NEUQUEN, 11 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"PARODI ALEJANDRO RODOLFO C/ PETROCODE S.R.L. S/ DESALOJO POR FINALIZACION DE CONTRATO LOCACION"**, (**JNQCI2 EXP** Nº **515001/2016**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- La parte actora y la Provincia del Neuquén interpusieron recursos de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 304/305 vta., que rechaza el planteo de nulidad formulado por la Fiscalía de Estado, a la vez que condiciona la ejecución de la sentencia dictada en autos a las resultas del proceso que tramita en autos “Parodi Alejandro Rodolfo c/ Provincia del Neuquén s/ Urbanismo”, expte. nº 10.290/2017, del registro del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2.

a) La actora se agravia por el condicionamiento impuesto a la ejecución de la sentencia de autos.

Dice que la propia sentenciante de primera instancia es quién reconoce que la sentencia de desalojo se encuentra firme y consentida, por lo que no corresponde que ahora la supedite a condicionamiento de ningún tipo. Agrega que la sentencia fue apelada por la demandada, y la Cámara de Apelaciones la confirmó.

Sigue diciendo que la resolución administrativa que dispuso la caducidad o rescisión de la concesión a favor del actor, debe ser discutida en el fuero procesal administrativo, pero ella continúa vigente, ya que el acto administrativo que así lo dispuso no está firme ni consentido,

en tanto el actor lo ha recurrido en sede administrativa y judicial, por lo que sigue siendo beneficiario de la concesión sobre el predio objeto de desalojo.

Destaca la contradicción del fallo, toda vez que en los Considerandos se reconoce que la demandada no tiene derecho a mantenerse en el predio, pero por otro lado lo habilita para que continúe en la ocupación, impidiendo el desahucio, ya que supedita el mismo a la resolución de la causa contencioso administrativa.

Señala que el fallo recurrido indica que el hecho que el actor no sea propietario no es requisito a los fines de acreditar su legitimación activa.

Plantea el caso federal.

b) La Provincia del Neuquén se agravia para el supuesto que la Cámara de Apelaciones haga lugar al recurso de la parte actora, por cuanto no se hizo lugar a la nulidad peticionada por la Fiscalía de Estado.

Dice que la a quo consideró que no se daba el supuesto del art. 1 de la ley 1.575, pese a reconocer que: a) el inmueble objeto de la demanda deducida en autos es de titularidad fiscal de la Provincia del Neuquén; b) la Provincia del Neuquén le otorgó al actor una concesión de uso precario, sujeta al cumplimiento de ciertos deberes; c) por disposición nº 002/2017, de fecha 5 de enero de 2017, dictada por la Directora Provincial de Industria y Comercio, y confirmada por el Gobernador de la Provincia mediante decreto nº 1.548, se declaró la caducidad de la reserva o permiso de uso, y se ordenó al actor la restitución del inmueble bajo apercibimiento de accionar por desalojo, por haber permitido la ocupación por un tercero.

Reseña los argumentos dados por la jueza de grado.

Dice que la relación jurídica en razón de la cual el actor ejerció la ocupación del inmueble objeto de este juicio fue una concesión de uso de un inmueble del dominio público fiscal. Agrega que una de las características de este vínculo atípico es que resulta intuitu personae, por cuanto tiene en miras las cualidades o características no sólo técnicas, sino también personales del concesionario, relacionadas con el emprendimiento industrial que la autoridad administrativa ha decidido apoyar mediante dicha concesión.

Destaca el fin público de la concesión, que es el desarrollo de una industria como fuente generadora de trabajo y riqueza, y no la de otorgar al concesionario el privilegio de lucrar con la cesión del uso.

Continúa la recurrente argumentando en torno a las características del vínculo habido entre el actor y la Provincia del Neuquén.

Señala lo que califica como yerro de la jueza de grado, cuando acepta que el derecho de uso que se le había otorgado al actor le daba facultades para dar en comodato el inmueble, pues es evidente que no las tenía y, por lo tanto, el contrato es nulo.

También califica como yerro de la jueza de grado afirmar que el comodato es un acto entre particulares, cuando se trata de un acto inexistente o nulo por violación de una prohibición expresa, nulidad que es absoluta.

Refiere a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la contratación administrativa.

Reconoce que su parte puede iniciar las acciones para recuperar el bien, pero ello no quita que el actor no tenía derecho a promover esta acción de desalojo, con citas de las normas que otorgan razón a su postura.

c) A fs. 322/323 la Provincia del Neuquén contesta el traslado del memorial de la actora.

Sostiene que pese a la firmeza de la sentencia de autos, existe una nueva situación jurídica en razón de la cual el actor perdió el derecho para acceder al predio objeto de estas actuaciones, en virtud de los actos administrativos dictados, los que están sujetos a discusión judicial.

Insiste con que el actor pretende ejercer un derecho que ya no se encuentra vigente, siendo entonces inobjetable la decisión de la jueza de primera instancia de supeditar la ejecución de la sentencia de desalojo, a las resultas del juicio procesal administrativo.

d) La parte actora contesta el traslado del memorial de la Provincia del Neuquén a fs. 325/326.

Explica que su parte continuó ocupando el predio, avanzando con las obras comprometidas, siendo fuente laboral de varias personas, aunque sólo prestó de manera desinteresada parte del lugar a la demandada, obteniendo de parte de ésta un abuso de confianza.

Destaca que el contrato de comodato era sin fines de lucro.

Insiste sobre la falta de firmeza de la disposición nº 002/2017.

Entiende que la de autos no es una cuestión de derecho público.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, las respuestas a los agravios de la actora se encuentran en la sentencia dictada por esta Sala II, y que obra a fs. 260/264 de estas actuaciones.

Es que ya en aquella oportunidad, la demandada planteó la conexidad entre el comodato celebrado entre las

partes de autos, y la concesión otorgada por el gobierno de la Provincia del Neuquén al actor, conforme es señalado por la resolución apelada.

Sin embargo, la resolución de Alzada determinó que lo central para la procedencia del juicio de desalojo es la obligación asumida por el demandado, frente a la parte actora, de restituir el inmueble ante el solo requerimiento del accionante; por lo que, formulado este último, la accionada no tiene título que justifique la retención que hace del predio sito en Parque Industrial, procediendo, entonces, su desocupación compulsiva.

Ya en oportunidad de dictar la sentencia de segunda instancia se conoció de la caducidad de la concesión dada a favor del actor, resuelta por la autoridad administrativa, pero también se señaló que ello es una cuestión ajena al desalojo, que debía ser debatida en la instancia correspondiente, que es lo que hoy se está haciendo en el fuero procesal administrativo.

En estos términos asiste razón a la parte actora respecto a que no corresponde subordinar la ejecución de la sentencia de autos –firme-, al resultado del juicio contencioso administrativo.

La devolución del inmueble dado en comodato a la parte actora, en virtud de la sentencia de autos, no influye ni altera la caducidad de la concesión determinada por la Provincia del Neuquén, ni menos aún puede incidir sobre el proceso contencioso administrativo.

Tampoco entiendo que la sentencia que se dicte en este último pueda gravitar sobre el resultado del desalojo, ya que lo que aquí se ordena es que el actual ocupante del predio (el demandado) lo restituya a quién se lo cedió en comodato (el actor). Luego si el actor debe o no restituir el inmueble

a la autoridad concedente, como consecuencia de la caducidad de la concesión, es una cuestión totalmente ajena al presente juicio.

Es preciso poner de manifiesto que, en principio y de acuerdo con las constancias obrantes en estas actuaciones, el acto administrativo que determina la caducidad de la concesión a favor del actor goza de ejecutividad y ejecutoriedad (art. 55, ley 1.284), por lo que la Provincia del Neuquén tiene a su alcance los medios necesarios para proceder a la ejecución de dicho acto administrativo, sin que la interposición de recursos y reclamaciones administrativas influya sobre esa ejecución (art. 58, ley 1.284).

Tampoco influye sobre la ejecución del acto administrativo la interposición de demanda judicial, excepto que la suspensión de la ejecución sea solicitada expresamente por el accionante, y resuelta favorablemente por el juez de la causa.

Luego, sin necesidad de impedir la ejecución de la sentencia de desalojo de autos, puede la Provincia del Neuquén obtener la devolución del inmueble concedido al actor.

No encuentro que exista ningún hecho nuevo que modifique la situación jurídica existente al momento del dictado de la sentencia de fs. 260/264, como si lo hubo –aunque no es exactamente el mismo supuesto de autos- en la causa “Muñoz c/ Atie” (expte. n° 515.941/2016, sentencia de fecha 23/8/2018). Se dijo en esa oportunidad: *“Reiteradamente he sostenido que el juicio de desalojo tiene como objeto la desocupación de un bien inmueble a favor de quién alegue un derecho sobre él, contra quien lo retenga, quedando fuera del proceso toda otra discusión ajena a la desocupación del inmueble (cfr. “González Oñate c/ Delgado”, expte. n° 477.245/2013, 18/3/2014, entre otros).*

"En virtud de este concepto y en supuestos como el presente, en que el bien inmueble objeto de la acción es una vivienda social, adjudicada por el órgano estatal encargado de la política habitacional provincial a un beneficiario, hemos hecho abstracción de la situación que el locador adjudicatario tenía ante el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo, entendiendo que tal circunstancia era una cuestión ajena al procedo de desalojo. Ello, no obstante la prohibición que tienen los adjudicatarios de entregar en locación la vivienda asignada, entre otras limitaciones (cfr. autos "Soto c/ Mayor", expte. n° 399.964/2009, 20/10/2011).-

"Desde esta perspectiva la desadjudicación de la vivienda determinada por el I.P.V.U. respecto del actor no influye en su legitimación activa para requerir el desalojo, en tanto no se encuentra controvertida la existencia del contrato de locación entre las partes.-

"La nota distintiva en este supuesto se centra en la legitimación pasiva.-

"En efecto, para que proceda la demanda de desalojo, el demandado tiene que tener la obligación de restituir el inmueble, y surge de las constancias de la causa que tal obligación no es exigible respecto de la demandada.-

"Si bien la demandada ingresó a la vivienda como locataria, vencido el contrato de locación y en la actualidad, su ocupación del inmueble no lo es en la calidad en que inició aquella, sino que se ha producido una mutación en dicho título, ya que ahora lo hace como ocupante con permiso de uso otorgado por el I.P.V.U.-

"A fs. 144 del expediente administrativo n° 5841-010608/2014 obra acta de acuerdo de pago, mediante la cual el IPVU otorga el uso de la vivienda objeto de este juicio de desalojo a la demandada, contra el pago de una suma de dinero

mensual; acto que se corresponde con el certificado obrante a fs. 12 de estas actuaciones.-

"Si bien es cierto que con posterioridad el organismo estatal rechazó la pretensión de la demandada de adquisición del inmueble, resolución que ha sido recurrida por la interesada (al igual que ha recurrido el acto de desadjudicación el actor), tal como se postulara para la legitimación activa, estas decisiones son cuestiones ajenas a la litis.-

"Lo importante para la resolución de esta apelación es que la demandada no tiene obligación exigible de restituir el inmueble, en tanto cuenta con un permiso de uso otorgado por el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo de Neuquén –entidad que resulta ser la titular del dominio sobre el inmueble-. Lo que resulte cuando finalicen los trámites recursivos administrativos no influye en esta apelación, en tanto el permiso de uso se encuentra vigente".

En autos, a diferencia de lo ocurrido en el precedente citado, no existe título alguno que exima a la demandada de su obligación de devolver el inmueble al actor, por lo que encontrándose firme la sentencia que ordena el desalojo del predio, no encuentro inconveniente alguno para su ejecución.

De lo dicho se sigue que corresponde revocar la resolución recurrida en cuanto supedita la ejecución de la sentencia de autos a las resultas de la causa que tramita en expediente nº 10.290/2017 del registro del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de esta ciudad.

III.- Dado el resultado de la apelación de la parte actora, he de analizar la queja de la Provincia del Neuquén en lo que refiere a la denegatoria de su intervención en autos.

Tal como lo ha resuelto la jueza de primera instancia, no había obligación de citar al Fiscal de Estado en el presente juicio, en los términos de la ley 1.575, por lo que no existe nulidad procesal alguna.

Y, además, no encuentro que exista perjuicio para el peticionante de la nulidad –tampoco lo invoca concretamente-, por lo que no corresponde analizar un planteo nulificante basado en la nulidad por la nulidad misma.

El art. 1 de la ley 1.575 establece la necesidad de la citación al Fiscal de Estado cuando, entre otros supuestos, en el proceso judicial de que se trate se controvierta y/o afecten, directa o indirectamente, intereses de la Provincia.

En estas actuaciones no se afectan, y menos aún se controvierten, intereses de la Provincia del Neuquén.

No paso por alto que la Provincia del Neuquén es la titular del dominio sobre el predio objeto de desalojo, y a la vez, autoridad concedente de su uso, pero, tal como se desarrolló en el apartado anterior, ni el dominio sobre el inmueble ni la concesión otorgada al actor se encuentran comprometidos en el presente proceso.

Los derechos de la Provincia del Neuquén, tanto sobre el bien inmueble cuanto como autoridad concedente están preservados y no se afectan por el desalojo promovido y, luego ordenado.

Por ende, tratándose de una contienda judicial que afecta exclusivamente intereses de particulares, no correspondía la citación al Fiscal de Estado en los términos de la ley 1.575.

Sin perjuicio de ello, tampoco ha señalado el compareciente cuál es el perjuicio que le causa su no comparencia a juicio.

El Tribunal Superior de Justicia provincial se ha expedido respecto de las nulidades procesales en los siguientes términos: *"El tema de las nulidades forma parte de la teoría general del derecho y, por lo tanto, resulta aplicable a cada una de sus ramas con aristas propias.-*

"En particular, la nulidad procesal ha sido definida por MAURINO, como "el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido" (MAURINO, Alberto Luis; Nulidades procesales; Editorial Astrea; Buenos Aires; 2009; Pág. 19).-

"Y tiene por finalidad asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio. En tal sentido, Alsina dice: "donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad" (MAURINO, Alberto Luis, Ob. Cit.; Pág. 56).-

"Este tipo de nulidades tiene como misión esencial enmendar perjuicios efectivos que, surgidos al desviar las reglas del proceso, pueden afectar la garantía de defensa.-

"Para que así se declare, el acto procesal debe haberse realizado en trasgresión a las prescripciones legales sancionadas bajo pena de nulidad (principio de legalidad o especificidad) y no haber logrado cumplir la función a que estaba destinado (principio de finalidad incumplida).-

"Pero esa irregularidad debe ser de una gravedad y trascendencia tal, que amerite apartarse del carácter

restrictivo de interpretación que rige en materia de nulidades.-

"Es que el principio de trascendencia implica que la invalidez del acto solo puede ser declarada cuando haya un fin que trascienda la nulidad misma y su viabilidad dependerá de: a) la alegación del daño o perjuicio sufrido; b) la prueba del perjuicio y c) la acreditación del interés jurídico que se procura subsanar.

"A tales efectos, el nulidicente habrá de mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer y acreditar la existencia de un perjuicio cierto, concreto, real e irreparable. Es decir, deberá tratarse de un daño que no pueda subsanarse si no es con el acogimiento de la sanción; por lo que, resultará insuficiente una invocación genérica de principios o garantías afectados, o el uso de fórmulas imprecisas. Ello así, toda vez que las normas procesales sirven para asegurar la defensa en juicio y no para dilatar los procesos.-

"Además, el impugnante también habrá de individualizar y probar cuál es el interés jurídico que se pretende satisfacer con la invalidez" (Acuerdo n° 1/2013 del registro de la Secretaría Civil, dictado en autos "I.A.D.E.P. c/ Ind. Químicas Patagónicas S.A.").

Conforme el precedente citado, la petición de la Fiscalía de Estado no cumple con los recaudos señalados por el máximo tribunal de la Provincia en orden a la alegación del daño, su prueba y la acreditación del interés jurídico que se procura subsanar.

De lo dicho se sigue que he de propiciar la confirmación de la resolución de grado en cuanto rechaza el planteo nulificatorio de la Fiscalía de Estado.

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado y hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora.

Por ende, se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, dejándose sin efecto el último párrafo de la resolución de fs. 304/305 vta., en cuanto provee lo peticionado a fs. 277, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta las características y complejidad de la situación de autos, como así también los motivos que justifican el acogimiento del planteo recursivo de la parte actora, se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales que actuaron ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la resolución de fs.304/305 vta., dejando sin efecto el último párrafo, en cuanto provee lo peticionado a fs. 277, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales que actuaron ante la Alzada para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria