
IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE DESALOJO FRENTE A INTRUSOS

*Luciana SAVOIA ALTOLAGUIRRE**

Fecha de recepción: 30 de julio de 2019

Fecha de aprobación: 10 de agosto de 2019

Resumen

El presente ensayo tiene como finalidad analizar la procedencia de iniciar demandas de desalojo frente a intrusos, cuando éstos pueden demostrar su carácter de poseedores, y la contradicción que esto genera, en virtud de que como tales, deberían iniciar la acción posesoria que corresponda.

Palabras clave

Acciones personales – acciones posesorias – acciones reales – acción de desalojo – relaciones de poder – intrusos – posesión – tenencia

REJECTION OF THE EVICTION LAWSUIT AGAINST INTRUDERS

Abstract

The purpose of this paper is to analyze whether it is appropriate for plaintiffs to initiate eviction lawsuits against intruders if intruders can demonstrate that they are holders, and the contradiction that this leads to, because the plaintiff should then initiate a possessory action.

* Abogada con orientación en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario egresada de la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor según resolución 268/18. Escribana de Santa Rosa, La Pampa por concurso. Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Universidad Notarial Argentina (tesina en desarrollo). Posgrado en Derecho Societario Actual, Universidad Austral en curso.

Keywords

Contract Law – personal actions – possession actions – real actions – eviction action – power relations – intruders – possession – tenancy

I. Introducción

En el presente trabajo se pretende realizar un breve racconto de conceptos procesales, estudiando las diferencias entre las acciones personales, las reales y las posesorias, para luego adentrarnos en la acción de desalojo y sus características.

Además, se estudiarán las relaciones de poder, y su actual normativa, para luego analizar qué alternativas nos brinda el Código Civil y Comercial para la defensa de dichas relaciones, y cómo se han superado las distintas discusiones que se suscitaban durante la vigencia del Código Velezano respecto de éstas.

Finalmente, se cuestionará la constitucionalidad de ciertas normas procesales provinciales, que delimitan la legitimación pasiva de la acción de desalojo, señalando que tal acción procede contra “intrusos”, por lo que necesariamente se analizará qué debe entenderse por intruso, qué calidad revisten, y qué consecuencias conlleva el hecho de considerarlo poseedor.

II. Análisis

II.1. Breve reseña de aspectos teóricos

En principio, cabe señalar que el vocablo acción proviene del latín “actio”, que significa la posibilidad de realizar alguna cosa. En este sentido, “acción” desde el punto de vista jurídico, es la facultad que tiene el titular de un derecho, de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado.

En este punto, nos parece pertinente recordar la distinción entre las acciones personales, reales y posesorias, que se clasifican según la naturaleza o el derecho en

cuestión. Así, las acciones personales son aquellas que nacen de una prestación obligacional que a su vez tiene origen en un contrato o en un delito, y que pueden ser dirigidas sólo a la contraparte del vínculo obligacional. En cambio, como los derechos reales son oponibles erga omnes, las acciones reales se dirigen contra cualquiera que los viole aunque no exista una relación jurídica previa, y tal como lo establece el artículo 2247 del Código Civil y Comercial de la Nación¹ (en adelante, CCyC), dichas acciones son las vías pertinentes para proteger judicialmente los derechos reales frente a situaciones que limiten o imposibiliten su ejercicio. Por otro lado, las acciones posesorias son aquellas que, conforme señala el artículo 2238 del CCyC² tienen como fin mantener o recuperar, frente a una turbación o desapoderamiento, la cosa sobre la cual se tiene una relación de poder. Resulta entonces conveniente desarrollar el concepto de relaciones de poder, lo que se abordará en el punto siguiente.

II.2. Relaciones de poder: posesión y tenencia

Cabe recordar que las relaciones de poder, es decir la posesión y la tenencia, forman parte de un grupo aún más genérico que son las llamadas “relaciones reales”, concepto que abarca relaciones de hecho, ya sean significativas o indiferentes para el derecho, y que son aquellas que su titular mantiene de forma instantánea o estable con los bienes, de manera conforme o no a la ley.

Podemos mencionar cuatro tipos de relaciones reales: la yuxtaposición local, los “servidores de la posesión”, la tenencia y la posesión. Comenzaremos por analizar brevemente las primeras dos, para luego enfocarnos en la tenencia y la posesión.

¹ Artículo 2247 del CCyC: “*Acciones reales. Las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio. Las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde.*”

Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.”

² Artículo 2238 del CCyC: “*Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan. Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor. Hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor. La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor. Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños.”*

Habrá yuxtaposición local cuando si bien hay un contacto físico con la cosa, éste carece de toda voluntariedad por parte de quien lo ejerce, y por lo tanto, no producirá efectos jurídicos, tal como se señala en los “Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”.³

Por otro lado, ser “servidor de la posesión”, implica utilizar una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, conforme lo dispone el artículo 1911 del CCyC que ejemplifica mencionando el contacto que tiene una secretaria con la computadora de la oficina en la que trabaja.

Por su parte, tenencia es aquella relación de poder mediante la cual una persona ejerce sobre la cosa un poder material, pero reconociendo en otro la titularidad de un derecho real.

Y finalmente, habrá posesión cuando un sujeto, ejerza sobre una cosa un poder físico, haciéndolo como si fuese titular de un derecho real sobre la misma, según dispone el artículo 1909 del CCyC.⁴

Conforme sostuvo la Doctora Molina de Caminal en la sentencia dictada en autos “R., A. C. c/V., K. s/ Desalojo – tenencia precaria”, siguiendo la teoría de Savigny, en la posesión se advierten dos elementos: el “*corpus*” (detentación material de la cosa) y el “*animus domini*” (ánimo de dueño), mientras que en la tenencia solamente el “*corpus*”.

El “*corpus*” o cuerpo de la posesión o de la tenencia, es la facultad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento. Esta posibilidad fáctica de disponer de la cosa, no requiere necesariamente que se esté en permanente contacto material con ella, ni que aquélla se pierda cuando dicho contacto cesa por propia voluntad, ya que en la configuración del “*corpus*”, según el autor antes citado, existen tres proyecciones posibles:

- 1) La relación de contacto físico o material con la cosa: esta refiere al *corpus* en su expresión más tangible, es “el contacto personal”.
- 2) La posibilidad física de tener contacto: es decir, también es *corpus* la posibilidad de entablar el contacto con la cosa a través de un acto.

³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Consultado en [<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>] el 28/08/2019.

⁴ Artículo 1909 del CCyC: “*Posesión. 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.*”

- 3) El ingreso de la cosa en la “custodia” del poseedor o tenedor: el corpus se conforma, además, a través de una suerte de imperio que el poseedor y el tenedor tienen sobre todo lo que se encuentra en la esfera de su “custodia”.

Asimismo, el corpus, se acompaña con un mínimo de voluntad del contacto con la cosa. En el caso de su ausencia, habrá yuxtaposición local.

El “*Animus domini*” o ánimo de dueño, cuya presencia sumada al corpus conduce a la posesión, implica comportarse como lo haría el propietario, sin reconocer el derecho de propiedad en otro. En cambio, tal como se dijo, cuando se reconoce tal propiedad en un tercero, existe tenencia.

Ese *animus domini*, no apunta a la mera voluntad íntima del poseedor, sino a su exteriorización a través de hechos concretos. Si bien esas manifestaciones externas pueden ser llevadas a cabo aún sin relación física con la cosa, como el pago de impuestos, generalmente el “*animus*” se expresa a través del *corpus*. Es por ello que, el artículo 1928 del CCyC⁵ enuncia diversos supuestos de “actos posesorios” en los cuales el corpus lleva a inferir el *animus* y por ello a presumir la posesión.

Habiendo definido y delimitado cada tipo de relación de poder, abordaremos la cuestión de cómo se clasifican. En primer lugar, debe señalarse que las relaciones de poder serán legítimas, cuando su ejercicio tenga causa en un derecho, real o personal, constituido conforme a la ley, caso contrario, serán ilegítimas. La relación de poder ilegítima, a su vez, será de buena o mala fe, conforme el sujeto que la ejerza sepa o no, o haya podido saber o no, que carecía de derecho. La mala fe será simple cuando se presuma, conforme lo establecido en el artículo 1919 del CCyC,⁶ y también cuando no se configuren los elementos necesarios para la buena fe. En cambio, la posesión será de mala fe viciosa, conforme el artículo 1921 de nuestra legislación de fondo, respecto de cosas muebles cuando se hayan

⁵ Artículo 1928 del CCyC: “Actos posesorios. Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga.”

⁶ Artículo 1919 del CCyC: “Presunción de buena fe. “La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.

La mala fe se presume en los siguientes casos:

- a) cuando el título es de nulidad manifiesta;
- b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;
- c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.”

adquirido por hurto, estafa o abuso de confianza, y de bienes inmuebles cuando éstos se adquieran mediante violencia, clandestinidad o abuso de confianza.

Finalmente, al hablar de posesión y tenencia no podemos pasar por alto repasar el principio de inmutabilidad de la causa que establece nuestro CCyC en su artículo 1915, disponiendo bajo el título “interversión” lo siguiente: “*Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión 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.*” Sin embargo, tal como es advertido por la doctrina, cuando hay una intervención del título, entendiendo el término “título” en sentido causal, este principio de inmutabilidad cede (MARIANI DE VIDAL y ABELLA, 2016).

La intervención del título puede ser bilateral cuando haya entre las partes un negocio jurídico, es decir, cuando medie la voluntad de ambas. Son ejemplos la *traditio brevi manu*, en sus dos posibilidades, y el *constituto posesorio*, conceptos que definiremos en lo sucesivo. En cambio, la intervención del título será unilateral cuando un tenedor decida individualmente empezar a poseer la cosa, privando al poseedor de sus potestades sobre el bien. En este último caso, el tenedor que comienza a poseer debe realizar actos materiales que no dejen duda de su voluntad de excluir al poseedor. Desde el punto de vista procesal, la carga de la prueba de ello correrá por cuenta de aquél.

Adentrándonos en la intervención bilateral, cabe definir la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*. Para ello, debe recordarse brevemente que en nuestro sistema la teoría aplicable al nacimiento o transmisión de derechos reales es la del título y modo, siempre que deriven de adquisiciones por medio de actos entre vivos relativos a aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión. Esta teoría es vertida en el artículo 1892 del CCyC⁷ que dispone que se puede entender por título al acto jurídico que cuenta con las

⁷ Artículo 1892 del CCyC: “*Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.*

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

formalidades exigidas legalmente, sirviendo como causal a la tradición. Siendo la tradición el modo suficiente “por excelencia” para transmitir o constituir derechos reales.

El artículo en análisis, señala las excepciones a la tradición, disponiendo en qué casos no será necesaria. Así, habrá *traditio brevi manu*, en un primer supuesto cuando un tenedor adquiere el dominio por transmisión de quien era el propietario y a nombre de quien poseía inicialmente y, por ende, comienza –el antes tenedor– a poseer la cosa, el claro ejemplo de este supuesto es cuando un locatario compra el inmueble que alquilaba. En cambio, en una segunda posibilidad, la *traditio brevi manu* no implicará un cambio en la relación de poder, ya que quien poseía a nombre del propietario, sigue poseyendo, pero a nombre de otro, esta situación se daría en el supuesto de que un inmueble que se encuentra alquilado se venda: el locatario que poseía a nombre del anterior propietario, sigue poseyendo el inmueble, pero ahora a nombre de quien compró.

La otra excepción que plantea el artículo es el *constituto posesorio*, que tendrá lugar cuando el titular de dominio que poseía la cosa, comienza a poseerla a nombre de otro, es decir, el antes poseedor comienza a ser tenedor.

II.3. Las defensas de las relaciones de poder

Con el Código Civil Velezano, en su primera versión y sus posteriores reformas, se suscitaba una ardua discusión respecto a las defensas posesorias, debido a que existía una doble regulación: por un lado, se encontraban legisladas las acciones posesorias en sentido estricto y las acciones policiales, teniendo estas últimas respecto de las primeras una mayor extensión en cuanto a su legitimación activa, sin ser además necesario el cumplimiento de ciertas exigencias que las acciones posesorias requerían; por el otro lado, algunos Códigos procesales, incluyendo el nacional, contemplaban los llamados interdictos, que conforme el artículo 606 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, podrían intentarse para adquirir, retener o recobrar la posesión o la tenencia; o para impedir una obra nueva.

Conforme enseña QUADRI (2017), este escenario dio lugar a dos posturas doctrinarias y jurisprudenciales en pos de establecer si los interdictos que prevenían los Códigos Procesales, eran o no la mera regulación desde el punto de vista procesal de las acciones que se instituían en el Código Civil. Así, conforme la primera teoría, conocida como “teoría unitaria” los interdictos regulados en las leyes procesales consistían simplemente en la

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto.”

reglamentación procesal de las acciones posesorias del Código Civil. En sentido contrario, la teoría dualista, que logró mayor prevalencia jurisprudencial, sostenía que los interdictos y las acciones posesorias eran dos soluciones procesales que se debían diferenciar: mientras que los primeros protegían la posesión actual, las segundas tutelaban la posesión jurídica y debían cumplir con los recaudos establecidos en el Código Civil.

Finalmente, el CCyC dio por terminada esta discusión, regulando solamente las acciones posesorias, pero dándoles un amplio marco de ejercicio por parte de todo tenedor o poseedor, aunque estos lo sean de carácter vicioso.

Las acciones posesorias son aquellas que le corresponden al poseedor o al tenedor como corolario de su derecho a usar y gozar la cosa que posee. Respecto de esto, Savigny, justificaba la protección de la posesión con estas herramientas procesales en la presunción de que quien posee la cosa es propietario de la misma, sin embargo, conforme el artículo 2241 del CCyC, la acción de despojo puede dirigirse aún contra quien es propietario de la cosa (DASSEN y VERA VILLALOBOS, 1960).

Es menester aclarar que, si bien la denominación “acciones posesorias” da lugar a interpretar que sólo puede ser defendida a través de ellas la posesión, estas acciones pueden ser iniciadas tanto por un poseedor como por un tenedor.

Las acciones posesorias podrán ser entabladas frente el desapoderamiento (o despojo) y/o la turbación de la relación de poder en cuestión. Tal como señalan MARIANI DE VIDAL y ABELLA (2016), la diferencia entre ambos conceptos está dada en que en el primer caso la privación del ejercicio del derecho será absoluta, y en el segundo no. En este sentido, tal como se indicó en autos “Sucesión C., B. del C. C/ Moza, Manuel Carlos S/acciones posesorias”, si lo que se pretende con la acción es recuperar la posesión del bien contra el acto que la priva, la acción pertinente será la contemplada en el artículo 2241 del CCyC,⁸ es decir, la acción de despojo, en cambio la llamada acción de mantener la tenencia o

⁸ Artículo 2241 del CCyC: “Acción de despojo. Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.”

la posesión del artículo 2242⁹, corresponderá si el hecho a repudiar sólo turba la posesión y la intención es conservarla.

Las personas legitimadas activamente no requerirán título, ni tampoco buena fe, ya que en los artículos 2241 y 2242 el CCyC dispone que tanto la acción de despojo como la acción de mantener la tenencia o la posesión corresponden a todo tenedor o poseedor, aunque éstos sean viciosos, es decir, de mala fe.

Vale la pena aclarar que el hecho de que no se requiera título, no se contrapone con el artículo 2239 del CCyC que señala “Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. (...)” ya que el artículo refiere al “título” no en un sentido formal, sino en un sentido sustancial, es decir a la causa.

Dichas acciones, tal como ya se sostuvo, pueden ejercerse contra el propietario del bien, e incluso conforme el artículo 2245 del CCyC, el tenedor podrá entablarlas en nombre del poseedor, solicitando que se le restituya a éste la posesión, y en el caso de que el poseedor se niegue a recuperarla, quedará el tenedor legitimado a tomarla por él mismo.

II.4. Acción de desalojo

Habiendo abordado la definición de las acciones posesorias, bajo este acápite nos centraremos en la acción de desalojo.

El proceso de desalojo es aquel recurso que la ley procesal le brinda a quien se ve privado de ejercer el derecho de uso y goce que tiene sobre un bien inmueble, por parte de quién no tiene derecho ni título legítimo para ello. Tal acción tiene por objeto la restitución del inmueble. Quedarán excluidas de su objeto aquellas circunstancias que excedan dirimir cuestiones relacionadas a la tenencia de la cosa, por ejemplo, aquellos conflictos que involucran la posesión o el dominio, ya que para ellos existen las defensas ya analizadas.

⁹ Artículo 2242 del CCyC: “Acción de mantener la tenencia o la posesión. Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto. Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra. La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.”

En este sentido, tal como se señaló en el fallo “Monti Atilio s- sucesión c/ Palacios de Buzzoni, Danila Silvia s/ Desalojo”, quien pretenda hacer valer su derecho real de dominio, deberá intentarlo a través de una acción reivindicatoria, y en el caso de la posesión a través de una acción posesoria, es decir, la vía del desalojo no es pertinente.

En un principio, tal como lo explican CAUSSE y PETTIS (2000) el ámbito de aplicación de la acción de desalojo era mucho más limitado, ya que se circunscribía a aquellas cuestiones relativas a la locación, pero luego, a través de los aportes de la jurisprudencia y la doctrina, las normas se fueron modificando, y permitieron finalmente, una ampliación de la legitimación pasiva, tal como se desarrollará.

II.5. Relación y problemática entre los conceptos esgrimidos

El artículo 680 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, bajo el título “procedencia” establece la legitimación pasiva de la acción de desalojo antes estudiada, disponiendo que podrá ejercerse contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos, y contra cualquier ocupante que deba restituir la cosa, y esto le sea exigible.

Dicha norma, fue replicada por varios códigos procesales provinciales, sólo a modo de ejemplo, podemos citar el artículo 654 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa;¹⁰ el artículo 6772 párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa¹¹, y el artículo 680 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca¹².

Sin embargo, tal como señala SABENE (2018), los conceptos de “tenedor precario” e “intruso”, no son receptados en el CCyC.

La tenencia precaria no es un tipo de relación de poder que haya calificado el CCyC, ni tampoco el Código Civil Velezano, ya que no puede establecerse una calificación o jerarquización entre diferentes tenencias, más allá de la establecida en el artículo 1916 de nuestra legislación de fondo, que señala que las relaciones de poder podrán ser legítimas o

¹⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, B.O. 12/03/1999, consultado en [<https://docs.argentina.justia.com/provinciales/la-pampa/codigos/ley-1828.pdf>] el 17/07/2019).

¹¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa, Decreto Ley N° 424/69, reformado por ley N° 1397/02, consultado en [<http://www.jusformosa.gov.ar/info/CODIGOCIVILYCOM2011.pdf>] el 17/07/2019.

¹² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca, Ley 2.339 29 de Febrero de 2008, consultado en: [<http://www.juscatamarca.gob.ar/normativas/CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20Y%20COMERCIAL.pdf>] el 17/07/2019.

ilegítimas, conforme se estudió ut supra, según surjan o no de lo establecido por medio de la ley, y el mismo artículo señala la presunción de legitimidad de ellas. Incluso los locatarios o sublocatarios, también nombrados en los artículos procesales en cuestión importarían una tenencia legítima, por lo que hubiese bastado con la referencia a “tenedores”.

En cuanto el concepto de “intrusos”, la Sala K de la Cámara Nacional Civil, en autos “Dubra, Diana c/ Sircovich, Mariano D. y otro s/ desalojo: intrusos”¹³ definió, que puede conceptualizarse al “intruso” como aquel que ocupa un inmueble ajeno sin título alguno, ni autorización del propietario.

Tomando esta definición, el intruso, no reconocería en el titular de dominio esta calidad, sino que sería un poseedor, más allá de que sea evidentemente, un poseedor ilegítimo de mala fe viciosa, pero concurrirán los dos elementos de la posesión, que son “*corpus*”, por tener evidentemente contacto material con la cosa, y “*animus domini*”, ya que precisamente, no reconoce el derecho de propiedad en otro. Sin embargo, respecto de este último elemento, se señala que debe ser probado, ya que, para demostrar la posesión, no basta la mera manifestación del “intruso” de que es poseedor, sino que éste debe probar que se ha comportado como un verdadero dueño. En este sentido resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos “F., M. P. c. S., E. N. s/ desalojo”,¹⁴ en el que se dispuso que no es suficiente que quien es demandado declare que es poseedor, para que por ese solo hecho, se lo releve de probar dicha circunstancia y se obligue a quien es actor a iniciar una acción real o posesoria, sino que caerá sobre el demandado la carga de probar la posesión.

Merece la pena aclarar, que lo decidido en un juicio de desalojo, no hará cosa juzgada en juicios ulteriores en los que se discuta el derecho real o la posesión.

II.6. ¿Inconstitucionalidad de las normas provinciales?

Cabe en este punto preguntarnos: ¿es constitucional que las normas procesales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, permitan iniciar una demanda por desalojo contra un intruso, cuando éste demuestra y prueba su carácter de poseedor? El interrogante surge, dado que esta acción sólo puede ser incoada contra quien ejerce la tenencia de la cosa, relación de poder de menor jerarquía que la posesión, conforme se plasma en el CCyC.

¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “Dubra, Diana c/ Sircovich, Mariano D. y otro s/ desalojo: intrusos”, 27/11/2003.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “F., M. P. c. S., E. N. s/ desalojo”, 23/05/2017.

Conforme el principio de reserva, volcado en el artículo 121 de nuestra Carta Magna, las provincias conservan todas las facultades que no hayan delegado al Gobierno Federal, y aquellas que expresamente hayan decidido conservar. Luego, en la misma Constitución Nacional, bajo el capítulo cuarto titulado “Facultades del Congreso”, del artículo 75 inciso 12 se desprende que es facultad expresamente delegada por las Provincias al Congreso de la Nación Argentina el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación, de donde surge lo normado acerca de las acciones tendientes a la defensa de la posesión.

Por lo tanto, el dictado de normas procesales provinciales que permitan iniciar la acción de desalojo contra un poseedor, son inconstitucionales, ya que legislar acerca de ello es tarea y facultad delegada al legislador nacional, en tanto la legitimación pasiva de una acción está conectada con la relación jurídica sustancial.

En este punto merece la pena señalar qué debe entenderse por inconstitucionalidad. Conforme enseñaba el maestro BIDART CAMPOS (1998), el principio de supremacía del Derecho Constitucional significa que la Constitución es la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. Por lo tanto, colocar a la constitución en lo más alto de dicho orden, quiere decir que es ella la que dispone cuál es la sucesión jerárquica. Así las cosas, en nuestro ordenamiento los grados inferiores estarán sujetos a los más altos, y cuando esa relación de coherencia se interrumpe, surge un defecto que llamamos “inconstitucionalidad”.

Debe dejarse en claro, que tal como se señaló en autos “Puig, Miguel Salvador c/ Rivera, María del Carmen y otro s/desalojo”¹⁵, el planteo de inconstitucionalidad de una norma, no debe ser algo liviano, sino que es de suma gravedad, por lo que se lo debe considerar como última posibilidad del orden jurídico. Y también, conforme resolvió la Sala K de la Cámara Civil, en autos “A.C., C.R. c/ Z., N. Y. O. s/ Desalojo: otras causales”¹⁶, el interesado, cuando plantea la inconstitucionalidad de una norma no sólo debe demostrar que es contraria a nuestro vértice del orden jurídico, sino también que esto le causa un gravamen y que ello ocurre en el caso en concreto.

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Puig, Miguel Salvador c/ Rivera, María del Carmen y otro s/ desalojo”, 10/02/2016.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “A.C., C.R. c/ Z., N. Y. O. s/ desalojo: otras causales”, 11/09/2014.

III. Conclusión

Conforme lo estudiado, una demanda de desalojo no es la medida procesal pertinente a iniciar contra un “intruso” que prueba su calidad de poseedor acreditando el cumplimiento de un acto posesorio enumerado en el artículo 1928 del CCyC u otro que el juez interprete de esa naturaleza, ya que la legitimación pasiva de esta acción, corresponde a los tenedores, es decir, a quienes no tienen *animus domini*.

Por lo tanto, frente a esta hipotética situación, la herramienta procesal que corresponde utilizar es una acción de despojo, en los términos del artículo 2241 del CCyC, siempre que quien pretenda recuperar la relación de poder sea un tenedor o un poseedor, aunque sea este de carácter vicioso.

En consecuencia, un juez debería rechazar la demanda de desalojo, por no ser la vía apropiada para obtener la restitución de la cosa por parte de un poseedor.

Bibliografía

ALVARO ROMERO, M. (2016), “Desalojo de intrusos. Un fallo ejemplar en un caso muy peculiar”, Buenos Aires, *La Ley*.

BIDART CAMPOS, G. J. (1998), *Manual de la Constitución Reformada, Tomo I*. Buenos Aires, Editorial Ediar.

CAUSSE, F. J. y PETTIS, C. R. (2000), “Desalojo Plenario “Monti””, Buenos Aires, *La Ley*.

CLERC, C. M. (2016), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Erreius.

CLUSELLAS, E. G. (coordinador) (2015), *Código Civil y Comercial – Comentado, anotado y concordado por escribanos*. Buenos Aires, Di Lalla.

DASSEN, J., y VERA VILLALOBOS, E. (1960), “El “corpus” y el “animus”. La polémica Savigny-Ihering”, Buenos Aires, *Lecciones y Ensayos*, p. 43.

DOMINGUEZ, M. C. (2014) “Protección civil y penal de la posesión y la tenencia. Alternativas procesales: interdictos, acciones posesorias y policiales, desalojo por intrusión y restitución del inmueble en el proceso penal por usucapión”, Buenos Aires, *MicroJuris.com*.

GABÁS, A. A. (2017), “Juicios para “mantener” y “recuperar” la posesión a partir del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, *RCCYC, Thomson Reuters*.

MARIANI DE VIDAL, M. Y ABELLA, A. (2016), *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial. Tomos I y II*, Buenos Aires, *Zavalía*.

QUADRI, G. H. (2017), “De acciones posesorias e interdictos (otra deuda pendiente del legislador procesal)”, Buenos Aires, *RCCYC, Thomson Reuters*.

RICOLFI, F. (2017), “Desalojo de la ex conviviente. La conflictiva vía legal que goza de plena vigencia y sigue haciendo ruido por la particular relación que une a los involucrados”, Buenos Aires, *DFyP, Thomson Reuters*.

SABENE, S. E. (2018), “Las relaciones de Poder y una perspectiva constitucional de la acción de desalojo por intrusión”; Buenos Aires, *SJA, Thomson Reuters*.

SAUCEDO, R. J. (2015), “La defensa de las relaciones de poder en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, *SJA, Thomson Reuters*.

VALDÉS ORTIZ, G. (2013), “La posesión en la defensa de posesión a partir de un caso de la Provincia de Salta”, *LLNOA, Thomson Reuters*.

JURISPRUDENCIA

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 7ma nom., “R., A. C. c/V., K. s/ Desalojo - tenencia precaria”, 29/12/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Puig, Miguel Salvador c/ Rivera, María del Carmen y otro s/desalojo”, 10/02/2016.

—, “Sánchez, Marcela Soledad y otro c. Sánchez, Hugo Alberto y otro s/desalojo: otras causales”, 05/04/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “A.C., C.R. c/ Z., N. Y. O. s/ Desalojo: otras causales”, 11/09/2014.

—, “Dubra, Diana c/ Sircovich, Mariano D. y otro s/ desalojo: intrusos”, 27/11/2003.

—, “M., F. y otro c/ G.A., C. B. y otro s/ desalojo: intrusos”, 04/08/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y Comercial Común de Concepción, “Sucesión C., B. del C. C/ Moza, Manuel Carlos s/acciones posesorias”, 25/08/2015.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en pleno), “Monti, Atilio S-Sucesión C/ Palacios De Buzzoni, Danila Silvia S/ Desalojo”, 15/09/1960.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco, Sala I en lo Civil, Comercial y Laboral, “Ricotti, Raúl c. Ñañez, Elpidio del Valle y/o cualquier otro cupante s/ desalojo”, 15/10/2015.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia De Buenos Aires, “F., M. P. c. S., E. N. s/desalojo”, 23/05/2017.

LEGISLACIÓN

Código Civil Argentino, Zavallá, Buenos Aires, 1998.

Código Civil y Comercial de La Nación, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca, Ley 2.339 29 de febrero de 2008.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa, Decreto Ley N° 424/69, reformado por ley N° 1397/02.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, B.O. 12/03/1999.

Constitución de la Nación Argentina, texto oficial de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, ordenado por Ley 24.230.