

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

15 de junio de 2018

“¡FUERA DE MI CASA!”

*Hay ocasiones en que se puede pedir el desalojo inmediato de un inmueble.
Pero los jueces son cuidadosos....*

Lo que vamos a describir parece ser un capítulo más de una larga historia. Y tampoco parece ser el último.

Cuando Silvia se murió, legó una casa en Buenos Aires a Fernando, que la ocupaba desde hacía tiempo. Pero otros herederos pidieron la nulidad del testamento y la lograron. No tenemos más detalles, pero como resultado de esa nulidad Horacio se convirtió en dueño de la casa.

Pero como estaba ocupada, pidió entonces a la justicia que se ordenara el desalojo. Lo hizo amparándose en un artículo del Código Procesal según el cual, en cualquier etapa del procedimiento de desalojo, se puede pedir la entrega inmediata del inmueble si quien la ocupa es un intruso y “el derecho fuese *verosímil*”.

Para Horacio, Fernando revistaba, efectivamente, en esa categoría, pues ocupaba la casa sin un contrato válido y tan sólo en virtud de su larga amistad con Silvia.

El juez ordenó el desalojo sobre esa base, pues entendió que el derecho de Horacio era *verosímil*, sobre la base de la declaratoria del juez de la sucesión de Silvia que había declarado nulo el

testamento de ésta y a Horacio como uno de sus herederos.

Pero Fernando apeló.

Se quejó de que no se había tenido en cuenta que, cuando contestó la demanda de desalojo iniciada por Horacio, había planteado “la defensa de la prescripción adquisitiva con causa en la posesión continua, pacífica e ininterrumpida por un plazo mayor a treinta y cinco años”.

La prescripción adquisitiva es un mecanismo (“un instituto” dirían los puristas) que permite que “quien adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años”.

En lenguaje sencillo, quien durante diez años ocupa un inmueble *en buena fe* y *sobre la base de un título justo*, consolida su adquisición “poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación” (así lo explicó Vélez Sarsfield al redactar el correspondiente artículo del Código Civil sancionado en 1869).

El mismo Vélez aclaró que la posesión del inmueble *debía ser legal y sin los vicios de precaria, clandestina o violenta*.

La Cámara¹ dijo que no podía perderse de vista que el desalojo ordenado por el juez de primera instancia era una medida *cautelar*, lo que implicaba que, para dictarla, se debía cumplir con ciertos requisitos, propios de ese tipo de medidas.

Ya alguna vez nos hemos referido al principal: el de la verosimilitud del derecho de quien pide una medida semejante (requisito al que los romanos daban un curioso nombre: *fumus bonis juris*; esto es, “tufillo a buen derecho”).

En otras palabras, el juez que otorga una medida cautelar debe tener alguna evidencia de que el derecho que alega quien la pide existe, aunque no se exige una demostración acabada, plena y fehaciente.

En este caso, la Cámara dijo que “la verosimilitud del derecho [...] consiste en la posibilidad de que el derecho invocado exista, *a la luz de los elementos aportados a la causa, y no como una incontrastable realidad.*”

Esa “sospecha” de que el derecho de quien pide una medida cautelar existe, “permite que el juzgador se expida *sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica.* De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes— sobre la cuestión sometida a su jurisdicción”.

Por eso, la Cámara entendió que el “tufillo de buen derecho” debía considerarse

cumplido con respecto a la suficiencia del derecho de Horacio para reclamar el desalojo de Fernando (lo que en términos técnicos se llama “legitimación”).

Pero el tribunal también consideró que no podía ignorarse la defensa opuesta por Fernando: si el desalojo se concretaba, se alteraría de tal modo la situación existente que eso afectaría de manera irreversible sus derechos. Esto era así porque si se demostraba que tenía razón y que podía convertirse en propietario de la casa en virtud de la prescripción adquisitiva, ya habría sido desalojado de allí.

En el críptico lenguaje de los jueces (y respetando los errores tipográficos del original): “la medida cuya revisión se propone en los agravios conlleva a una innovación en la invocada relación real con respecto al inmueble que es susceptible de afectar los derechos del esta parte” [sic].

En consecuencia, consideraron que el examen de la cuestión debía ser riguroso y que una medida semejante *sólo debe admitirse cuando existe una fuerte presunción de que el derecho invocado por el demandante existe.* (La reiteración en el uso del verbo “existir” no es nuestra sino de la sentencia). Ello porque un desalojo tiene “graves consecuencias”.

La Cámara decidió, entonces, que “no se encontraban reunidos los recaudos que justificaban la admisión de la entrega anticipada” de la casa, por lo que revocó la sentencia que había autorizado el desalojo anticipado.

En definitiva, lo hizo *haciendo más estricto* el estándar referido a la verosimilitud del derecho.

Hay otro aspecto interesante en este fallo. Entre los requisitos de las medidas

¹ In re “H. c. F.” CNCiv (I), 2017; *elDial.com* AAA002, 11 julio 2017

cautelares, además de la verosimilitud mencionada, está el peligro en la demora —lo que exige celeridad en el dictado de una medida semejante— y, también, la exigencia de que quien la pide constituya una garantía para el caso de que se dañe al afectado.

En este caso Horacio había otorgado una garantía, pero los jueces entendieron que ese requisito “no reemplazaba a aquél otro de la verosimilitud del derecho ni justificaba, por sí solo” la medida pedida por Horacio. Dicho de otro modo, los requisitos de las medidas cautelares *son acumulativos*, y cumplir con uno de ellos no exime de cumplir con los restantes.

En el caso, Horacio había cumplido con el requisito de la garantía, pero no había satisfecho el de demostrar que su derecho era sólido, *porque los argumentos de Fernando fueron más sólidos aun*.

Es un caso interesante, cuya base teórica quizás pueda encontrarse en otras circunstancias, que son las siguientes: el artículo del Código Procesal que permite desalojar rápidamente una casa mediante una inmediata medida cautelar fue incorporado en tiempos en los que “intrusar” una casa —perdón por el

barbarismo—, falsificando supuestos contratos de locación, se había convertido en algo bastante común. De allí que se dictara una norma bastante excepcional, pues, en los hechos, permite obtener por adelantado el objeto principal de la demanda (esto es, el desalojo).

Una demanda de desalojo común llevaba tantos años y a veces los alquileres eran tan altos que convertirse en un intruso era buen negocio: hasta que el juez ordenaba el desalojo podían transcurrir muchos meses, si no años.

En el caso, el hecho de que hubiera habido una ocupación previa de más de treinta y cinco años por parte de Fernando debe haber impactado en el ánimo de los jueces: no parecía existir en el caso el elemento de aprovechamiento propio de los que se ha dado en llamar “okupas”.

Además, la existencia de un testamento (aunque luego fuera anulado) a favor de Fernando parece haber dado cierta consistencia a sus argumentos.

Se trata de una buena sentencia (a pesar de sus errores de redacción) pues revela un estudio detallado de todos los aspectos de la cuestión.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**