como fundamento de la pretensión.

Al fundar su apelación el apelante pone énfasis, en lo sustancial, en dos cuestiones, por un lado destaca que se acreditó debidamente el comodato del inmueble y, por otro, refiere que no probaron los demandados la posesión que invocaron como defensa.

Transitando entonces la controversia sobre la apreciación de la prueba, resulta útil recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de valoración del material probatorio imperante es el de la **sana crítica** (argto. art. 384 del C.P.C.).

Éste sistema otorga a los magistrados la facultad de **seleccionar**, con base en la experiencia y con un adecuado criterio lógico, las pruebas producidas sobre las cuales cimentará la sentencia, toda vez que, como tiene dicho la Suprema Corte de Justicia Provincial: *“...de conformidad con lo establecido por el art. 384 del C.P.C., los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fueran esenciales y decisivas para fallar la causa, siendo soberanos en la selección de las mismas, pudiendo inclusive preferir unas y descartar otras...”* (SCBA, en la causa C. 110.721 *“Falaschini, Raúl y otros c/ Consorcio de Copropietarios Edificio Villa Regina s/ cobro ordinario”*, sent. del 3-X-2012; SCBA, en la causa C. 104.543 *“L., A. O. y otros c/ Ramos, Miguel Pascual y otros s/ daños y perjuicios”*, sent. del 22-XII-2010; SCBA, en la causa C. 94.421 *“Millara de Balbis, Lucía c/ Salguero, Pascual y otros s/ daños y perjuicios”*, sent. del 6-X-2010; el destacado no es de origen). En sentido concordante explica Kielmanovich que *“...el sistema de la sana crítica reserva al arbitrio judicial la concreta determinación de la eficacia de la prueba según las reglas lógicas y máximas de la experiencia, esto es normas lógico-experimentales...”* (Kielmanovich, Jorge L.: *“Teoría de la prueba y de los medios probatorios”*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 138 y ss.).

A su vez, es menester recordar que la Suprema Corte de Justicia Provincial tiene resuelto que: “...demandada la restitución de la cosa sobre la base de un supuesto comodato, negado este contrato por el demandado, es al actor a quien incumbe demostrar el presupuesto de hecho de la norma que movía como fundamento de su pretensión...”(S.C.B.A. en la causa Ac. 76.761 “Díaz, Amelia y otro c/ Porras, Nidia s/ desalojo”, sent. del 27-12-2000).

Por su parte, el Máximo Tribunal de la provincia también ha resuelto que: “...Si quien es demandado por desalojo –alegándose la existencia de un comodato- no se limita a negar su existencia, sino que afirma que el inmueble le habría sido entregado en propiedad, asume la carga de la prueba de esta defensa...” (S.C.B.A. en la causa Ac. 49.122 “Acovial S.A. c/ Salvi, Ubaldo s/ desalojo”, sent. del 30-06-1992).

Es con base en tales premisas, que me encuentro en condiciones de adelantar que el recurso merece prosperar.

Ello así pues, a diferencia de lo expuesto por el *a quo*, entiendo que el accionante acreditó el comodato precario que invocó como sustento de su pretensión, mientras que los demandados no han logrado probar la posesión “*animus domini*” que alegaron como defensa (arts. 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.).

En lo que concierne a la prueba de la existencia del comodato precario resulta esclarecedor el testimonio prestado por la Sra. Maia Soledad Pelman, quien al ser preguntada acerca de la relación que vinculaba a las partes y al uso de inmueble, contestó: “...La relación era buena, Carlos les continuo prestando el inmueble para que vinieran de vacaciones, los coordinaba, hay mails que se usaron para coordinar fechas, se lo hemos prestado a amigos, vino una amiga mía con toda su familia. Y amigos de Nicolás y se mandaban mails para no “pisarse”...”, a su vez expuso que el inmueble: “...lo usaba la familia Reinoso además Carlos y nosotros, de hecho en el verano de 2013 yo estuve y después también...” (conf. fs. 756/759, respuestas a las preguntas octava y novena).

Tal declaración testimonial, que luce precisa y concordante, describe detalladamente los alcances de la relación que vinculaba a las partes entre sí y a éstos con el inmueble (art. 456 del C.P.C.; argto. jurisprud. S.C.B.A. en la causa C. 105.241 “Deparci, Juan y otro c/ Negri, Nora Lina y otro s/ escrituración”, sent. del 03-08-2011; S.C.B.A. en la causa “Páez, Néstor y otro c/ Bernardello, Paola y otra s/ daños y perjuicios”, sent. del 11-05-2011).

En efecto, de tal testimonio surge que el actor, en su carácter de propietario del inmueble, facilitaba el uso del mismo a diferentes personas, entre ellas los demandados, para que lo utilizaran durante las vacaciones.

Entiendo, a diferencia del Sr. Juez de primera instancia, que tal préstamo de uso debe ser calificado como un comodato precario, puesto que la mayor o menor extensión del tiempo acordado para el uso del inmueble o la alternancia en la ocupación del mismo, no obstan a que en la relación contractual habida entre las partes se den los elementos típicos de dicho contrato, a saber: **a)** la entrega de una cosa no fungible –en el caso un inmueble-; **b)** la gratuidad y **c)** el uso que se concede al comodatario dentro de los límites de lo pactado (conf. Ricardo Luis Lorenzetti “*Tratado de los contratos*”, tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 481; art. 2255 del Código Civil; art. 7 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

En otras palabras, no modifica el tipo contractual que el accionante alternara en el uso del inmueble con los demandados y tampoco lo hace que poseyera en su oportunidad llave del mismo para ingresar, pues nada impide que los contratantes acuerden en tal sentido y con dichos límites el uso gratuito de la cosa (arts. 2255, 2265, 2268 y ccdtes. del Código Civil).

Si bien lo antes expuesto demuestra acabadamente la existencia del contrato de comodato alegado por el actor, lo cierto es que de existir alguna duda al respecto el carácter de propietario detentado por el Sr. Carlos Antonio Aliberti –conf. fs. 53/59- conlleva que deba resolverse a favor de la postura sostenida por éste (art. 2523 del Código Civil).

Es que cuando quien demanda por desalojo, aduciendo la existencia de un contrato, es el propietario, la duda que origina la insuficiencia de prueba puede ser resuelta a favor de éste último, en atención a la jerarquía de su derecho (conf. esta Cámara, Sala II, en la causa N°128.787 “*Calabrese, María del Carmen c/ Ortiz, Miguel Ángel y otros s/ desalojo*”, sent. del 26-05-2004; argto. doct. Salgado, Alí Joaquín “*Locación, comodato y desalojo*”, Ed. La Rocca, Bs. As., 1992, pág. 321).

Habiendo sido acreditada la existencia del contrato de comodato precario habido entre las partes respecto del inmueble objeto del presente proceso, e implicando ello la obligación de los demandados de restituir la cosa ante el sólo pedido del actor comodante, corresponde, con motivo del instituto de la apelación implícita, ingresar en la defensa de los accionados atinente a resultar poseedores del inmueble (art. 2285 y ccdtes. del Código Civil).

En esta tarea, comienzo por destacar que conforme lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia Provincial: “...*No es suficiente que el demandado por desalojo manifieste que es poseedor para que, por esa sola circunstancia, quede relevado de la carga de probar la verosimilitud de su afirmación, obligando al actor a recurrir a las acciones reales o posesorias...*” (S.C.B.A. en la causa C. 119.770 “*Ferreyra, María Paula c/ Sosa, Edilma s/ desalojo*”, sent. del 23-05-2017; S.C.B.A. en la causa C. 109.072 “*Lincuz, Martín Ernesto c/ Repetto, Roberto Carlos s/ desalojo*”, sent. del 12-12-2012; S.C.B.A. en la causa C. 102.403 “*Petraglia, Rosa Norma c/ Marchetta, María Cristina s/ desalojo*”, sent. del 25-02-2009).

En el supuesto de autos, coincido con el *a quo* en que no se ha probado siquiera “*prima facie*” la posesión invocada por los demandados (arts. 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.).

Adviértase, que las declaraciones testimoniales de fs. 858/859, fs. 924/925, fs. 926/927, fs. 928/929 y fs. 930/931 exclusivamente dan cuenta de la posesión que “*prima facie*” habría detentado la Sra. Celia Reinoso –hermana de los demandados- sobre el inmueble objeto de desalojo, sin aportar ningún elemento que acredite la posesión que en nombre propio invocan los accionados (arts. 384, 456 y ccdtes. del C.P.C.). Igual reparo merece la documental acompañada por los demandados, puesto que las boletas y recibos de pago que se trajeron al proceso – fs.73/360 no se encuentran a su nombre, sin que exista modo de vincular dichos pagos con la posesión que alegan (art. 375, 384 del C.P.C.).

En conclusión, encontrándose acreditado el contrato de comodato precario que vinculó a las partes respecto del inmueble objeto de desalojo, y no habiendo los accionados probado la posesión que plantearon como defensa, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar, por ende, la sentencia apelada en el sentido de admitir la demanda de desalojo, con costas de ambas instancias a los demandados (arts. 68 y 274 del CPC), debiéndose intimarlos en primera instancia, como asimismo a cualquier otro ocupante que forme parte de su grupo familiar conviviente e, incluso, a cualquier otra persona que no pueda justificar un título independiente y diferente del que corresponde a los demandados, para que, dentro de los 30 días corridos de notificados, desocupen el inmueble ubicado en calle 14 de Julio N° 1397 U.F. N° 1 planta baja de esta ciudad de Mar del Plata, bajo apercibimiento de desahucio (art. 676 y ccdtes. del C.P.C.).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar, en consecuencia, la sentencia apelada en el sentido de admitir la demanda de desalojo debiéndose intimar a los accionados en primera instancia, como asimismo a cualquier otro ocupante que forme parte de su grupo familiar conviviente e, incluso, a cualquier otra persona que no pueda justificar un título independiente y diferente del que corresponde a los demandados, para que, dentro de los 30 días corridos de notificados, desocupen el inmueble ubicado en calle 14 de Julio N° 1397 U.F. N° 1 planta baja de esta ciudad de Mar del Plata, bajo apercibimiento de desahucio; **II)** Imponer las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (arts. 68 y 274 del CPC); **III)** Tratar la aplicación de la multa por inasistencia a la audiencia celebrada el día 06-02-2019 en resolución por separado; **IV)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: **I)** Se hace lugar al recurso de apelación de la parte actora y se revoca, en consecuencia, la sentencia apelada en el sentido de admitir la demanda de desalojo debiéndose intimar a los accionados en primera instancia, como asimismo a cualquier otro ocupante que forme parte de su grupo familiar conviviente e, incluso, a cualquier otra persona que no pueda justificar un título independiente y diferente del que corresponde a los demandados, para que, dentro de los 30 días corridos de notificados, desocupen el inmueble ubicado en calle 14 de Julio N° 1397 U.F. N° 1 planta baja de esta ciudad de Mar del Plata, bajo apercibimiento de desahucio; **II)** Se imponen las costas de ambas instancias a los demandados vencidos (arts. 68 y 274 del CPC); **III)** Se dispone tratar la aplicación de la multa por inasistencia a la audienciacelebrada el día 06-02-2019 en resolución por separado; **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). **Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.**

NELIDA I. ZAMPINI RUBEN D. GEREZ

Pablo D. Antonini Secretario