



NEUQUEN, 2 de febrero de 2015.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** (EXP N° 476493/2013) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. DOS a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Mónica MORALEJO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la **Dra. Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.-** Contra la sentencia de primera instancia que hace lugar al desalojo, apela la demandada.

Se queja de la valoración efectuada sobre la prueba. Indica que es erróneo el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto ha quedado acreditado que su parte detenta el inmueble como poseedora, a título de dueña.

Agrega que yerra en la calificación como simple tenencia, cuando han poseído el inmueble por más de una década. Que se desprende claramente de la prueba testimonial producida, que efectuó importantes mejoras en el inmueble, ampliando la propiedad en más de tres veces el tamaño de la original, lo cual desnaturaliza el comodato alegado.

Se refiere a los extensos testimonios producidos en autos, los que dan cuenta de que no se comportaron como simples tenedores sino como dueños, lo que determina que la pretensión deba canalizarse por otro tipo de acción y no la de desalojo, la que debe ser desestimada.



Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 243/244. Enfatiza el carácter de titular registral y sostiene que la documentación acompañada no le es oponible y no se encuentra corroborada por la restante prueba.

2. Ahora bien, lo dirimente para acceder al desalojo es la determinación de la calidad en que el demandado ocupaba la cosa y si en función de la causa de la detentación, éste estaba obligado a restituirla a instancia del titular de dominio.

Así, en el juicio de desalojo se descarta la posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o a la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega y verosímilmente demuestra -prima facie- su calidad de poseedor, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia que se dicte en relación a este punto no tendrá fuerza de cosa juzgada material.

La jurisprudencia se ha pronunciado diciendo: "No procede la demanda de desalojo (sin perjuicio de las acciones posesorias o petitorias que restan al propietario) si el accionado comprueba "prima facie" la efectividad de la posesión que invoca justificando así la seriedad de su pretensión. Y ello es así, aunque la posesión invocada no reúna las notas eficientes para repeler una pretensión reivindicatoria o justificar una usucapación porque, de lo contrario, se estaría desnaturalizando la índole del proceso de desalojo, convirtiéndolo en un juicio petitorio o posesorio (SCBA, Ac. 33469 del 26-6-84; Ac. 56924 del 30-8-96; esta Sala, Exp: 51737 RSD: 460 noviembre de 2001 in re "Sisan de Kalista, Ana c/Villanueva, Telmo s/Desalojo").

Es que el debate es ajeno al desalojo cuando se ventilan acciones de tipo real. Es decir: es improcedente en



esta clase de procesos en los que se ventilan derechos personales, cuestiones referentes a la posesión; si allí se centra el conflicto, el marco del desalojo se encuentra excedido y la acción elegida por el reclamante no ha sido la adecuada" (Cám. Ap. Lomas de Zamora, Sala I, Exp: 53891 RSD: 412, 21/10/2003, in re "Serafini, Adrián c/ Fernández, Alfredo y o/s s/ Desalojo").

Y, justamente, lo que es puesto en crisis en el recurso es la valoración del material probatorio reunido en autos, en punto a establecer si se ha comprobado "prima facie" la efectividad de la posesión invocada, acordando seriedad a esta posición.

3. En este sentido, entiendo que el alcance de los testimonios brindados en autos, hacen que la posesión alegada revista seriedad.

En efecto la construcción es catalogada por el Código Civil como un acto posesorio y las características de lo construido en este caso, merecen esta calificación.

Encuentro que las afirmaciones efectuadas por la demandada encuentran correlato en los testimonios concordantes y precisos rendidos en la causa, asistiendo en este extremo razón a la apelante.

Así, el testigo Vera indica: "Ellos están viviendo hace varios años. En realidad la casa esa la compró, la posesión la tenía el padre de Pablo Sosa. Estamos hablando del año 95 aproximadamente. Él se la cede después a los chicos estos... Y ellos están más o menos desde el 2000 por ahí. Antes del 2000 por ahí, más o menos... Sí, mejoras hicieron sí. Prácticamente completa la casa. Lo que es cerco, paredones, ampliaciones. Que más, a ver, ampliaciones de todo tipo. Creo que hicieron una habitación, un comedor, cocina. Que más ...



lo hicieron. Un paredón y todo lo que es cerco, el perímetro del terreno" Y agrega más adelante: "En varias oportunidades estuvo en venta la casa. Bueno hasta que la tomó este hombre Pablo Sosa, la compro. El papá, él la compró en el 95. A la 10: uno al que se la vendió fue a don Sosa, uno de los ... porque después en otras oportunidades estuvo en venta. Anterior a eso por supuesto". (hoja 197)

Hidalgo Luengo relata: "Lo que yo se es que el papá de Pablo le compró la casa a Delia, para cuando uno de sus hijos se casaran. Ahí después llegaron los chicos ellos... El hombre este yo lo vi en el año 95 o 96 y los chicos llegaron ahí cuando, debe haber tenido dos añitos el hijo que tienen. No se, será quince años, dieciséis, más o menos, los chicos... Y porque soy vecina y vivo pegada a ellos. Si, porque la casa estaba toda fea adentro, el piso todo ahuecado, los caños todos afuera".

Detalla: "Se ve que los chicos hicieron la mitad de la otra casa que tienen, un dormitorio para el nene más un living comedor, cerraron todo el terreno. Hicieron dormitorio, arreglaron baño, el living. Todo, la casa en realidad la hicieron nueva porque ellos lo que recibieron fueron las paredes. En varias oportunidades, como los chicos trabajaban fuera, quedaba el nenito solo y yo he recibido materiales también. He firmado para que le dejen los materiales... uno ve que trabajan ahí, trabajaba el papá de Pablo de albañil ahí. Sí, la vivienda estaba destruida adentro... Toda la casa. Todo, poner caños adentro de las paredes, arreglar el piso, el baño..."

Agrega: "...La señora, Delia, bien le entregaron la casa, a la semana le prestó a una familia. Siguió viviendo diferente gente ahí que no era ella. Ella no se, habrá vivido un año y medio dos, ahí en su casa. Yo con ellos, me daba



cuenta que esa casa, que Pablo, Delia, tenían la llave de paso porque eso era todo compartido. Claro, Delia tenía la llave de paso del agua y en mi terreno estaba el pozo ciego. Entonces yo siempre, como había diferente gente, el problema es que los pozos se llenaban rápido y teníamos que desagotar y para eso teníamos que pagar los dos. Al ver diferente gente no quería pagar el desagote del pozo. Entonces cuando llegaron los chicos ahí yo le tenía un tapón a la cloaca para que no pasara nada a mi pozo. Los chicos me pagaron el desagote que me debían anteriormente entonces yo le saque el tapón y tuvieron la cloaca para su baño porque no tenían..."

Expone que el papá de Pablo le dijo que la actora le vendió la casa: "eso es lo que el hombre dijo cuando se empezó a ver ahí".

Preguntada si vio algún instrumento en relación a las ventas que manifestó en su declaración sobre la vivienda, respondió que no la vio "Pero Delia me dijo que ella tenía en venta la casa. En venta o en alquiler mucho antes. Y vecinos míos de la cuadra fueron a verle la casa para comprársela".

Modesta Navarrete, preguntada por la venta de la casa dice: "Yo tengo entendido que el papá de Karina, de Pablo perdón, había comprado esa casa. Se la había comprado a la señora... Que están ellos ahí debe ser, no te puedo decir con seguridad pero hace bastante" "...Y yo tengo entendido, lo que se, que se la vendió a Pablo Sosa".

En cuanto a las mejoras dice: "se ve a la distancia porque la casa está muy bien arreglada. Han hecho muchos adelantos los chicos... Ampliaron, pusieron piso, se ve una casa muy linda, muy bien arreglada. Cerraron todo el ... todo con paredón bien cerrado... y los chicos creo que de antes que se fueran a vivir ya empezó el padre a arreglar porque no estaba



en muy buenas condiciones esa casa. Yo sé que ellos hicieron reformaciones y eso porque se ve... Yo tengo entendido que por ejemplo ellos cerraron, pusieron piso, ampliaron más la casa porque era muy chiquita, hicieron otra habitación, un living comedor, arreglaron la cocina, las puertas. Hicieron casi una casa semi nueva..." (201).

María Noemí Rodríguez dice: "...Yo los conozco de hace años a ellos que están ahí y anteriormente había visto al padre de Sosa, estuvo un tiempo él y después estuvieron ellos hasta ahora... el matrimonio hará como catorce años. Que estuvo su papá, del hombre, unos años... sí. Hicieron ampliación. Por fuera le digo porque yo por dentro no tengo ni idea. Nunca entré... paredón, que da con mi casa, por el frente no? Hicieron una ampliación para delante, que será no se, y el piso del patio que hicieron con cemento que se ve. Yo nunca fui... con el correr de los años. Desde que ellos llegaron ahí, o sea el hombre, desde que llegó estuvo haciendo refacciones. El padre de Sosa, don Sosa". (203).

Castro indica: "Yo tengo entendido que el papá de ellos creo que la compró pero más que eso no... No sé, hace muchos años. Sinceramente, desde el noventa y pico, dos mil, 97 o 98, no tengo idea pero hace muchos años que ocupan... han hecho muchas mejoras... creo que ahí han hecho un comedor, tapiales y todas esas cosas. Por lo que uno ve de afuera... esa casita era de una habitación. Yo viví en una de esas y era de una habitación, baño y la cocinita y lo demás lo hicieron todo ellos. Así teníamos la casa y yo vivía ahí al lado".

Preguntado por las ventas de la casa dice: "Yo me enteré que le había vendido la casa a Paulo, al viejo Sosa pero no tengo idea de eso. Hay algunos vecinos que dicen que sí, que le había vendido a otro pero ni idea de eso".



En contraposición al carácter circunstanciado y coincidente de estos relatos, los de los testigos ofrecidos por la actora se presentan débiles.

En efecto: Erice Normanda, preguntada por quien ocupa el inmueble y todo lo que sabe relativo a esa ocupación, responde: "Hasta donde yo sé, sé que esta chica, Carina Gatica pero lo que no sé porque ella está en esa vivienda".

Luego en la ampliación del interrogatorio, preguntada como ingresaron los señores Gatica y Sosa a la vivienda que actualmente ocupan, respondió: "en calidad de préstamo para que cuidara la vivienda. Como ellos estaban en la casa más grande para que le cuidaran la casa mientras ellos le hacían las ampliaciones. Para que no le robaran las cosas. Para que no se le metiera nadie de intruso a la vivienda. Quiero aclarar que estos chicos, Gatica, no tenían adonde vivir y ella necesitaba quien le cuide su casa. Así como buena obra ella los dejó vivir ahí hasta que ellos pudieran conseguir su casa".

Como se advierte, hay una clara contradicción entre las respuestas y la explicación dada en último término, tampoco se condice con la versión de la actora, en el sentido de que ésta nunca afirmó haber tenido entre sus planes, ampliar dicha vivienda.

El testimonio de Bruno es sumamente impreciso y nada aporta; en igual sentido, la testigo Aguilera no da detalles y desconoce lo interrogado en la mayoría de los casos.

Pavón Cruz y Ocampo, pese a afirmar que la casa no se vendió, sino que se la prestó a la demandada para que se la cuidara, no dan mayores precisiones.



A esto debe sumarse el acta emitida por la funcionaria del IPVUN, que no fuera desconocida expresamente por la actora, que da cuenta del ánimo posesorio (hoja 49).

Todo este contexto (carácter de las mejoras practicadas, la importancia del tiempo de permanencia en la vivienda; manifestaciones públicas a los vecinos linderos; tramitación ante el IPVUN), dan cuenta de la seriedad del planteo posesorio. Y hago notar aquí que la actora centra la acreditación del carácter de poseedora y su animus domini en la circunstancia de que continúa pagando las cuotas; sin embargo de las constancias remitidas por el IPVU, surge que la cantidad de cuotas pagas es "0", no habiéndose procedido a cancelar capital alguno (hoja 100).

Por ello, más allá de que la presente sentencia no produce efectos de cosa juzgada en cuanto a la efectiva calidad de poseedores invocada por los demandados, ni inhibe a la actora de ejercer ulteriores acciones reales, tengo para mí que la acción de desalojo no es la vía adecuada, debiendo ventilarse el derecho por una acción real.

Es que insisto: "Es improcedente el desalojo cuando el demandado alega y prueba prima facie que la ocupación lo es a título de poseedor, no interesando en este juicio ni el vicio ni el tiempo que la cualifique. La posesión de la cosa o el mejor derecho a ella, quedan reservados para otros procesos: los interdictos, las acciones posesorias o el proceso reivindicatorio." (Cc0000 Tl 8102 S, 16/10/1986, Juez: Casarini (sd), Caratula: Coña, Julio, C/ León, Jorge L. S/ Desalojo, Mag. Votantes: Casarini - Macaya - Suares-LDT).

Las limitaciones del proceso de desalojo para controvertir o decidir el *ius possidendi* o el *ius possessionis*, en tanto su marco de conocimiento sólo admite un





análisis de la verosimilitud o seriedad de la calidad invocada por el ocupante, a fin de enervar la acción de desalojo, determina que -dejando a salvo la vía judicial pertinente para el tratamiento de las cuestiones excluidas por la índole sumaria del proceso- la sentencia deba ser revocada.

Por las razones señaladas, estimo que el recurso debe ser receptado, disponiéndose el rechazo de la acción impetrada. Las costas de ambas instancias serán a cargo de la actora en su calidad de vencida. **MI VOTO.**

El **Dr. Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.-** Hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar en todas sus partes la sentencia de fs. 220/223 disponiéndose el rechazo de la acción impetrada.

**2.-** Imponer las costas de ambas instancias a la actora en su calidad de vencida (art. 68, Código Procesal).

**3.-** Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 35% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado a los letrados de la demandada, y en el 30% a los letrados de la actora (art. 15, LA).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE  
Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA