

TRIBUNAL COLEGIADO DE JUICIO ORAL DE ROSARIO, 2ª NOMINACION

PRESCRIPCION. Cómputo. Daños y perjuicios. COSA JUZGADA. Cuestiones conexas. DESALOJO. Sentencia. Naturaleza. RESPONSABILIDAD CIVIL. Cesión indebida de la locación. OBLIGACIONES SOLIDARIAS. Cuasidelitos.

1. - La prescripción de la acción civil por daños y perjuicios emergentes de la ocupación ilegítima de un inmueble comienza a correr desde que quedó firme la sentencia de desalojo que estableció el carácter ilegítimo de dicha ocupación. (En disidencia, el Dr. Yusem, que sostiene que la prescripción comienza a correr desde el momento de la ocupación, por lo que estarían prescriptas las indemnizaciones mensuales que no correspondieran al lapso comprendido entre el año anterior a la promoción de la demanda de daños y perjuicios y la oportunidad en que se hizo efectiva la desocupación del inmueble).

2. - La sentencia de desalojo es declarativa, en cuanto contiene un reconocimiento del derecho del actor.

3. - La sentencia dictada en el juicio de desalojo hace cosa juzgada en cuanto declara la ilicitud de la transferencia de la locación, en el juicio seguido entre las mismas partes por daños y perjuicios emergentes de esa ocupación.

4. - Demostrada la ilegitimidad de la cesión de la locación de un inmueble queda demostrada la culpabilidad de los cesionarios si obraron con discernimiento, intención y libertad.

5. - Corresponde acordar en concepto de indemnización por la ocupación ilegítima de un inmueble, las sumas que hubieren correspondido al actor en concepto de precio de la locación durante el lapso que estuvo desposeído.

6. - La disposición del art. 1081 Código Civil que establece la solidaridad en materia de responsabilidad nacida de delitos, es aplicable a los cuasidelitos.

Aizenbud y Epstein, S. R. L. c. Pampaluna de Ribone y otros

1ª instancia (firme). — Rosario, 15 de setiembre de 1966. — El Dr. Jaime W. Belfer, en representación de "Aizenbud y Epstein S. R. L.", promueve demanda contra Da. Elida Pampaluna de Ribone, Da. Magdalena Cimino Vda. de Ribone y D. José Pampaluna, tendiente al cobro de la suma de \$ 290.000 o la que en más o en menos estime el Tribunal al dictar sentencia.

Expresa que su conferente cedió en locación al Sr. José Pampaluna el departamento "A" de la finca de calle San Luis N° 1547 de esta ciudad en el mes de marzo de 1947.

Agrega que en el año 1950 el Sr. Pampaluna abandonó dicho departamento, mudándose a la casa de calle Iriondo N° 1357, quedando en aquél su hija, la codemandada Elida Pampaluna de Ribone.

Añade que dicha señora, mudóse en abril de 1961 a la casa de calle Moreno N° 16 de esta ciudad, propiedad de su esposo y de su madre política, la codemandada Cimino de Ribone, quien quedó habitando el departamento de calle San Luis.

Sostiene que su parte accionó por desalojo contra los nombrados, obteniendo sentencia de Excmo. Cámara de Paz Letrada, de fecha 24/9/63, por la cual se declaró ilegítima la cesión hecha por José Pampaluna a su hija.

Afirma, a continuación, que su parte se ha hecho acreedora a la indemnización estipulada por el art. 8 de la ley 15.775, por haber sido ilegítima la ocupación del departamento de calle San Luis por parte de las Sras. Pampaluna de Ribone y Cimino de Ribone, a título de supuestas beneficiarias de las leyes de prórroga, desde 1950 a la fecha.

Por último, sostiene que dicha ilegítima ocupación impidió a sus conferentes de él el usufructo del inmueble, y que ello deriva en daños y perjuicios. Estima los mismos en la renta que podría devengar dicho departamento: \$ 10.000 mensuales, como precio promedio, contados desde mayo de 1961 a setiembre de 1963, los que, incluidos, totalizan la suma reclamada.

Luego de hacer reserva de derecho para ampliar el monto de esta demanda por los meses corridos desde el año 1950 hasta el mes de abril de 1961, funda su pretensión en lo dispuesto por los arts. 8° de la ley 15.775; 1109 y concordantes del Cód. Civil, dejando

aclarado que demanda el total reclamado a los tres accionados, por ser deudores solidarios.

A fs. 7 comparecen los demandados por medio de apoderado quien plantea excepción de incompetencia respecto de D. José Pampaluna, la que, previa sustanciación, obtiene resolución favorable, continuándose las actuaciones sólo con los otros codemandados.

Estos, en el responde, admiten que la primera de las cesiones mencionadas se efectuó en 1950 y sostienen que es de aplicación al caso el art. 4023 del Cód. Civil —según el cual prescriben por diez años las acciones personales— en razón de incoarse esta demanda trece años después de haberse celebrado la transferencia.

También sostienen la prescripción de esta acción, si se considera que los hechos en que se funda constituyen hechos licitos, desde que, en tal caso, sería de aplicación la prescripción anual del art. 4037 del Cód. Civil, remarcando que la cesión que la Cámara de Paz Letrada consideró ilegítima, fue la celebrada entre D. José Pampaluna y su hija Elida, y que la condena sólo se hizo extensiva a la Sra. Cimino de Ribone por vía de consecuencia, aplicando al caso el art. 3270 del Cód. Civil.

Añaden —sobre el tema— que la autoridad de cosa juzgada adquirida por la sentencia de la Cámara de Paz no puede constituir en ilícita la "tenencia" de Elida Pampaluna y luego de la Sra. Cimino de Ribone, ya que aquélla sólo declara procedente el desalojo, por lo que a ello debe limitarse su alcance. Agregan, además, que si bien son los mismos sujetos intervinientes en este proceso y el tramitado por desalojo, no lo son sus objetos y sus causas, razón por la cual sostienen que no existe cosa juzgada.

Niegan, a continuación, que haya habido en la cesión alegada, dolo, negligencia, etc. y agregan que en el caso de autos no cabe hablar de responsabilidad objetiva.

Por último, niegan que sea aplicable el derecho invocado por la actora para sustentar su pretensión —citan el art. 3° del Cód. Civil y 18 de la Constitución Nacional— y niegan la valuación de la posible renta del departamento, que no tiene en cuenta los pagos recibidos durante el curso de

su ocupación por los demandados.

Designada la audiencia para Vista de la causa, se celebra en la fecha señalada en el curso de la cual las partes manifiestan no tener objeción alguna que hacer al procedimiento seguido en autos. Con el posterior alegato de las partes, quedan estos obrados en estado de dictar sentencia.

Y Considerando: I. Habiendo opuesto las demandadas en su responde la defensa de prescripción de la acción instaurada en este proceso, corresponde estudiarla en primer término, ya que, de ser viable tal pretensión, resultaría enervada la demanda por lo que, consecuentemente, sería ocioso efectuar el estudio del fondo de aquélla.

II. La prescripción liberatoria, a tenor de lo dispuesto en los arts. 3949; 3955 y 4017 del Cód. Civil comienza a correr desde la fecha en que se produce el acto jurídico o los hechos que sirven de nacimiento a la obligación. Tal, es el principio general que inspira la materia.

Ahora bien: descartada la participación en autos de D. José Pampaluna, con quien el actor se encuentra ligado por un vínculo contractual, cabe aclarar que la prescripción aplicable a los codemandados, es la anual del art. 4037 del C. Civil, y no la decenal que consagra el art. 4023 del Código citado, ya que la vinculación jurídica existente entre aquéllos y el accionante, es evidentemente extracontractual, según se infiere de la simple lectura de los escritos de demanda y contestación.

De esta prescripción, en lo que toca al comienzo de su término, nada dice el Código, por lo que el intérprete, debe atenderse a los principios generales antes citados, o sea, debe comenzar a correr desde que el derecho creditorio exista, o, lo que es igual, desde que tal derecho sea exigible (Colmo, "De las obligaciones en general", B. A. 1920, p. 634, N° 919).

Y en el caso sub-examine, tal derecho es exigible desde el momento que se declara en sede jurisdiccional y con fuerza de cosa juzgada, la ilicitud de la cesión de la locación operada entre D. José Pampaluna y su hija Elida, ya que, con anterioridad a tal declaración, le era absolutamente imposible el actor presentar esta demanda resarcitoria a base de un pretendido hecho ilícito.

Abundando el tema y a fin de presentar con mayor claridad lo precedentemente expuesto, es bueno recordar que así lo ha sostenido, desde antiguo, una constante —aunque en al-

gunas oportunidades contradictoria— jurisprudencia y una buena e informada parte de la doctrina (v. L. L. 4-695; 9-284; 30-395 y 62-283; J. A. 71-941 y 76-591).

Claro es que esta jurisprudencia y doctrina —de moderna concepción y contra la cual ya se anticipara a reaccionar Colmo (crítica en op. cit., p. 639, N° 1017), sosteniendo su ilegalidad (id. p. 638, N° 1016)— se fundamenta en definitiva, en una más acabada interpretación del art. 3980 del C. Civil. En efecto: no obstante haberse aplicado el mismo sólo en aquellos casos "en los que existieron dificultades o imposibilidades de carácter material, fundados en razones de carácter general y no puramente individual (por ej.: inundaciones, gueras, revoluciones, cuarentenas, clausura de Tribunales, etc.)" (v. Salvat, "Tratados", "Obligaciones en general", B. A. 1956, 6ª ed. t. 3º p. 470, N° 219, con citas a J. A. 4-265; 7-21 y 35-1443), "parece más justificado dispensar una imposibilidad legal que una imposibilidad de hecho" (id., parte actualizada por Enrique V. Galli, p. 472, N° 219 C.) de donde resulta que existen numerosos casos jurisprudenciales que "incluyen supuestos resueltos favorablemente, de imposibilidad jurídica", tales como los obrantes en J. A. 1945-III-786; 1946-II-719; III-786; V-24; VI-28 y 1952-II-242; L. L. 43-506; 14-475; 32-23; etc.

Además, conviene remarcar que la doctrina interpretativa que sustenta el Tribunal, es avalada por las opiniones de Salvat, op. cit. p. 626, 4º t., N° 263; Colombo, "Culpa aquiliana", p. 938/39; Machado, 11-38; en nota y por los casos contenidos en La Ley, 23-435; 43-742; 57-745 y 83-683, entre otros.

Por todo ello, es que se considera —volsiendo al punto de partida— que la actora ha debido necesariamente demandar el desalojo a que hace referencia en su escrito final, a fin de que el órgano jurisdiccional competente en sentencia declarativa, establezcan la ilicitud del obrar de los demandados (y, consecuente con ello, en sentencia de condena, ordena el desalojo de la finca locada). En este supuesto, se reitera, la prescripción no corre desde el día en el que se realizó la acción anti-jurídica sino desde aquél en el que el interesado se encontraba en condiciones de reclamar daños y perjuicios; esto es, desde que se estableció la ilicitud del acto, que origina estos obrados (además, de las citas supra-señaladas, ver similares en La Ley, 62-283; G. F. 124-201; J. A. 1943-II-783; 1944-III-382; 71-941 y 76-591; ver también

Planiol, Ripert y Esmein, en "Obligations", vols. VI y VII del "Traité pratique de droit civil français", de Planiol y Ripert, París, 1930, T. 7, N° 543; Lalou, H., "Traité pratique de la responsabilité civile", 4ª ed., París, 1949, N° 136 y ss. citados por Orgaz, en "El daño resarcible", B. A., 1952, p. 47, nota 19).

Consecuentemente con lo expresado, por no haber transcurrido el término para que se opere la prescripción de esta acción, ya que la sentencia antes aludida, de la Cám. de Paz Let., se dictó en fecha 24/9/63 (según constancia de fs. 87/91 de los autos N° 838/61, del Juzgado de Paz Letrado N° 2, Secr. Chiesa, que se tienen a la vista) y la presente demanda se incoó en fecha 8/10/63 (v. cargo N° 4312 de fs. 2v.), la defensa en estudio debe ser rechazada, lo que así se deja desde ya expresamente resuelto.

III. Entrando ya al estudio del fondo del asunto, a fin de establecer un ordenamiento metódicamente correcto para la consideración del litigio, se estima que debe analizarse primeramente el elemento puramente objetivo de la punibilidad: la existencia de un daño cierto (art. 1067, C. Civil) ya que el problema de la responsabilidad civil se plantea sólo cuando hay daño causado. En presencia de éste, habrá de estudiarse si fue causado ilícitamente (art. 1066 C. Civil) y si el mismo resulta imputable a los demandados.

IV. El daño, —entendido siempre como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales (Orgaz, op. cit., p. 38/39)— alegado en la demanda, se circunscribe a la imposibilidad del actor de usar y gozar de la cosa objeto del contrato de locación celebrado con Pampaluna, mientras aquélla fuera detentada por las hoy demandadas.

La existencia de tal daño no ha sido materia de negativa expresa y categórica en el responde, por lo que se encuentra fuera del tema litigioso (art. 142, 2ª, Cód. Proc. Civ.), siendo importante hacer notar que no ofrece dudas por circunscribirse lo reclamado sólo al lucro cesante, ya que se considera que las ganancias frustradas debían lograrse por la víctima con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido el hasta ahora pretendido acto ilícito, atendiendo la magnitud y notoriedad del problema creado en torno a la escasez de viviendas (cf. Orgaz, "El daño resarcible", p. 96 C).

V. En forma previa a la consideración de la ilegitimidad del obrar de los demandados, se hace necesario indagar los alcances de la autoridad de cosa

juzgada que tomara la sentencia dictada por la Cám. de Paz en el juicio por desalojo antes referido.

a) La doctrina tradicional exige, para la existencia de cosa juzgada, la mediación de las tres identidades clásicas: sujeto, objeto y causa.

Estos elementos, que determina el C. Civil Francés en su art. 1351, el viejo C. Civil Italiano, —inspirado en aquél— y el C. Civil Español, no los exige nuestra legislación (de donde resultan aplicables las leyes preexistentes a nuestra independencia, cfr. Jofré, Tomás, "Manual de Procedimiento", 5ª ed. anotada por H. Halperin B. A., 1943, T. 4º, p. 175 y nota p), donde cita las pertinentes leyes de Partidas), aunque el codificador "se refiere a ellos en la nota a los arts. 1102 y 1103 del C. Civil, lo que permite suponer —por lo menos en la materia en que los trata— que no los consideraba innecesarios" (cfr. Ponz, Manuel, en "Cosa juzgada", Enciclopedia Juríd. Omeba, IV, p. 975, últ. párr. 2ª col.; Colombo, Carlos, "Cód. de Proced. Civ. y Com. Anotado y Comentado" B. A., 1955, T. 1º p. 645).

Por ello, puede decirse que "ese silencio del legislador argentino deja al arbitrio judicial el examen de cada caso particular tendiente a establecer si la controversia es o no idéntica a la anterior, si la contradice y si es susceptible de coexistir con ella" (Cfr. "Ponz, Manuel, op. cit. p. 976, 1er. párr. 1ª col. y nota 24 con citas jurisprudenciales).

Sobre el punto, Alsina —quien fundó doctrinariamente el amplio desarrollo de la teoría de las tres identidades, en su "Tratado...", 2ª ed., B. A. 1961, T. IV, p. 134 y ss., al decir de Colombo, op. y loc. cit.— sostiene que "la circunstancia de que nuestro codificador se abstuviera de formular un precepto semejante al art. 1351 del C. Civil Francés, no significa que prescindiese de la doctrina, sino que quiso facultar a los jueces a que, con sujeción a ese principio, puedan examinar libremente, si la cosa es o no idéntica a la ya sustanciada y establecer en consecuencia, si hay posibilidad de contradecir la decisión anterior o si ambas sentencias son susceptibles de coexistencia, porque no se desconoce o disminuye un derecho reconocido implícita o implícitamente en la primera sentencia, para lo cual debe examinarse, no sólo los fundamentos de la decisión, sino los términos en que quedó trabada la litis, que integran de esa manera la parte dispositiva", (op. cit. 168, nota 122, con abundantes ci-

tas jurisprudenciales; similarmen-
te, Jofré, Pío S. "Código de Proc. Civ. y
Cim. de la Peía. de Bs. As., comentado
y concord.", B. A. 1961, p. 68, art. 109,
nota 2, últ. parte, con varias citas
jurisprudenciales).

Esta referencia a la posibilidad de
coexistencia o de contradicción de dos
sentencias, sugiere el problema que
nace cuando la cosa juzgada debe de-
sempeñar la función que institucional-
mente le corresponde, aún sin la con-
currencia de las tres identidades, por
ej. cuando se promovieren varios ju-
icios en los que se debaten cuestiones
conexas, de modo que la sentencia que
haya de dictarse en un proceso, pueda
producir en otro cosa juzgada, de don-
de deviene la existencia de ésta, aún
cuando no confiuyan las tres identida-
des (Cf. Colombo, op. cit., p. 646, N° 3
y art. 141 del C. P. C. respecto de la
litis pendencia, institución similar, en
sus elementos, a la cosa juzgada).

Y tal es el caso —necesariamente—
en que el legislador autoriza "al juz-
gador, previo examen integral de las
dos contiendas, a determinar si la
conexidad, continencia, accesoriedad o
subsidiariedad, imponen que la juris-
dicción no sea inducida a contradic-
ción" (id.).

b) Ahora bien: este tema se encuen-
tra íntimamente vinculado con el an-
tiguó, controvertido y aún no resuelto
problema relativo a si la autoridad de
la cosa juzgada reside en la parte dis-
positiva de la sentencia o si se extien-
de a los fundamentos de la misma.

Las dos posiciones doctrinarias sobre
el punto, en realidad no plantean la
cuestión en términos tan absolutos, ya
que los tratadistas que se ocupan del
asunto están contestes, en definitiva,
en que:

A) Si la parte dispositiva de la sen-
tencia tiene todos los elementos para
establecer los límites subjetivos y ob-
jetivos de la cosa juzgada, no será ne-
cesario recurrir a los fundamentos.

B) Si la parte dispositiva carece de
algún elemento (caso típico de la sen-
tencia impuesta por la costumbre del
foro local, donde se concreta a "hacer
lugar a la demanda y condenar a la de-
mandada a abonar a la actora la su-
ma reclamada" o "condenar a fulano
a que desaloje tal finca dentro del tal
término") habrá que recurrir necesari-
amente a los motivos para identificar
la acción (Alsina, op. cit. p. 169/70).

Es bueno hacer notar que esta úl-
tima es la solución impuesta por una
casi unánime corriente moderna; y
así, se puede advertir que la fun-
damentación del fallo hace cosa juz-

gada —porque forma parte integra-
mente del mismo— para Jofre, op.
cit., p. 168, tercer párrafo y sig con
abundantes citas a Savigni, autor del
planteo, Imaz, Esteban, "Límites pro-
cesales de la cosa juzgada", en La
Ley, 75-876; Ponz, op. cit., p. 976, N°
IX, con citas a: J. A. 70-830; 1942-
IV-715; L. L. 50-335; G. F. 192-261; L.
L. 51-847; J. A. 1943-II-451; G. F. 80-
184; Fernández, Raymundo, "Cód. de
Proc. Civil comentado", Bs. As. 1955,
T. I, p. 178, nota 52; Serantes Peña y
Claveil Borrás, "Cód. Proc. Civil y Com.
comet. y concord.", 2a. ed. B. A., 1965,
p. art. 95, nota c); Reimundin, Ricar-
do, "Derecho Procesal Civil", Bs. As.,
1957, T. II, p. 73; Couture, Eduardo,
"Fundamentos del derecho proc. Civ.",
3ª ed., Bs. As., 1958, p. 428, N° 279,
donde se inclina por la tesis contraria,
pero aceptando utilizar los fundamen-
tos como elementos interpretativos, op.
cit. p. 428, Jofré, Pío, op. y loc. cit.,
donde adopta igual tesis que Couture,
con la salvedad de que los motivos de
la sentencia hacen cosa juzgada cuan-
do constituyen un supuesto indispen-
sable y la verdadera razón del pronun-
ciamiento; Chioyenda, G. "Principios
de derecho procesal Civil", trad., espa-
ñola de la 3ª ed. Italiana de J. Casals
y Santaló, Madrid, 1925, T. II, p. 424/
25; también Sup. Corte de Justicia, en
"Fallos", T. III, p. 339, J. A., 5-21;
44-540; 34-1219 y especialmente L. L.
18-437.

Claro está que no todas las motiva-
ciones de la sentencia harán, junto
con la parte dispositiva, cosa juzgada,
sino tan sólo aquellas que se refieran,
evaluando, calificando, interpretando o
decidiendo, a hechos que "constituyen
el supuesto indispensable y la verda-
dera razón del pronunciamiento" (Jo-
fré, Pío, id.; J. A. 1943-I-328; C. A. Ros.
en pleno, 28-11-47 en La Ley, 50-539;
JURIS. 2-42; 3-7; 7-317 y 5-402). Por
ello, no pueden ser discutidas nueva-
mente sin atentar a la integridad de
la situación de las partes fijada por
el juez con relación al bien de la vida
discutido. (Chioyenda, "Instituciones
de Derecho Proc. Civil", Madrid, 1954,
T. I, p. 439). En otras palabras, la cosa
juzgada, se mantiene sobre toda la
sentencia, dentro de los límites de la
demanda sobre la cual el juez se pronun-
cia "principaliter" y no "incidenter
tantum" (Chioyenda, op. cit. p. 460).

c) Por otra parte, es sabido que la
sentencia condenatoria de desalojo, es
declarativa en cuanto contiene un re-
conocimiento del derecho del actor. So-
bre el punto enseña Alsina que "el
derecho que en un mometno determi-

nado se presentaba incierto, adquiere certidumbre mediante la sentencia; y la norma abstracta se convierte así en prescripción concreta. Pero la acción de condena requiere un hecho contrario al derecho, y por eso la sentencia condenatoria tiene una doble función: no sólo declara el derecho, sino que también deja abierta la vía para obtener el cumplimiento de una prestación" (op. cit. T. I, p. 354).

d) De todo lo precedentemente expuesto, es obvio concluir que si en el juicio por desalojo tramitado entre las mismas partes que intervienen en este proceso se declaró el derecho del actor fundado en la ilicitud de una cesión de la locación (recuérdese que no toda transferencia es ilegítima y nótese que tal ilicitud es el fundamento de la sentencia estimatoria de ambas instancias, ver sentencia de fs. 63/67 v. de los autos agregados como prueba, en especial los párrafos de fs. 65 v. y 2º de fs. 67 y Acuerdo de fs. 87/91 en especial el párrafo 3º de fs. 88, 2º de fs. 89 y 3º de fs. 89 v.), tal calificación de ilicitud hace cosa juzgada en la presente causa pues no resultaría posible la coexistencia de aquella sentencia y de otra que pudiera afirmar la licitud de la mencionada cesión. Ambas serían contradictorias y atentarían contra el orden y la seguridad jurídica.

VI. A base de lo expuesto, se admite la licitud del obrar de los demandados, en los términos prescriptos por el art. 1066 del C. Civil, considerándose que no resulta posible analizar la prueba documental —recibos a nombre de E. Pampaluna— presentada por la demandada, ya que ha precluido el derecho probatorio del oferente en razón de que pudo —y debió— haberlo ofrecido válidamente en el proceso por desalojo (Cf. Ponz, op. cit., p. 973).

VII. Resta ahora determinar la imputabilidad subjetiva de las demandadas, ya que ninguna duda presenta en autos la imputabilidad objetiva —(relación de causalidad)— de las mismas en la producción del daño antes determinado.

Respecto de aquéllas, cabe consignar que conforme lo determinan los arts. 20 y 923 del Cód. Civil, aparece nitidamente la culpabilidad de las demandadas, toda vez que las mismas se convirtieron, por propia voluntad, en cesionarias de una locación que no permitía cesión alguna y contra disposiciones expresas de las leyes vigentes en oportunidad de efectuarse ambas transferencias (sobre el punto, ver las sentencias dictadas en el juicio por

desalojo antes mencionado).

A mayor abundamiento, bueno es agregar que, habiéndose efectuado ambas cesiones con discernimiento, intención y libertad —(no se alegó lo contrario) y no existiendo defensa fundada en algunos de los supuestos del art. 939 y sig. del Cód. Civil, obvio es concluir que ambas demandadas obraron con negligencia en el caso, y se pone ello de manifiesto, en la simple circunstancia de haber gozado ambas de la tenencia de un inmueble, sin título alguno sobre el mismo y haber omitido celebrar las diligencias necesarias tendientes a legalizar la ocupación.

VIII. Determinado con lo hasta aquí expuesto el derecho al resarcimiento que posee la actora, resta apreciar el monto de la reparación pecuniaria a fin de establecer cuantitativamente el patrimonio de la actora en sus valores menoscabados.

Por ello, y en razón de haber solicitado el actor únicamente el precio que habría obtenido por la locación de la finca ilícitamente ocupada, parece justo y equitativo tomar como base las cifras establecidas en el correcto y analítico peritaje —no cuestionado— que obra a fs. 44/47 de autos.

En el mismo se establecen tres cifras diferentes, relacionadas al alquiler que se hubiera podido obtener por la locación del departamento antes referido.

Así, dice el perito que, desde mayo de 1961 a diciembre del mismo año, la renta es estimable en \$ 6.600, (lo que hace un total de \$ 52.800); desde enero de 1962 a diciembre del mismo año \$ 7.200 mensuales (lo que suma en total \$ 86.400); y desde enero de 1963 a setiembre del mismo año, \$ 7.800 mensuales (que representa un total de \$ 70.200).

La simple adición de las cifras totales referidas, arroja un monto de \$ 209.400, por cuyo importe se acepta la demanda instaurada.

IX. Los intereses correspondientes a la suma adeudada, correrán a partir del vencimiento de cada período mensual de los supra-mencionados por el importe establecido para cada uno de ellos, y al tipo de tasa que abona el Banco de la Nación Argentina, debiéndose tener en cuenta al confeccionar la pertinente planilla, las variaciones habidas por el mismo.

X. Las costas del proceso, serán soportadas por la parte demandada, atento a lo dispuesto en el art. 251 del Cód. Proc. Civ.

XI. Resta considerar, si la obliga-

ción emergente de esta sentencia es o no solidaria, ya que la circunstancia de haber sido solicitada en la demanda y no negada en el responde, no determina por sí sola —como lo sostiene el actor en su alegato— la aplicación de un principio legal.

Por el contrario, en razón de empeorar en nuestro ordenamiento jurídico el principio "iura novit curia" puede el Tribunal aplicar de oficio la norma jurídica correspondiente con prescindencia de lo que las partes puedan sostener al respecto (Sentis Melendo, S., "El juez y el derecho", B. A., 1957, p. 32).

Y bien: sobre el tema se considera que atento a lo dispuesto en el art. 701 del C. Civil, es suficiente "declaración expresa de la ley" la que efectúa en el art. 1081, aplicable a los cuasidelitos, en virtud de la remisión efectuada al mismo por el art. 1109 del C. Civil, sin que se pueda objetar tal conclusión, con la notación del codificador al art. 1121 del C. Civil, ya que, en caso de existir contradicción o incongruencia entre el texto de la ley y las notas a la misma, el intérprete debe inclinarse sin hesitación por aquél, ya que en él se encuentra la norma legal, pues las notas tienen un alcance simplemente doctrinario e ilustrativo, importante, sin duda alguna, pero carente de la obligatoriedad que adorna el texto de la ley (Cf. voto del Dr. Puiggari, fallo plenario de la Cám. de Paz, 29-5-56) in re "San Miguel c. Ortiz y otros", en L. L., 83-236; concordantemente, ver doctrina de la S. C. J. N. en J. A. 37-17, reiterada en "Fallos", 83-126; también J. A., 43-109).

Por supuesto que tal interpretación no importa la "no aplicación de la ley" o el desconocimiento expreso de la misma (Cammarota, A. "Responsabilidad extracontractual", Bs. As., (Depalma 1947, p. 261) sino que por el contrario, representa la única y auténtica interpretación legal dentro de nuestro ordenamiento civil (cf. arg. y doctr. de Aguilar, H. "Responsabilidad Civil en la doctrina y el C. Civil", Bs. As., 1936, T. II, p. 652 y "Solidaridad en las obligaciones delictuales y cuasidelictuales", en Rev. Crítica de Jurisprudencia, año 1933, p. 275; Díaz, Guillermo, "¿Son solidariamente responsables de la indemnización, los autores de un cuasidelito?" (en J. A., 55-942).

Por todo lo expuesto, atento a lo dispuesto en las normas legales antes citadas, se resuelve hacer lugar a la demanda. En consecuencia, se condena a Da. Elida Pampaluna de Ribone y a Da. Magdalena Cimino Vda. de Ribone,

a abonar a la actora, dentro del término de diez días, la suma de \$ 209.400, con más sus intereses, determinados en la forma establecida en el considerando IX de esta resolución, y las costas del proceso. — A. Alvarado Velloso. — J. B. Olivella de Rossi. — Jaime Yusem (en disidencia).

Disidencia del Dr. Jaime Yusem. — Disiento parcialmente con el voto de mis colegas preopinantes, entendiéndolo que debe limitarse la indemnización mensual acordada al lapso comprendido entre el año anterior a la promoción de la presente demanda y la oportunidad que se hizo efectiva la desocupación del inmueble, acogiéndose parcialmente la defensa de prescripción opuesta por la demandada. Así mismo del importe deben deducirse los alquileres percibidos, de acuerdo a la copia agregada por la actora a fs. 14.

Tratándose del ejercicio de la acción de resarcimiento emergente de un hecho ilícito, en principio la prescripción corre desde la comisión del mismo; salvo los casos que el damnificado por no haber tenido intervención personal no tuviera conocimiento, que el daño se produzca con posterioridad al hecho que lo origina, o en los supuestos de actos cuya ilicitud debe surgir de pronunciamientos judiciales. (Confr. Salvat R.; Obligaciones, tomo III, Nos. 2250/2263).

En su "sub lite" no se da ninguno de los supuestos precedentemente enunciados, que legitimarian prescindir del principio general. El daño se ha producido simultáneamente con la ocupación indebida, de ésta tuvo conocimiento la actora a fines del mes de abril de 1961 a cuya fecha remite el comienzo de la acción resarcitoria, y la ilicitud de la cesión no deviene de la sentencia dictada en el juicio de desalojo que es declarativa y no constitutiva de derechos.

Con referencia al último supuesto, sobre el que en definitiva se centra la discrepancia, reiteradamente se ha sostenido que ni la notificación de la demanda de desalojo, ni la sentencia dictada en ese juicio tuvieron por efecto crear sino declarar la ilicitud de un acto que "preexistía" a todas esas actuaciones judiciales, por lo que la obligación de reparar el perjuicio nace conjunta y simultáneamente con el comienzo de la ocupación ilegítima. (La Ley, t. III-541; t. 103-15, Rep. XXIV, p. 388 N° 66). En otros términos, el acto ilícito se produce en la oportunidad de la cesión prohibida y no por el desalojo que en él se funda, teniendo su origen la acción resarcitoria prevista en el art. 8° de la ley 15.775 en aquélla circunstancia y no en su consecuencia que

es el desahucio por ocupación indebida.

II. No es aplicable asimismo el principio del adagio "non valentem agere, non currit prescriptio" —cuya aplicación literal desnaturaliza la institución de la prescripción—, de interpretación restrictiva, reemplazado por la fórmula "actio nata" que limita el comienzo de la prescripción exclusivamente a quien no tiene derecho para instar (Confr. Giorgi Jorge, *Teoría de las Obligaciones*, t. VIII, p. 364/367).

En efecto, no existió ningún impedimento legal para que la actora dedujera simultáneamente el desalojo y la acción resarcitoria. En conocimiento del hecho ilícito gozaba de dos derechos: exigir la restitución del inmueble desocupado y obtener la indemnización correspondiente. (Confr. *Cám. Nac. Civ. Sala A; Boletín La Ley del 24-8-965*, fallo N° 54.123). Ambos fundados en la misma circunstancia, ya que si bien la sentencia de desalojo afirma la existencia de una cesión indebida, lo sienta como presupuesto de la condena de restitución, que en su caso constituiría igualmente el fundamento de la condena de resarcimiento.

No enerva la conclusión precedente el argumento de la posibilidad de resoluciones contradictorias, ni el de la incertidumbre del accionante respecto a la legitimidad de su crédito.

Con referencia al primer reparo debe señalarse que la actora pudo promover la correspondiente demanda de resarcimiento al sólo efecto de interrumpir la prescripción y supeditar su actitud definitiva al resultado del juicio de desalojo, modalidad ésta por otra parte generalizada cuando el hecho generador de la responsabilidad civil motiva la instrucción de proceso criminal. Máxime cuando debió advertir que es principio admitido que el término de la prescripción no comienza a correr, únicamente cuando la acción no puede ejercitarse ni aún por vía de demanda subordinada.

En cuanto a la incertidumbre del derecho del locador, antes de dictarse la sentencia de desalojo, idéntica duda se plantea al inquilino —como presumiblemente en el caso de autos pudo suceder, estimando como integrante del grupo familiar estar amparado en el régimen de emergencia y en tal caso no se advierte el tratamiento diferencial. Lo equitativo en esta hipótesis sería acordar la indemnización a partir de la fecha que existiera sentencia firme y ejecutoriada de desalojo. (Confr. fallo citado N° 54.123).

III. Asimismo debe observarse, que no obstante su aparente analogía, no son aplicables al caso sub examen, los antecedentes jurisprudenciales y doctri-

narios referentes a embargos indebidos y falencias solicitadas sin derecho. Estas hipótesis se refieren al ejercicio de un derecho propio, amparado en la presunción de legitimidad que establece el art. 1071 del Cód. Civil, en tanto no sea calificado judicialmente como abusivo, malicioso o al menos ejercicio sin derecho.

El mismo Salvat (obr. cit., p. 628, N° 2293 a), luego de referirse a las excepciones al principio general establecido en materia de prescripción por actos ilícitos, "aclara que las circunstancias especiales de cada caso, aconsejarán la solución que proteja el derecho del acreedor, cuando no abandone la defensa de su derecho respete la función que cumple la prescripción" y ejemplificando al pensamiento en nota 496, a) cita que la acción de daños y perjuicios derivados del matrimonio celebrado con un bigamo, prescribe al año del día del conocimiento del impedimento por el cónyuge putativo y no de la declaración de nulidad del matrimonio.

III. Esta interpretación restrictiva sobre las excepciones al principio general de que la acción de resarcimiento nace con el conocimiento que el lesionado tiene del hecho ilícito, se encuentra plenamente justificada en el caso de autos. De las copias de demanda de desalojo y sentencia, glosados a fs. 26/36, surge que la cesión indebida se produjo a principios del año 1952, por lo que su ilegitimidad se declara por imperio de las disposiciones pertinentes de la ley 13.581 vigente a esa época. Es decir, a los efectos de la acción resarcitoria deducida en este juicio debe estarse a la calificación de ilícito de un hecho producido a más de diez años de deducida esta demanda, sin contar que el actor hace reserva de su derecho de reclamar desde esa fecha y como pudo válidamente efectuarlo en la tesis que la prescripción comienza a correr desde la declaración de ilicitud del acto y peticionó inmediatamente de tener conocimiento.

Tal interpretación desnaturaliza el fundamento de la prescripción breve en las acciones emergentes de actos ilícitos, porque como lo expresara la Corte Suprema de Justicia (L. L. 46-341), postergar el comienzo de la prescripción, vale en cierto casos tanto en efecto, como la imprescriptibilidad de la acción, incompatible con el principio del art. 4019 del Cód. Civil, debiendo correr el término desde la producción del hecho ilícito. (Confr. Colombo, Leonardo A., *Culpa Aquiliana*, 3ª edic., t. II, p. 83 y citas de H. Aguilar).

IV. Por tanto y coincidiendo en lo demás con el voto de los colegas preopinantes, debe hacerse lugar a la de-

manda por la suma de \$ 89.800 correspondientes al período transcurrido desde el 11 de octubre de 1962 a setiembre inclusive de 1963 previa de-

ducción de los alquileres abonados en dicho lapso, con más sus intereses que se liquidarán en la forma establecida. Así lo voto. — **Jaime Yusem.**
