----En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E., S. B. c/ O., C. y/o quien resulte ocupante s/ desalojo”** (Expte. N° 245 - año 2010) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 155 .----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 134) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 126/130 vta.), por el cual se hace lugar en todas sus partes a la demanda de desalojo entablada por el Sr. S. B. E. en su contra, condenándola a que, en el plazo que se fija, conjuntamente con las personas y cosas que de ella dependan y por ella puestas, desaloje el inmueble sito en calle M. R. Nº *** del Barrio M. de Trelew, bajo apercibimiento de desahucio y costas.----------

----------El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 145/152.----------Ordenado su traslado a la parte actora (fs. 153), ésta no lo evacúa.----------I.- Previo reseñar los antecedentes de la causa concreta las críticas que dirige en contra del pronunciamiento expresando que la Sra. Juez a quo incurre en confusiones y contradicciones en el desarrollo de su argumentación. Señala que al comienzo de los considerandos pareciera ubicarse en una posición jurídicamente correcta para el caso al consignar el ámbito de actuación del proceso de desalojo, aunque –dice- incurre inmediatamente después en los vicios y errores indicados evidenciando un razonamiento erróneo e inconexo. Transcribe parcialmente algunas de las consideraciones efectuadas por la sentenciante donde expone que la pretensión de desalojo no procede cuando el ocupante alega su calidad de poseedor y acredite la verosimilitud de su alegación. En tal dirección, continúa, al plantear el interrogante si su parte logró demostrar la seriedad de su planteo, consistente en que ocupa el fundo a título de poseedora y con ánimo de dueña, y no como comodataria tal como lo alegara el actor, la juzgadora –asegura- desnaturaliza el régimen legal en materia de posesión, del proceso de desalojo y la vinculación entre ambos. Reseña la valoración de la prueba realizada por la Sra. Juez a quo, en tanto que indica que la única prueba aportada en relación a la posesión denunciada por su parte es el testimonio de cinco personas que afirman que habita el inmueble desde hace 25 o 30 años, ejerciendo actos a título de dueña, tales como la construcción de la casa o la plantación de árboles, indicando que, si bien todas estas personas fueron contundentes al afirmar la antigüedad de su posesión, ésta es la única prueba que se aportó al expediente toda vez que la restante, adhesión a servicios de la C. E. (fs. 40)

recibos de pago de servicios (fs. 41/44) datan de fechas próximas que van desde el año 2003 hasta el 2008. Postula que de tal manera incurre la Sra. Juez a quo en una insalvable contradicción que le resta validez al fallo. Expresa que por un lado expone sobre la contundencia de los testimonios sobre la posesión y su antigüedad, y posteriormente requiere recibos de pago de impuestos, contratos, etc., lo que constituye un sinsentido, teniendo en consideración que el pago de impuestos no es considerado un acto posesorio y que quien posee un inmueble y habita en él, de ordinario no celebra ningún contrato salvo que lo venda o lo alquile pudiendo pasar décadas sin que esto suceda de acuerdo a las circunstancias del caso. Refiere a la posesión efectuando citas legales y doctrinales atinentes al tema, a todo lo cual remito por razones de brevedad. Asevera que su parte construyó con su difunto esposo, su vivienda en el terreno, lo cercó, plantó y ocupó durante tres décadas, por lo que cuenta con una presunción legal de posesión que comprende el “corpus” y el “animus”, como incuestionable derivación del art. 2384 del Código Civil que citara. Sostiene que no resulta entendible que se exija, además, la prueba del “ánimus domini” ya que tal ánimo o intención surge de la propia naturaleza posesoria, de los actos ejecutados respecto del inmueble por su parte. Indica que la juzgadora plantea que debió adjuntar comprobantes documentales sobre la construcción de la casa, pagar impuestos, contratar o haber intentado por algún modo regularizar su situación mediante la correspondiente acción de prescripción adquisitiva, afirmaciones que –expresa- francamente no resisten el menor análisis. Indica que la construcción de la casa por ella y su esposo está acreditada mediante la declaración de los Sres. O. (fs. 81/82) y C. (fs. 83/84), personas que son calificadas –pondera- por tener mayor antigüedad en el lugar donde habitan y no fueron cuestionados ni controvertidos en modo alguno. Respecto a la exigencia de iniciar el juicio de usucapión o de reunir la totalidad de los requisitos para ello, como por ejemplo el pago de impuestos, indica que claramente de haberse iniciado con anterioridad el desalojo no hubiera sido posible, pero ninguna de las exigencias planteadas por el tribunal de grado tienen fundamento en norma procesal o de fondo alguna, ni emergen de principios procesales o práctica jurisprudencial. Insiste que para enervar el desalojo se requiere la verosimilitud, o “visos de seriedad”, o acreditar “en grado de probabilidad”, la posesión invocada en el responde; y no una completa y exhaustiva prueba de los extremos necesarios para acceder a la usucapión conforme los antecedentes de éste Tribunal de alzada que cita y a los que igualmente remito. Reitera que tal exigencia ha sido satisfecha en el caso. Refiere a la falta de inicio de la acción de usucapión cuestionando que le pareciera irrelevante la carencia de recursos para hacerlo, puesto que ello denota –expresa- un notorio desconocimiento de la realidad social y económica de un amplio sector de nuestra comunidad, histórico y actual, dentro del cual se encuentra su parte. En relación a que solo acompañó recibos de un servicio (C. –fs. 40/44-) y que ni siquiera comprenden el período en el que dice haber ocupado el inmueble como si fuera la dueña, no alcanza a comprender la razón del significado

negativo que le atribuye a este elemento probatorio cuando su incorporación lo es a título coadyuvante de los restantes elementos acreditantes de la posesión que invocara y no de la fecha de inicio de esta última, la que sí surge de los testimonios rendidos. Explica que es por la carencia de recursos que vivió muchos años careciendo de ese servicio básico y en la actualidad tampoco tiene gas natural, por eso no se acompaña recibos de dicho servicio. Resume, que se puede apreciar un razonamiento contradictorio e incongruente, quien a pesar de iniciar sus considerandos en aparente correcta ubicación en torno al proceso de desalojo y los recaudos necesarios para resistirlo por quien resulta poseedor del inmueble demuestra de inmediato encontrarse enrolada en una postura extrema, alejada de la que resulta mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, planteando requisitos y exigencias extraños a los límites cognoscitivos de esta clase de proceso. Expresa que en la sentencia se efectúa una cita inadecuada de un párrafo de un fallo del S.T.J.Ch. sin encomillar y separar lo que constituye doctrina del Superior Tribunal y lo que resultó a su vez una cita de una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sin advertir que en el caso fallado no existió ningún medio probatorio de la posesión invocada al declararse la inadmisibilidad de declaraciones testimoniales y constataciones realizadas en acta notarial fuera del proceso y sin intervención de la parte contraria. Afirma que la doctrina del S.T.J.Ch. surge del párrafo final del voto del Dr. Roger cuando expresa como deber del poseedor “acreditar acabadamente la verosimilitud de la posesión” y en los párrafos décimo y último del voto del Dr. Pasutti, donde expresa “Si bien el presente incidente de desahucio no es el continente adecuado para la discusión de derechos reales o posesorios invocados, por lo que puede ser repelido por quien acredita con verosimilitud suficiente que es poseedor; no basta para ello la mera invocación de tal calidad, sino que debe acreditarse con la prueba adecuada, no siendo suficiente las simples manifestaciones unilaterales de la parte. Individualiza el fallo que reseñara en la porción respectiva en apoyo de su posición. Asevera que su parte actuó coherentemente con la correcta doctrina judicial mencionada que es la misma de esta Cámara de apelaciones conforme los antecedentes que citara, logrando probar mediante la declaración de testigos incuestionables e incluso con prueba documental, la realización de actos posesorios en el inmueble reclamado, en los términos del art. 2.384 del Código Civil, con una antigüedad del orden de los treinta (30) años. Estima que esa actividad probatoria otorga –cuanto menos- verosimilitud a su invocación, un grado de prueba “prima facie”, por citar –dice- términos empleados por la doctrina y jurisprudencia, de la seriedad de su planteo. Efectúa cita doctrinal en apoyo de su posición, a la cual remito. Repasa lo expuesto por el actor en su demanda, expresando que el mismo adujo que en el año 1994 entregó el inmueble reclamado en comodato a su parte, que el contrato se habría celebrado en forma verbal y que convino que podría reclamarlo en cualquier momento, circunstancias todas ellas negadas terminantemente en la contestación de la demanda puesto que ni conoce al Sr. E., al que –asevera- nunca vio como tampoco lo

vieron ninguno de sus vecinos a quienes se les consultó sobre el punto. Fuera de la prueba confesional ningún elemento ofreció el actor para acreditar tales afirmaciones, las que colisiona con los testimonios rendidos en autos que dan cuenta de que la posesión suya es muy anterior al año 1994. Señala que existe una imposibilidad material y lógica de que esto hubiere sido así, ya que si construyó la vivienda y la habitó desde hace treinta (30) años no se observa manera de que la vivienda le hubiere sido prestada por el actor en 1994, dos (2) años después que celebrara el contrato de compraventa del lote mediante la escritura pública acompañada al expediente que data del año 1992. Refiere que el único elemento en aparente apoyo del supuesto comodato relatado en demanda está constituido por la absolución de posiciones rendida por su parte y la anotación efectuada por el oficial notificador al diligenciarse la cédula de traslado de la demanda. Manifiesta a su respecto que no desconoce ni pretende ignorar la realidad respecto de la absolución de posiciones de la que da cuenta el acta de fs. 79, con las nefastas consecuencias disvaliosas para sus derechos que de ella se extrae en el fallo. Indica que las posiciones que se le leyeron son las que constan en el pliego, a las que respondió que sí conforme surge del acta, hasta la interrupción por parte de su letrado patrocinante quien expresó que “no responderá ninguna otra posición ya que por razones de edad y nivel socio cultural no entiende el significado de los términos que se le están expresando”. Destaca que la Sra. Juez a quo la tuvo por confesa también respecto de las posiciones no respondidas y sostuvo que lo manifestado por el letrado “ningún sentido tiene”. Alude a las posibles razones por las cuales, salvo honrosas excepciones, los jueces de primera instancia no concurren a las audiencias por lo que no conocen ni a las partes ni a los testigos, por lo que no tienen ni idea de la realidad que subyace detrás de un conjunto de escritos y documentos. Si la Sra. Juez de primera instancia –a cargo en aquel momento- hubiese estado presente en la audiencia de absolución de posiciones con seguridad hubiere dado la razón al abogado patrocinante en su apreciación. Reitera que por su edad (81) años, nivel socio cultural y –agrega- salud, no se encontraba en aquella oportunidad y en la actualidad, en condiciones de comprender el significado y las consecuencias de la audiencia y de los términos de las posiciones redactadas en sentido técnico incurriendo en evidente y manifiesto error al responder. Tales respuestas son totalmente contrarias tanto respecto a lo expuesto en la contestación de demanda como al resultado de la prueba testimonial rendida. Efectúa cita de antecedente jurisprudencial de la Corte Federal en el cual se expuso que la confesión no puede prevalecer contra lo que el propio actor postula y acredita en su demanda, desde que ese medio de prueba importa reconocer la verdad de lo que la contraparte aduce, y no ha de chocar con afirmaciones de esta ni con otros elementos de convicción, arribando a la conclusión de que sostener lo contrario importa arbitrariedad por aceptación dogmática de prueba irrelevante. Cita también un antecedente jurisprudencial de la S.C.B.A. en sentido similar, para solicitar que en ejercicio de las facultades que confiere el art. 36 del ordenamiento procesal, como

medida de mejor proveer, se la entreviste a su parte interrogándola ampliamente sobre sus circunstancias personales y los hechos controvertidos de la causa y en su domicilio, ya que ello permitirá apreciar con mayor claridad lo que se viene exponiendo. Y, si se considera necesario y procedente, con la asistencia del equipo técnico interdisciplinario del Poder Judicial. Precisa que lo consignado por el oficial notificador al momento de diligenciar la cédula mediante la que se corriera traslado de la demanda, de la cual no se dejara constancia alguna en la copia que se le entregara a su parte y que adjunta, tampoco puede ser tenido en cuenta al existir manifiesta contradicción con lo expuesto al contestar la demanda, que es el momento oportuno para ejercer el derecho de defensa. El término jurídico “comodatario” es enteramente extraño a las posibilidades de comprensión de su parte, encontrándose sin asistencia legal al momento de dicha notificación. Añade que tratándose de una cédula diligenciada fuera del radio de actuación de oficio del notificador, que impone a la parte el deber de trasladarlo pudiendo participar de la diligencia, no le cabe ninguna duda que la inserción del término en cuestión obedece a la intervención del abogado de la contraria y no a un acto voluntario de la notificada. Por las razones expuestas solicita la revocación de la sentencia apelada.----------

----II.- En los límites provistos por los agravios que he reseñado ingresaré a su tratamiento identificando derechamente cuál es el marco dentro del cual habrá de ceñirse el análisis a efectuar.----------

----Y, en tren de establecerlo indudable resulta para mi, que en estos actuados no es la materia controvertida ni por las partes ni tampoco por la juzgadora de la anterior instancia, que en el proceso de desalojo solo es susceptible de ser discutida la existencia de la obligación de restituir la cosa que se quiere recuperar, desorbitando su objeto toda posible discusión vinculada a la propiedad o posesión de la misma.----------

----En tal sentido, destacadísima doctrina procesal ha dicho que *“en lo que concierne al ámbito del conocimiento judicial, ha de indicarse que el juicio de desalojo no es idóneo para controvertir el derecho de propiedad o de posesión. El tema en litigio no puede ser otro que el de la procedencia de la restitución por parte del demandado, a favor de quien aparece legitimado para exigirla...”* (sic)(conf.: Morello-Sosa-Berizonce-Tessone, en “Códigos Procesales...”, Ed. Platense, ed. año 1999, T. VII-B, pág. 6, letra c).----------

----En igual tesitura la jurisprudencia ha dicho que la acción de desalojo sólo procede contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, es decir contra quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad de dominio; pero no contra quien posee *animus domini*.-

----En esta inteligencia, se propugna con criterio que comparto, que el juicio de desalojo no es la vía adecuada para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo, tales como son las relativas a la posesión o al menor derecho a la misma. Así, cuando el litigio se refiere a cuestiones propias de acciones posesorias, petitorias o contractuales, ajenas al ámbito de dicho proceso, aunque la calidad de poseedor del

demandado presente visos de seriedad, tales cuestiones deben ventilarse por otros medios procesales creados para ello. Y, se añade también en postura hermenéutica que se adoptara en antecedentes de este Tribunal, que si bien debe acreditarse la seriedad de la calidad de poseedor que fuera opuesta por el demandado como defensa en el proceso de desalojo, no corresponde exigir una prueba concluyente sobre el derecho de aquel (Conf.: CANE, Sala B, S.D.C., Nº 04/08, expte. Nro. 22.294/07; id., S.D.C., Nº 20/09, expte. Nro. 22.918/08; id., S.D.C., Nº 35/09, expte. Nro. 222/09; ídem, S.D.C., Nº 46/09, expte. Nro. 483/09).----------

----Se indicó igualmente, lo siguiente: "...desde el plenario "Monti c/ Palacio Buzzone" del 15 de septiembre de 1960 (L.L. 101-932), que estableció que no basta que el demandado invoque la condición de poseedor para que el desalojo no prospere, se ha entendido reiteradamente que si aporta elementos que *prima facie* acrediten la verosimilitud de su alegación, el desalojo no procede. El fundamento de esta corriente jurisprudencial es por demás evidente; la pretensión de desalojo se da contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, vale decir contra , quienes son tenedores que reconocen en otro la titularidad del dominio (art. 2460 Cód. Civ.) pero no contra quien posee *animus domini* ..." (conf. CNCiv., Sala E, en autos "Banco de Iguazú c/ Rodrigo, Juan" del 2/6/1998, D.J., 1998-3-1121; citado por Morello-Sosa-Berizonce-Tessone, opus cit., pág. 28 y jurisprudencia citada, págs. 38/40 y 74/77; id., ver: Palacio, Lino E., en "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, ed. año 2005, T. VII, pág. 97 y jurisp. Cit., en nota nº 54).----------

----La cuestión a dilucidar por este Tribunal revisor centra, en realidad, en determinar cómo se compatibiliza la palmaria contradicción existente entre el posicionamiento adoptado por la demandada ahora recurrente, Sra. O., quien al momento de contestar la demanda pidiendo se rechace la pretensión de desalojo se basó para ello, de manera excluyente, en postular que ella ocupa el inmueble que habita en calidad de poseedora desde hace ya más de treinta años (vide: fs. 46/50); en relación a lo que surge del acto procesal de notificación de la demanda, donde expresó ocuparlo en calidad de comodataria (vide: diligencia de notificación obrante a fs. 39 vta.); y, del resultado de su propia confesional, donde respondió afirmativamente a las primeras cuatro posiciones que se le formularan de acuerdo al pliego respectivo (vide: fs. 79/80).-----Es que resulta evidente el desfasaje existente entre el contenido provisto a la *litis contestatio* con el tenor de su contestación por la demandada, donde invoca su calidad de poseedora y lo que emana de los citados actos procesales, uno, lo manifestado en momento de producirse la comunicación de la demanda en los términos previstos por el art. 684, inc 2º del C.P.C.C. (actual art. 696, inc. 2º de la Ley XIII nº 5 Anexo A); y, el otro, al prestar su confesional. En ambos, la Sra. O., contradictoriamente con su posicionamiento defensivo indicó que habitaba el inmueble como comodataria.----------Se suma a esta delicada y particular *questio* que, de los demás elementos de prueba aportados al

proceso, los que consisten en la testimonial de los Sres. C. (fs. 82/83 y vta.); O. (fs. 84/85 y vta.); M. (fs. 86/87 y vta.); H. (fs. 89); y, T. (fs. 90); y, la informativa emitida por la C. E. (fs. 106), emana con el grado de verosimilitud suficiente que la demandada Sra. C. O. ocupa el inmueble objeto de autos desde cuanto menos veinticinco (25) años (algunos testigos refieren a 30 años –por caso: la Sra. C., quien refirió ser vecina de la demandada y vivir en el lugar desde que tenia 18 años contando al momento de su deposición con 48 años; y, el Sr. O., quien también manifestó ser vecino de la demandada y ubicó la ocupación del inmueble por la misma desde el año 1980 o 1981) habiendo producido sobre el mismo actos de naturaleza posesoria en tanto que, construir la vivienda que se asienta en dicha heredad, cercarla o plantar árboles en ella, son actos que tienen la indiscutible virtualidad de revelar la voluntad o intención de quien los ejecuta de someter al inmueble a un poder de hecho sin reconocer sobre el bien un señorío superior, al menos a los fines de acreditar, en el grado de verosimilitud necesaria para el presente proceso de desalojo, la defensa argüida al responder a la demanda (Conf. arts. 2351; 2384 y conc. del Cód. Civil).----------Es que, el objeto restitutivo del bien es lo que caracteriza la finalidad perseguida por el actor en este proceso de desalojo. Es decir que la acción de desalojo tiene como fin único y exclusivo restituir la tenencia del bien a quien se considera con derecho a detentarla. Ahora bien, desde tal perspectiva, solo si la entrega del bien fuera un hecho no controvertido o cuando controvertido ésta hubiere sido acreditada, podría pretenderse válidamente tal restitución. Ello así, puesto que siendo el contrato de comodato de aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa –contrato real- debe probarse la entrega para poder requerir la restitución (Conf. arts. 1142 y 2256 del Código Civil) (Vide: Lorenzetti, Ricardo, “Tratado de los Contratos”, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 2000, T. II, pág. 483, punto III).----------De lo contrario, no acreditado mínimamente la entrega que como presupuesto típico del contrato de comodato es menester, sino que tal como se induce claramente de la prueba testimonial aportada en autos la demandada ocupa habitando la heredad desde hace más de veinticinco años, carece de objeto pronunciarse siquiera sobre tal restitución desde que, como vengo de exponer, el actor nunca obtuvo de su vendedor, ni por intermedio de terceros a él, la entrega material del inmueble. Repito, habida cuenta que corresponde tener por suficientemente probado, en la medida que se requiere para este proceso de desalojo, que cuanto menos desde hace 25 años, el inmueble cuya restitución se pretende habría sido poseído desde antaño y hasta la actualidad con ánimo de dueña por la demandada en autos, la invocación de la existencia de un comodato como fundamento de la pretensión de desalojo deviene inadmisible en este marco controversial.----------Es que, tal como lo vengo señalando, si la naturaleza especial del proceso de desalojo sólo permite la discusión de derechos personales pero no la de los reales, pues la controversia respecto de estos últimos debe tramitarse aparte y por la

vía procesal que se considere más conveniente, tengo para mi, que corresponde rechazar sin más la pretensión de restitución deducida mediante el presente proceso de desalojo (Conf. CNCiv., Sala H, 24/4/08, Microjuris, MJJ26018; id., Cám.Apel.Civ.Com.Fam. y Cont.Adm., Villa María, 20/02/08, Microjuris, MJJ20867; ídem, CNCiv., Sala B, 15/5/00, Lexis, n° 14/13927).----------Tal conclusión no soslaya ni lo manifestado por la demandada al tiempo de ser notificada de la demanda ni tampoco la confesado por ella al responder afirmativamente a las cuatro primeras posiciones que se le formularan antes de que su letrado patrocinante interviniera manifestando que no respondería a ninguna de las siguientes en razón de que por su edad y condición socio cultural no comprendía el significado de las posiciones que se le efectuaban. A todo evento, es de advertir nuevamente que ello se encuentra claramente en contradicción al modo en que se controvirtió por la misma demandada la pretensión de desalojo incoada en su contra y, sobre todo, con la acreditación en grado de verosimilitud de la posesión opuesta en su defensa, lo cual me inclina a concluir en el modo que he de propiciar se pronuncie este Tribunal revisor al acuerdo.----------En este sentido se ha dicho en igual tesitura que no cabe otorgar plenos efectos a la absolución de posiciones cuando ésta no armoniza con el resto de los elementos de convicción producidos en la causa, ni con la postura asumida por el absolvente antes y durante el litigio, resultando evidente que el mismo se confundió o incurrió en algún error sobre el alcance de la pregunta o sobre la forma en que debía responder (Conf. CNCiv., Sala H, 26/2/03, L.L., 2003-E-573; id., Cám.Apel.Civ. y Com. San Martín, Sala II, 4/6/96, L.L.B.A., 1996-1087; jurisp. cit, por Highton-Areán, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, año 2007, T. 8, págs. 151 y 153, apart. B, acápites 1, nro. 8; y, 3, nro. 16).----------Esta Cámara de Apelaciones ha expuesto en esta dirección que *“Constituye un principio común que la evaluación de las pruebas requiere un análisis integral, criterio que obviamente se impone tratándose de la absolución de posiciones, que como acto procesal único debe valorarse integralmente, y según las reglas de la sana crítica; y que, si bien procesalmente es principio recibido de antigua data que la confesión es la prueba de las pruebas, según así lo consagrara el aforismo probatio probatissima, esa contundencia probatoria no implica que ella pueda prevalecer sobre la propia verdad”* (Conf., CANE, SalaB, 17/02/2000; elDial, BC1016).----------En consonancia con todo ello, toda vez que resulta triunfante finalmente la demandada, las costas de ambas instancias deberán imponerse a la actora vencida en ellas (Conf. arts. 68 y 279 del C.P.C.C. – actuales arts. 69 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------Por aplicación de la última norma citada, corresponderá asimismo adecuar a esta nueva decisión los honorarios regulados en el

anterior grado. Atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado arrojado por las labores profesionales de primera instancia, opino que deben fijarse los emolumentos de los Dres. L. M. O. A., letrado apoderado del actor; y, R. N. C., letrado patrocinante de la demandada, en las sumas respectivas equivalentes al 14% y al 16% del monto final del proceso que se determine oportunamente, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6, 7, 9, 26, 37, 39 y 47 de la Ley 2.200 –actuales arts. 5, 6, 8, 25, 36, 38 y 46 de la Ley XIII Nº 4-).----------

----Por aplicación de idénticas pautas apreciativas, estimo que los honorarios del Dr. R. N. C., por sus tareas de alzada, deben fijarse en la suma equivalente al 5,6% del aludido monto del proceso a determinar en el etapa de ejecución respectiva, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200 –actuales art. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4-; leyes 23.349 y 23.871).-----Termino el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome entonces en ella por la NEGATIVA.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

Encuentro suficientemente clara la reseña que el Sr. Magistrado antes sufragante ha efectuado, tanto de la sentencia de origen de fs. 126/130 vta., como de los agravios que contra la misma expusiera la demandada en su presentación de fs. 145/152, por lo que en homenaje a la brevedad me remito a la misma.----------

----I.- Coincido con el colega preopinante, Dr. Lucero, en que el meollo de los agravios de la recurrente radica en considerar que está acreditada verosímilmente la posesión invocada por su parte y que dicha postura que esgrimiera al contestar la demanda (ver fs. 46 vta./47) se contradice con el reconocimiento de la misma a la condición de comodataria (ver fs. 39 vta. y pliego y acta de fs. 79/80). Es así que en base a dicho señalamiento general examinaré la procedencia o no de los agravios.----------

----1) La sentenciante de grado comienza sus consideraciones, y en esto concuerda la apelante, razonando que el desalojo no es la vía idónea para la discusión de la posesión (ver sentencia a fs. 127 vta.). Es de hacer notar que esta Sala se ha pronunciado en concordancia con dicho razonamiento. Así, personalmente el suscripto ha entendido *"...que no puede ejercerse la acción de desalojo contra quienes revisten la condición de poseedor o poseedores, desde que no cabe decidir en el juicio especial de desahucio los derechos relativos a la posesión o dominio, para cuya dilucidación son inexcusables las formas propias de los interdictos y acciones posesorias o las acciones reales pertinentes (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1963, v. I, p. 121; 1963, v. VIII, p. 1005; 1967, v. II, p. 196; Cám. 1era., Sala III, La Plata, LL 149-583, 29.952-S)...En el mismo sentido se ha considerado que la acción de desalojo no corresponde contra el poseedor, ni por la naturaleza u objeto es idónea para obtener la recuperación del inmueble poseído por otro, cualquiera sea el vicio que pudiere afectar la posesión, por ello no interesa en este tipo de juicio, si la posesión es legítima o ilegítima, de buena o mala fe (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1968, p. 1039; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa B-80.342, reg. sent. 29/95)..."* (conf. CANE, Sala "B", SDC Nº 04/08 del 11/02/08, in re:

“Torres, Luis Alberto c/ Antiñir, Julio y/o contra quien resulte ocupante s/ desalojo”, expte. nro. 22294/07). Asimismo he añadido que *“...no basta para repeler la acción de desalojo invocar la condición de poseedor sino que debe acreditarse (conf. Cám. 2da., Sala II, La Plata, LL, v. 60, p. 478)...Los tribunales en forma mayoritaria se han pronunciado en el sentido de que debe acreditarse prima facie la posesión y no analizarse si la posesión reúne los requisitos legales (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1987, v. IV, pág. 42), no basta para enervar la acción de desalojo promovida por el propietario, la sola afirmación del demandado de que posee, pues es menester que éste acredite “prima facie” la calidad que invoca (conf. SCBA, Ac. 56.967, 07/03/95)....en consecuencia si se alega por el accionado revestir la condición de poseedor, corresponde verificar la seriedad de la defensa invocada a fin de establecer si las pretensiones para oponerse a la demanda, o sea el poseer animus domini, constituye una alegación seria o no, pero sin que importe la carga de acreditarlo plenamente en el proceso de desalojo y fuera del que corresponde por la naturaleza de la acción (conf. Cám. Nac. de Paz, Sala IV, 05/04/72, ED, 44-645)”* (conf. CANE, Sala “B”, ídem).----------La conclusión de lo antedicho, y tal como el suscripto lo manifestara en otro antecedente (conf. CANE, Sala “B”, SDC Nº 08/08 del 17/03/08, in re: “Provincia del Chubut c/ P., E. y/o quien res. ocupante o sub. s/ desalojo”), es que si el demandado logra acreditar la posesión que invoca mediante actos materiales, aunque sea “prima facie”, corresponde otorgarle seriedad a su planteo y en consecuencia procede la desestimación de la acción de desalojo, sin perjuicio de las acciones posesorias y reales a las que el actor pueda llegar a recurrir.----------2) Como se expresara, el accionado no tiene obligación de acreditar fehacientemente la posesión que invoca, sino que le es suficiente que lo sea en forma verosímil, lo cual basta para otorgarle seriedad a su planteo. El art. 2384 del C. Civil establece: *“Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes”.* Se ha sostenido en comentario a esta norma, que quien realiza este tipo de actos se comporta en los hechos, respecto de la cosa, como lo haría el propietario, aunque en realidad no lo sea; son actos que normalmente acostumbra a realizar un propietario (conf. Picado, Leandro S., en: “Código Civil Comentado” (Kiper, Claudio -Director-), Rubinzal-Culzoni Editores, Derechos Reales, Tº I, pág. 251). En comentario a dicha norma se han considerado actos posesorios: cercar, alambrar, mensurar, amojonar, nivelar terrenos, efectuar canales, tener animales, y todos aquellos actos que sean de ocupación o de construcción (conf. Picado, op. cit., ídem, pág. 252).----------En la especie, la propia sentenciante da cuenta de la prueba testimonial conteste en señalar que la accionada *“...habita el inmueble desde 25 o 30 años, ejerciendo actos a título de dueña, tales como la construcción de su casa o la plantación de árboles...”* (ver sentencia a fs. 127 vta., anteúltimo párrafo). A ello cabe añadir la prueba informativa de fs. 106, da

cuenta que la demandada tiene registrado a su nombre un medidor del servicio de energía eléctrica desde el 27/02/03, que si bien por sí sola no importa un acto posesorio, coadyuva para reforzar la alegada posesión reflejada en los actos descriptos en la prueba testimonial referida. Es que debe recordarse que no es necesario acreditar que la posesión sea legítima para repeler la demanda de desalojo (conf. Cám. 1era., Sala III, La Plata, causa 222.171, reg. sent. 126/96, cit. en Morello-Sosa-Berizonce-Tessone: “Códigos Procesales...”, Librera Editora Platense-Abeledo Perrot, 1999, Tº VII-B, pág.77). En cuanto a lo manifestado por la sentenciante respecto a que la accionada no acreditó poseer “animus domini” (ver sentencia a fs. 128), debe señalarse que en materia de posesión el *animus* se acredita con el *corpus*; ya que los hechos que caracterizan el *corpus* acreditan al mismo tiempo la posesión, y si se realizan actos posesorios se presume el *animus* (conf. CN. Civ., Sala F, 11/06/63, ED 5-565); y en el mismo sentido se entendió que la posesión se prueba con el *corpus* exteriorizado en los actos posesorios, que parte de la ocupación según la directiva del artículo 2384 del Código Civil (conf. CN. Civ., sala B, 10/11/81, ED, 98-714).----------A la luz de lo reseñado y razonado hasta aquí, encuentro que la demandada ha acreditado la posesión en el grado de verosimilitud necesario y suficiente para conferirle seriedad a su planteo y de esa manera bastaría a los efectos de repeler la acción de desalojo.----------3) Ahora bien, es cierto, como se indica en la sentencia (ver fs. 129, anteúltimo párrafo), que la accionada admitió su condición de comodataria en dos oportunidades, a fs. 39 vta. en la oportunidad procesal del art. 696, inc. 2 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 684, inc. 2 del CPCC-, y al absolver posiciones a fs. 80 (ver respuesta primera). También en dicha prueba confesional admitió que el actor le permitió permanecer en el inmueble como una liberalidad (respuesta segunda), que ocupa el bien desde 1992 (respuesta tercera) y que conocía que E. era propietario del inmueble (respuesta cuarta). Estas admisiones se contraponen abiertamente con la postura sustentada por la accionada al contestar la demanda, donde manifiesta que ocupa como poseedora el inmueble desde 1978 (ver fs. 46 vta., pto. IV, 2do. párrafo). La contradicción con la posición que se fijara en la contestación de demanda y con lo declarado por los testigos, es tan palmaria, que basta con considerar que el actor señala como fecha de su adquisición el 11/11/92 (ver fs. 29, pto. III 1er. párrafo y escritura de fs. 09/11). Por lo tanto resulta llamativo que quien sostuvo y acreditó “prima facie” que ocupa como poseedora el inmueble desde 1978, reconozca que es comodataria de quien se señala como propietario desde 1992.----------Al respecto debe tenerse presente en cuanto al carácter de plena prueba de la confesional, que el sistema de valoración legal no impide toda apreciación judicial. Sin perjuicio de los casos especialmente contemplados en los tres incisos del art. 423 del CPCC -actual art. 427 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-, cabe advertir que corresponde al juez apreciar la prueba de confesión en su conjunto, vinculando una posición con otra y relacionándola con los elementos de juicio que la contradigan y que

surjan del mismo expediente (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 2, pág. 423). En el mismo sentido se consideró que por imperio del referido artículo y de una interpretación amplia del inc.3 del mismo, el juzgador debe comparar la confesión expresa con el resto de la prueba y a aplicar para su evaluación los principios de la sana crítica de modo de no renunciar a la averiguación de la verdad, por lo que la confesión va perdiendo su preponderancia privilegiada. Coadyuva a ello el principio que la confesión debe ser interpretada a favor de quien la hace (conf. Highton-Areán: “Códig Procesal Civil y Comercial de la Nación Concordado”, Ed. Hammurabi, 2007, Tº 8, pág. 149). En ese orden de ideas, se sostuvo en un caso que en este punto resulta muy similar al “sub exámine”, que no cabe otorgar plenos efectos a la absolución de posiciones cuando ésta no armoniza con el resto de los elementos de convicción producidos en la causa, ni con la postura asumida por el absolvente antes y durante el litigio, resultando evidente que el mismo se confundió o incurrió en algún error sobre el alcance de la pregunta o sobre la forma en que debía responder (conf. CN. Civ., Sala H, 26/2/03, LL, 2003-E-573). En forma conteste se decidió que incurre en absurdo el fallo que efectúa una desmesurada ponderación de la prueba confesional en desmedro de las restantes que la contradicen y arriba a conclusiones apartadas de la realidad del caso (conf. SCBA, 27/11/96, DJBA, 152-95).------Lo argumentado “ut supra” me conduce a otorgarle relativo valor a las admisiones de la demandada, y que en el marco cognoscitivo de esta acción de desalojo, tenga por acreditada “prima facie” la posesión invocada por ella en el grado suficiente para rechazar la demanda. Es que en todo caso, tanto actor como accionada tienen, ulterior y eventualmente, el marco más amplio de las acciones posesorias o reales que les permita a ambos demostrar de manera contundente la veracidad de sus distintas posiciones jurídicas.----------Por último, y dado que el suscripto intervino en el antecedente de esta Sala ya citado (conf. CANE, Sala “B”, SDC Nº 08/08 del 17/03/08), donde se ponderó especialmente la manifestación del demandado al ser notificado de la demanda, donde también se reconoció como comodatario, es de destacar que en dichas actuaciones la postura de la parte accionada no era idéntica a la de la aquí accionada. Y ello resulta ser así por cuanto en el antecedente citado se había reconocido desde el inicio la propiedad del estado actor para alegarse que, luego, por interversión del título, quien hasta entonces era tenedor precario o comodatario pasó a ser poseedor. De allí que la acreditación de dicha interversión fuera juzgada con mayor rigor, en cambio en la especie la demandada se consideró desde el inicio de su ocupación como poseedora.----------En definitiva, por los motivos expuestos es que concordaré con el colega preopinante en que corresponde hacer lugar a los agravios.----------II.- En consecuencia de lo anterior, corresponde revocar la sentencia en crisis, y en consecuencia desestimar la demanda de desalojo incoada por S. B. E. contra C. O..----------

----------A tenor de lo dispuesto por el art. 282 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 279 del CPCC-, corresponde adecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios de la anterior instancia. En cuanto a lo primero, en virtud de lo dispuesto por el art. 69 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 68 del CPCC-, las mismas se imponen al actor vencido. Respecto a la regulación de honorarios, atento la extensión y mérito de los trabajos realizados, así como el resultado del pleito, concuerdo con los porcentajes propuestos por el vocal preopinante a los fines regulatorios, esto es, en un 14% para el Dr. L. M. O. A., letrado apoderado del actor, y en un 16% para el Dr. R. N. C., letrado patrocinante de la demandada, en ambos casos sobre el monto del proceso que se determine oportunamente, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 8, 25, 36 y 46 de la ley XIII Nº 4 -antes arts. 6, 7, 9, 26 y 47 del arancel-, y leyes 23349 y 23871).----------

Respecto de las costas de esta sede, en virtud de principio objetivo de la derrota (conf. art. 69 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 68 del CPCC-) las mismas se imponen al actor vencido. A tal efecto, y teniendo en cuenta las mismas pautas consideradas para fijar los emolumentos de grado, estimo equitativo regular al letrado patrocinante de la accionada, Dr. R. N. C., en un 5,6% de aludido monto del proceso a determinarse oportunamente y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5 y 13 de la ley XIII Nº 4 -antes arts. 6 y 14 de la le 2200- y leyes 23349 y 23871).----------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.---------- ----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------Frente al acuerdo antes alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, para desestimar la demanda de desalojo planteada por el Sr. S. B. E. en contra de la Sra. C. O.. 2) IMPONER las costas de ambas instancias al actor vencido en ellas. 3) FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. L. M. O. A. y R. N. C., en las sumas respectivas equivalentes al 14% y al 16% del monto del proceso que se determine oportunamente, con más el I.V.A. pertinente. 4) REGULAR los honorarios del Dr. R. N. C., por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 5,6% del referido monto del proceso, con más el I.V.A. correspondiente.----------ASI LO VOTO.---------- -----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión fiel del acuerdo al que se ha arribado.----------Así lo voto.----------Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550) pasándose a dictar: ---------- **S E N T E N C I A**: ---------- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara

de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ---------- REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia apelada, para desestimar la demanda de desalojo planteada por el Sr. S. B. E. en contra de la Sra. C. O..---------- IMPONER las costas de ambas instancias al actor vencido en ellas.---------- FIJAR por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. L. M. O. A. y R. N. C., en las sumas respectivas equivalentes al 14% y al 16% del monto del proceso que se determine oportunamente, con más el I.V.A. pertinente.---------- REGULAR los honorarios del Dr. R. N. C., por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 5,6% del referido monto del proceso, con más el I.V.A. correspondiente.----------

---- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2010 – SDE.- Conste.-
cg

VILMA NOEMI BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA