

Juzgado Civil y Comercial N° 7

MUNICIPALIDAD DE PARANA C/ NUÑEZ HUGO ALBERTO S/ DESALOJO (N° 19831)

Paraná, 19 de marzo de 2019.

VISTOS:

Estos autos "MUNICIPALIDAD DE PARANÁ c/NUÑEZ, Hugo Alberto s/DESALOJO" (N° 19831), puestos a despacho para dictar sentencia, y de los cuales

RESULTA QUE:

1) Por intermedio de abogados apoderados, la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ promovió juicio de desalojo contra el señor Hugo Alberto NUÑEZ y/o intrusos y/o tenedores precarios y/o cualquier ocupante del inmueble del inmueble que consiste en una fracción de Parque Urquiza, en la Costanera Baja, ubicada frente al Club Estudiantes (fojas 17/26).

Dio la siguiente versión de los hechos: el demandado, junto a otros comerciantes usaban el inmueble para sus emprendimientos en virtud de una relocalización temporal de los puestos ambulantes motorizados llamados carribares, llevada a cabo en 2012/2013. La relocalización temporal tendría lugar hasta que se licitaran los puestos fijos que se iban a crear en la Toma, Parque Nuevo y Parque Urquiza, entre otros espacios. La tenencia estaba sometida al

cumplimiento de todas las normativas municipales, con carácter condicional, razón por la cual el 18/11/2013, el demandado suscribió un compromiso de uso unilateral en el cual asumía el desarrollo de su actividad, sujeto a dichas condiciones. En el mencionado compromiso reconoció el carácter precario, provisorio y condicional del uso del espacio público, además de poder ser desalojado o relocalizado en cualquier momento e incluso el de no poder construir edificaciones o estructuras permanentes.

Argumentó que la relocalización de 2012/3 fue una gestión informal y temporal; no se dictó ningún acto administrativo, autorización, permiso o habilitación. La MUNICIPALIDAD toleró el uso en los hechos.

Desde entonces han sido reiterados los incumplimientos del demandado lo que motivó la imposición de diversas multas, entre ellas, la construcción de un local comercial de ladrillos. Relató cómo, después de una orden de la justicia de faltas municipal, NUÑEZ resistió el desalojo violentamente.

Destacó que el señor NUÑEZ no declaró la actividad comercial, *en ese lugar*.

Argumentó que, incluso si se reconociera al señor NUÑEZ como titular de algún derecho -lo que rechazaron los apoderados- estaríamos ante el supuesto de Permiso de Uso de un espacio del dominio público.

Destacó que el inmueble se encuentra dentro del

Parque Urquiza y es del dominio público municipal.

Acompañó documental, ofreció el resto de la prueba, efectuó reserva del caso federal y petitionó.

2) Diligenciado el respectivo mandamiento, la señora oficial de justicia constató que era ocupado por el demandado, la señora Tamara Marisol NUÑEZ y 16 personas más, que serían empleados y familiares (fojas 50).

3) Por intermedio de abogado apoderado, el señor Hugo Alberto NUÑEZ contestó la demanda y solicitó su rechazo (fojas 75/91).

Manifestó que la señora Tamara Marisol NUÑEZ explotaba el comercio.

Dijo que la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ tomó la decisión de relocalizar los carribares en el espacio ubicado frente al Balneario Municipal; realizó un parcelamiento, efectuó un reacondicionamiento del piso, instaló luminarias y a cada uno de los carribares les dio agua y luz, además de un desagüe donde podrán volcar los líquidos, excepto aceites y grasas.

Desde hace más de seis años funciona su explotación comercial en el lugar indicado por la comuna y en las condiciones por ella impuesta, por lo que resulta nula, arbitraria e ilegítima la decisión de pretender la liberación y desocupación del espacio público que

otrora legal y específicamente otorgó en uso.

Se hicieron trabajos edilicios para dejar el local en condiciones de higiene y salubridad y de comodidad de las instalaciones para los clientes locales y turistas.

No obstante estar cumplimentados todos y cada uno de los requisitos impuestos por la MUNICIPALIDAD es que les sorprendió la absurda, arbitraria e ilegítima resolución que dispuso clausurar y disponer la inmediata liberación y desocupación del espacio, que la misma comuna los emplazó y autorizó a funcionar.

Allá por el año 2012, la Presidenta Municipal tomó la decisión de emplazar los carribares que se encontraban en la zona de boliches a un único lugar donde actualmente se encuentra su unidad económica.

Mal puede la MUNICIPALIDAD alegar la ocupación indebida del espacio público cuando fue la propia comuna la que dispuso que allí se asentasen y les concedió la posesión.

Opuso excepción de falta de legitimación activa argumentando que la actora no acreditó ser la dueña con título de propiedad. La titularidad de dominio no es pública y notoria si consideramos que a 1 km. sobre la misma barranca tenemos un club privado que posee título de propiedad y, a escasos 100 metros el Bar Coronado, un barrio contiguo, el CAE y la Heladería Bahillo que se desconoce el carácter por el cual ocupa un espacio en la misma zona. Argumentó violación del derecho constitucional de igualdad ante la ley.

Alegó que Tamara Marisol NUÑEZ explota el negocio y tributa por esa actividad.

También argumentó que se viola el principio del juez natural, por cuanto el único autorizado para sancionar a su representado es un juez de faltas debidamente designado y no una autoridad interina.

Opuso excepción de falta de legitimación pasiva argumentando que la titular del carribar es Tamara Marisol NUÑEZ.

Excepción de falta de personería: porque quienes otorgaron el poder a los letrados de la actora han fallecido.

Excepción de falta de legitimación sustancial pasiva: porque la comuna le entregó la posesión del inmueble hasta tanto se decida reasignar los emprendimientos, pero nunca estuvo la misma sujeta al poder discrecional del gobierno de turno. Invocó haber efectuado construcciones y que la comuna le hizo tradición. Es inequívoca la voluntad de poseer hasta la reasignación.

Acompañó documental, ofreció el resto de la prueba y peticionó.

4) Por resolución de fecha 12/6/2018 dispuso la integración del litigio con Tamara Marisol NUÑEZ.

5) Tamara Marisol NUÑEZ contestó la demanda en escrito similar al reseñado precedentemente (fojas 99/115).

6) La MUNICIPALIDAD DE PARANÁ contestó las excepciones en escrito al que remito en mérito a la brevedad (fojas 117/22). Solicitó la aplicación de sanciones por temeridad, malicia o abuso procesal, planteo que los demandados contestaron (fojas 126/32).

7) En la audiencia preliminar del día 19/12/2018 establecí los hechos controvertidos y no controvertidos y dispuse que el expediente pase a despacho para sentencia (fojas 161).

Los autos quedaron en estado de dictar sentencia e ingresaron a despacho en fecha 20/12/2018, de conformidad con la constancia actuarial que luce a fojas 162 vuelta y,

CONSIDERANDO QUE:

1) EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONERÍA

Los tres abogados que invocaron representar a la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ adjuntaron copias de sendos poderes. Uno de ellos, el conferido al abogado Guido Rubén ZUFIAURRE (fojas 4/5) fue otorgado por el entonces Presidente Municipal, señor Humberto Cayetano VARISCO, cuyo fallecimiento es público y notorio. En otro de ellos, el conferido al abogado Walter ROLANDELLI, intervino -asistiendo al Presidente Municipal, Mercedes LESCANO, cuyo fallecimiento también es público.

Los demandados interpusieron la excepción argumentando que el poder se extingue por el fallecimiento del

poderdante.

Es cierto que, como regla, la muerte del representado extingue el poder (Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, Ccycn, artículo 380, inciso b), Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, en adelante, Cpccer, artículo 50, inciso 5).

Ahora bien, el señor Humberto Cayetano VARISCO intervino como representante orgánico de la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ (fojas 4). Fue *otorgante* del poder pero no fue parte sustancial del acto notarial; no fue el poderdante. En ese acto representó a la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ; no lo hizo en nombre propio. Y en este expediente, el abogado ZUFIAURRE representa a la MUNICIPALIDAD no al señor Humberto Cayetano VARISCO.

La representada o poderdante, MUNICIPALIDAD DE PARANÁ no ha fallecido. Por lo tanto, el poder sigue vigente.

Idénticas consideraciones merece el poder conferido al abogado ROLANDELLI, en el cual la doctora LESCANO *asistió* al Presidente Municipal. Con mayor razón aún, ese poder también sigue vigente.

Por todo ello, corresponde el rechazo de la excepción de falta de personería.

2) HECHOS NO CONTROVERTIDOS

No está controvertido que el señor Hugo Alberto NUÑEZ explotaba uno de los puestos móviles motorizados, conocidos como *carribares* dedicados a las comidas rápidas que estaban ubicados en el Puerto Nuevo de la ciudad de Paraná, que ha tenido el nombre de fantasía "Al Paso".

Durante 2012 y 2013, la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ relocalizó el carribar del señor NUÑEZ (y todos los que se encontraban en el puerto), en la fracción de terreno del Parque Urquiza, que se encuentra al lado de los baños, frente al Balneario Municipal y al Club Estudiantes, en la Costanera Baja de Paraná.

La MUNICIPALIDAD DE PARANÁ, instaló luminarias y a cada uno de los carribares le dio agua y energía eléctrica, además de un desagüe. La MUNICIPALIDAD DE PARANÁ impuso condiciones para el uso del inmueble. El señor Hugo NUÑEZ construyó un local.

En la actualidad, la señora Tamara Marisol NUÑEZ explota el giro comercial y es contribuyente municipal y de AFIP. Ambos demandados ocupan el inmueble.

En 2017, la justicia de faltas municipal dispuso la clausura del local, impuso multa al señor NUÑEZ y le ordenó que desocupe el inmueble; los demandados no desocuparon el inmueble y, al día de la fecha, el comercio sigue funcionando allí.

3) EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN

ACTIVA

La ocupación de los demandados que se cuestiona se ubica en una *fracción de terreno del Parque Urquiza*. Ello no está controvertido. Así se hizo constar expresamente en el acta de la audiencia preliminar, sin cuestionamiento (fojas 161). Por esa razón es un bien del dominio público (Ccyn, artículo 235, inciso f). La ordenanza municipal N° 5323 incluye esa zona como parte del Parque Urquiza(<https://digesto.parana.gob.ar/index.php/tomos/tomo-iv/paisaje-urbano/parque-urquiza-nuevo-parque/item/192-2-1-ordenanza-n-5323>) lo que, por otra parte, es público y notorio. Incluso el demandado NUÑEZ expresamente reconoció que el espacio es público (fojas 79 vuelta, párrafo 2º).

Además, cabe acotar que los bienes del dominio público no se inscriben en el Registro de la Propiedad (Ley Nacional N° 17.801, artículo 10).

Entonces, el Parque Urquiza es un espacio del dominio público de la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ. La actora es la dueña del inmueble cuyo desalojo pretende y ello es motivo suficiente para el rechazo de la excepción.

Las razones de mérito en virtud de las cuales la actora permite que otros sujetos también ocupen el Parque exceden ampliamente el marco de este expediente. Los demandados no probaron que algunos de ellos sean dueños de los terrenos que ocupan

y otros, según expresaron los propios demandados, serían comodatarios. Tampoco hay prueba pero, de ser cierto, eso sería un elemento adicional respecto de la circunstancia de que la dueña del Parque es la MUNICIPALIDAD.

La actora no probó que el señor Hugo Alberto NUÑEZ haya firmado el compromiso unilateral invocado. Pero no está controvertido que fue la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ quien relocalizó el carribar del señor NUÑEZ, quien instaló luminarias y a cada uno de los carribares les dio agua y energía eléctrica, además de un desagüe. Y lo más importante, fue la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ quien impuso las condiciones para el uso del inmueble.

El señor Hugo NUÑEZ no se fue espontáneamente del puerto y puedo razonablemente presumir que en 2012 hubiera preferido allí quedarse. La MUNICIPALIDAD le impuso salir, pero no lo forzó a instalarse donde ahora está. Le *permitió* hacerlo (con ciertas restricciones) pero no lo forzó (el señor NUÑEZ podría no haberse instalado).

Entre la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ y el señor Hugo Alberto NUÑEZ hubo un acuerdo de voluntades, un contrato de difícil calificación. En mi criterio, se asemeja a un permiso de uso de bien del dominio público. Contrariamente a lo afirmado por la actora, el permiso de uso no siempre es precario (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, v. 2, págs. 892/4). Pero atento a que en este caso, no se ha seguido procedimiento

administrativo alguno para la preparación y adjudicación del contrato y ni siquiera se celebró por escrito, considero que el permiso fue precario. Es decir, que el Estado podía revocarlo en cualquier momento y sin derecho a indemnización.

Además, no está controvertido que el señor NUÑEZ construyó un local en el Parque Urquiza. Ver, además, las fotografías que obran en el Expte. administrativo Nº 11646/2017 que obra por cuerda (fojas, 4 y 5). Ello está prohibido (ver la ordenanza nº 5323, artículo 3) y esa prohibición necesariamente formó parte del contrato. La MUNICIPALIDAD lo intimó a que se abstenga de realizar construcciones (ver Expte. Nº 11646/2017, fojas 23 y 31) y el señor NUÑEZ no cumplió la intimación. Por lo tanto, la extinción del contrato estuvo más que justificada por el manifiesto incumplimiento del señor NUÑEZ a una prohibición esencial.

Los cuestionamientos del demandado respecto de la actuación de la señora *jueza* de faltas municipal son claramente inadmisibles en este expediente, por varias razones: a) porque la resolución de la justicia de faltas de desocupación no era un presupuesto de admisibilidad ni de procedencia de este juicio civil de desalojo y b) porque la mal llamada justicia de faltas forma parte del Poder Ejecutivo y, por lo tanto, no rige respecto de ella la garantía del juez natural.

4) EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN

PASIVA. OTRO TITULAR DEL GIRO COMERCIAL

También corresponde el rechazo de esta excepción.

Es cierto que actualmente el carribar es explotado por la codemandada Tamara Marisol NUÑEZ. Pero también lo es que el señor Hugo Alberto NUÑEZ reconoció expresamente que la unidad económica es suya (fojas 80, párrafo 2º).

Y, más importante, ambos codemandados son ocupantes (no está controvertido) y ello los legitima pasivamente (Cpccer, artículo 663). La razón por la cual fueron demandados es porque ocupan el terreno y no porque exploten un negocio.

5) EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN SUSTANCIAL PASIVA

Con este título, los demandados calificaron a su defensa de posesión. Ambos invocaron ser *poseedores*.

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 (Ccycn, artículo 1909).

Ninguno de los demandados expresó cuál sería ese derecho real, pero del uso de la expresión *animus domine* (sic) puedo inferir que se trata del derecho de dominio. En otras palabras, los demandados invocaron estar actuando como si fuesen

dueños del terreno. Pues mal podrían haberse comportado como dueños porque los bienes del dominio público son inenajenables e imprescriptibles (Ccycn, artículo 237).

A mayor abundamiento, no está controvertido que fue la MUNICIPALIDAD quien impuso las condiciones de ocupación. Los mismos demandados invocaron que la MUNICIPALIDAD debía asignarles otro lugar, reconociendo así expresamente el dominio de la actora. Carece de todo sentido la expresión usada por los demandados: *animus domine condicionado hasta la relocalización* (fojas 88, párrafo 2º). No cabe duda de que Hugo Alberto y Tamara Marisol NUÑEZ tienen un poder de hecho sobre la cosa, tienen una relación de poder sobre ella, pero se comportan como representantes de su poseedor (la MUNICIPALIDAD). Por lo tanto, no son poseedores; son *tenedores* de ella (Ccycn, artículo 1910).

El uso privativo o exclusivo de una cosa que pertenece al dominio público implica, en la práctica, un caso típico de tenencia absoluta, subespecie de tenencia. La tenencia es absoluta cuando tiene por objeto cosas que pertenecen al dominio público, las que como es sabido no son susceptibles de posesión. Por el contrario, es relativa la tenencia cuando tiene por objeto cosas que no pertenecen al dominio público y que sí pueden ser objeto de la posesión.

La tenencia absoluta puede, además, ser clasificada en legítima e ilegítima. En este caso, la tenencia de los demandados NUÑEZ nació como legítima, porque les fue concedido el

permiso de uso, pero se transformó en ilegítima cuando ese derecho de uso se extinguió y no restituyeron el inmueble (BOQUÉ, Roberto, Las relaciones reales administrativas en la obra colectiva *Dominio Público: naturaleza y régimen de los bienes públicos*/coordinado por Gabriel de Reina Tartiere, 1ª ed., Buenos Aires, Heliasta 2009, págs. 285 y siguientes).

Ninguna incidencia en el carácter de la relación de poder podría tener el invocado pago de tasas porque (además de lo ya expresado) tales tributos gravarían una actividad y no el inmueble.

6) CONCLUSIÓN

Ambos demandados son tenedores ilegítimos del inmueble en virtud de un contrato esencialmente precario y, además, revocado por la actora cocontratante. Tamara Marisol NUÑEZ y Hugo Alberto NUÑEZ tienen el deber exigible de restituirlo a la MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE PARANÁ (Ccycn, artículo 1080 y 1940, inciso c).

Por ello, el desalojo es procedente (Cpccer, artículo 663).

7) COSTAS

Las impongo a la parte demandada, de conformidad con el principio general de la derrota (Cpccer, artículo 65, párrafo 1º) del cual no encuentro mérito para apartarme.

8) HONORARIOS

La ley de aranceles de abogados y procuradores de Entre Ríos (Nº 7046) regula la fijación de estipendios profesionales, en los juicios de desalojo civiles, en el art. 45.

No es posible aplicar la norma del art. 45 inc.

a) de la ley 7046, puesto que no ha existido, entre las partes, contrato de locación. Tampoco corresponde aplicar el inciso b) de dicho artículo, debido a que, por ser un bien del dominio público, el inmueble no posee avalúo fiscal.

Por ello, considero razonable fijar los honorarios a partir de las pautas del art. 3 de la ley 7046, en cien juristas (para la parte vencedora).

Aplico, además, los arts. 14, 26, 59, 60, 63, ss. y cs. de la ley 7046.

9) CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

La actora pidió la aplicación de sanciones a los demandados sobre la base del artículo 42 del Cpccer.

Considero que los demandados, con una mínima pauta de razonabilidad, no podían ignorar que:

a) un poder no se extingue aunque fallezca el otorgante si no fallece o se disuelve también el poderdante,

b) nada tiene que ver la garantía del juez

natural con las vicisitudes de la designación de una funcionaria municipal y, mucho menos aún, con el conflicto entre otro funcionario y la Administración Pública y

c) que los bienes del dominio público no pueden ser poseídos por los particulares

También creo que fue claramente dilatorio el ofrecimiento de catorce testigos para demostrar ningún hecho controvertido.

Por todo ello, califico a la conducta de Hugo Alberto NUÑEZ y de Tamara Marisol NUÑEZ como maliciosa y les impongo a cada uno de ellos una multa de diez mil seiscientos pesos (\$10.600,00) equivalente veinte juristas (Cpccer, artículo 42).

Efectúo un severo llamado de atención al abogado Gabriel Conrado MEIER y le advierto que, en lo sucesivo, deberá abstenerse de incurrir en ese tipo de conductas.

Atento a todo lo expuesto y las normas de los artículos 31, 160, ss. y cs. del Cpccer

FALLO:

1) Rechazando las excepciones interpuestas por los accionados y haciendo lugar a la demanda de desalojo interpuesta por la MUNICIPALIDAD DE PARANÁ contra Hugo Alberto NUÑEZ y contra Tamara Marisol NUÑEZ. Consecuentemente, condenando a los

demandados a desocupar el inmueble ubicado en la fracción de terreno del Parque Urquiza, que se encuentra al lado de los baños, frente al Balneario Municipal y al Club Atlético Estudiantes, en la Costanera Baja de la ciudad de Paraná, en el plazo de diez días, entregándolo libre de todo ocupante y ocupación, con apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.

2) Imponiendo las costas a los demandados.

3) Declarando maliciosa la conducta de Hugo Alberto NUÑEZ y de Tamara Marisol NUÑEZ e imponiendo a los demandados una multa de diez mil seiscientos pesos (\$10.600,00). Advirtiéndolo al abogado Gabriel Conrado MEIER que deberá abstenerse de incurrir en ese tipo de conductas.

4) Regulando los honorarios profesionales de los abogados Francisco Alberto AVERO, Guido Rubén ZUFIAURRE, Walter ROLANDELLI, Esteban Leonel RODRIGUEZ, Adrian Claudio CORNAGLIA y Gabriel Conrado MEIER en las respectivas sumas de pesos TRECE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA (\$13.250,00); TRES MIL (\$3.000,00) y TREINTA y CUATRO MIL CIEN (\$34.100,00).

5) Devolviendo los autos "NUÑEZ, Hugo Alberto c/MUNICIPALIDAD DE PARANÁ s/ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 172 A) a su organismo de origen.

6) Devolviendo a la actora los expedientes administrativos

apiolados, en el plazo de cinco días de encontrarse firme la sentencia, con apercibimiento de expurgo.

7) Ordenando la recaratulación del expediente ("Y OTRA").

Regístrese. Notifíquese de conformidad con los arts. 1 y 4 del Acuerdo Gral. 15/18.

MARTIN LUIS FURMAN
JUEZ

En virtud de que se han regulado honorarios a abogados y/o procuradores, a fin de cumplir con lo dispuesto por la ley 7046, se transcriben los artículos:

Art. 28: NOTIFICACIÓN DE TODA REGULACIÓN.

Toda regulación de honorarios deberá notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deberá hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deberá ser suscripta por el Secretario del Juzgado o Tribunal con transcripción de este Artículo y del art. 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art.114".-

Art. 114: PAGO DE HONORARIOS.

Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado con aplicación del índice, previsto en el art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente su instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicios los índices que se aplicarán de oficio por los Sres Jueces y Tribunales.

Se recaratuló. Conste. Secretaría, 19 de marzo de 2019.

NOELIA TELAGORRI
SECRETARIA