

PRIMERA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, MINAS, DE PAZ,
TRIBUTARIO Y FAMILIA - 2DA CIRC.
PODER JUDICIAL MENDOZA

En la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, a los treinta días del mes de agosto de dos mil veintiuno, se reúne la Excm. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de la Segunda Circunscripción Judicial, compuesta por los señores Jueces: **DARÍO FERNANDO BERMEJO, SEBASTIÁN ARIEL MARÍN Y RAÚL ALEJANDRO BONINO**, quienes trajeron a deliberación para resolver en definitiva la presente caratulada: “**S.N.T. C/ A.R. S/ DESALOJO (CON EXCEP. CONTR. ALQ.)**”, originaria del Primer Tribunal de Gestión Judicial Asociada Civil de San Rafael, de esta Segunda Circunscripción Judicial, venida a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación de fs. 84, contra la sentencia de fs. 81.

Llegados los autos a esta Cámara, a fs. 89 el Tribunal ordena expresar agravios al apelante, lo que es cumplido mediante presentación digital. Corrido traslado a la actora apelada, no contesta. Con lo cual, queda la causa en estado de fallo, practicándose a fs. 95 el correspondiente sorteo de votación; cuyo resultado es el siguiente: Jueces **Sebastián Ariel Marín, Darío Fernando Bermejo y Raúl Alejandro Bonino**.

De conformidad con lo que establece el art. 141 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

1ra.: ¿Es justa la sentencia?

2da.: Costas y honorarios.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ

MARÍN, DIJO:

I.- ANTECEDENTES Y RECURSO

Se iniciaron las presentes actuaciones con la demanda por desalojo incoada por la Sra. T.N.S., en su calidad de administradora de la sucesión del Sr. T.C., contra la Sra. R. A., en relación al inmueble sito en calle Independencia de San Rafael.

Indicó que la demandada se encontraba ocupando el inmueble ya que cohabitaba con el señor T.C. al momento de su fallecimiento y que, habiéndosele requerido la restitución, no lo desocupaba, a pesar de reconocer que el mismo era de propiedad de los herederos.

Por su parte, la Sra. R. A., expresó que convivió con el Sr. T.C. desde el año 1970, y que el inmueble objeto de la litis figuraba solamente a nombre de éste, pero lo habían adquirido en forma conjunta.

Hizo referencia a la enfermedad que padeció el Sr. T.C., que requirió su asistencia y el deber hacerse cargo de todos los gastos de mantenimiento y pago de impuestos del inmueble, y señaló que desde la adquisición del inmueble el 11 de mayo de 1979, lo ocupaba a título de dueña.

Cuestionó el derecho invocado por la actora y su legitimación, planteó la prescripción adquisitiva como defensa y, en subsidio, el derecho de retención por las mejoras introducidas, solicitando el rechazo de la demanda interpuesta, con costas.

I. a.- Sentencia recurrida

El Sr. Juez de grado desestimó las defensas opuestas por la accionada apelante e hizo lugar a la demanda ordenando el desalojo.

Para así resolver, en primer lugar, analizó la legitimación sustancial, en función de lo expuesto por la demandada, quien sostuvo que la actora había invocado la norma del art. 399 bis inc.

A del C.P.C. -que establecía que el desalojo procedía entre el locador y el locatario y sus sucesores-, sin haber acompañado contrato de locación alguno.

En ese sentido, el juzgador advirtió que, si bien en el capítulo “Derecho” la actora había citado aquella norma, atento lo expresado en el objeto y los hechos de la demanda, el reclamo de desalojo estaba fundado en la existencia de una tenencia con obligación de restituir, basada en la preexistencia de una relación de convivencia entre la Sra. R. A. y el Sr. T.C. -titular registral del inmueble en cuestión-, por lo que resultaba de aplicación el art. 399 bis, inciso “B” del C.P.C., que disponía que el desalojo procedía entre el propietario, usufructuario y usuario contra todo tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir sea exigible, siempre que estos no invoquen título alguno a la posesión.

Ella así, señaló que la actora promovía el desalojo en su calidad de administradora de la sucesión del Sr. T.C., titular registral del inmueble -circunstancia acreditada con los autos n° XX-, por lo que resultaba clara la legitimación activa, y, conforme al principio iura novit curia, la calificación legal dada por la actora no le impedía analizar el derecho que corresponde aplicar, calificando correctamente la acción, conforme lo autorizaba el art. 46 inc. 9 del C.P.C. (hoy 46 inc. 9 del C.P.C.C. y T.), por lo que entendió que correspondía desestimar el planteo de falta de legitimación sustancial articulado por la demandada.

En segundo lugar, se avocó al examen de la posesión y prescripción adquisitiva invocadas por la demandada, analizando la prueba rendida.

Valoró la matrícula del inmueble y tuvo por acreditada la titularidad registral en cabeza del Sr. T.C., desde el año 1979, casado en primeras nupcias con la Sra. T.N.S.; además, advirtió que el inmueble había sido afectado al régimen de bien de familia en el año 2004, habiéndose denunciado como beneficiarios a

los hijos del Sr. T.C. y a la Sra. T.N.S..

Por otro lado, destacó que del boleto de compraventa del inmueble, surgía que había sido adquirido solamente por el Sr. T.C., sin constancia de que la Sra. R. A. hubiera participado de alguna manera o realizado aporte dinerario alguno para su adquisición.

Además, analizó las testimoniales rendidas y la documental acompañada por la demandada como prueba de la relación de convivencia con el Sr. T.C. y la posesión del inmueble -recibo por trabajos de reparación de cielorraso, piso de mosaico y tornillos de techo, boletas de pago del servicio eléctrico, de tasas municipales, recibo por cancelación de servicio fúnebre-; y consideró que, si bien acompañó una copia de una cédula de notificación correspondientes a los autos n°XXX caratulados "T.C., T. c/ T.N.S. p/ Divorcio vincular", el divorcio no se concretó y la situación jurídica del matrimonio se mantuvo vigente.

Así, consideró demostrado que el Sr. T.C. mantuvo su vínculo matrimonial con la Sra. T.N.S. hasta su fallecimiento en el año 2008, y también que la Sra. R. A. tuvo una relación convivencial con el Sr. T.C. durante más de 30 años, habitando el inmueble de calle Independencia; sin embargo, entendió que no se había acreditado que la ocupación de la Sra. R. A. haya sido en calidad de dueña, ya que surgía con claridad que el único propietario era el Sr. T.C. y que ella vivía en el inmueble en virtud de la relación de convivencia.

También tuvo por acreditado que a partir del fallecimiento del Sr. T.C. en el año 2008, la demandada continuó viviendo en el inmueble hasta la actualidad, en forma continua y pacífica, habiendo abonado los servicios y efectuado algunos arreglos de conservación de la propiedad; no obstante ello, entendió que su calidad de poseedora a título de dueña no se había demostrado, ya que, el motivo del ingreso de la Sra. R. A. al inmueble fue la relación de pareja con el Sr. T.C., sabiendo que el propietario era él, y el pago de servicios públicos no le confiere por sí solo la calidad poseedora, ya que son actos compatibles también con los de un tenedor o inquilino.

Sostuvo que, para que la invocación de la posesión obste al desalojo, debe acreditarse prima facie su existencia, con la prueba pertinente.

En ese sentido, señaló que los arreglos y reparaciones realizadas en el inmueble no lucían de importancia a la luz del regular estado de conservación que daba cuenta el acta de constatación practicada en el año 2010 -expediente sucesorio-, y que el pago de algunos servicios como el de suministro eléctrico o tasa de servicio municipal, no revestían entidad suficiente para considerarlos actos posesorios. Concluyó que la ocupación de la vivienda por parte de la demandada tuvo su causa en la convivencia con el titular registral del inmueble y en todo caso se prolongó luego del fallecimiento del Sr. T.C., como acto de hospitalidad del Sr. T.C. y luego sus herederos, tal como la propia demandada manifestó en el acta del sucesorio in fine (fs. 17) en que señala que ocupa la vivienda por acuerdo del Sr. T.C. y sus hijos, y que abonará los impuestos y servicios, sin que sea suficiente que haya manifestado que la vivienda fue adquirida por la pareja tras convivir tres años, para modificar la causa de su ocupación inicial. Agregó que no basta la propia voluntad del tenedor para cambiar la causa o título de su relación con la cosa, sino que la interversión del título sólo se produce por actos exteriores que priven al poseedor de disponer de la cosa, y en el caso de autos, tratándose de una tenencia del inmueble a partir de un acto inicial de hospitalidad del propietario y, luego de su fallecimiento, de los herederos, el primer acto que podía interpretarse como manifestación de su intención de cambiar el título de la ocupación era la propia contestación de demanda, en la que la apelante invocó la posesión animus domini, sin que existieran otros actos que en forma indudable exteriorizaran la intención de excluir de la relación con el inmueble a los herederos del Sr. T.C., subsistiendo por tanto su

obligación de restituir, no obstante el derecho de retención invocado.

En cuanto a la defensa de prescripción adquisitiva, atento lo concluido en el punto anterior, tuvo por no acreditada la posesión del inmueble a título de dueña, sin perjuicio de lo cual, advirtió que aun considerando que a partir de la muerte del Sr. T.C. en el año 2008, la demandada hubiera sido poseedora, tampoco estaba cumplido plazo de 20 años que establece el art. 1899 del C.C.C.N. para considerar adquirida la propiedad por prescripción, por lo que desestimó también esta defensa.

Respecto del derecho de retención por el monto de las mejoras introducidas en el inmueble, consideró que, dada la relación de la demandada con la cosa, asimilable al comodato, no correspondía reconocer su ejercicio.

I. b.- Los agravios

1. En primer lugar, la apelante se queja de la interpretación del Sr. Juez con relación a la falta de legitimación, al decir que, de lo expresado en el objeto y hechos de la demanda, surge con claridad que lo reclamado es el desalojo fundado en la existencia de una tenencia con obligación de restituir, basada en la preexistencia de una relación de convivencia entre la demandada y el Sr. T.C..

Aduce que mal puede el juzgador, fundado en el principio *iura novit curia*, no sólo corregir el derecho que fundamenta la petición de la actora -art. 399 bis inc. a del CPC-, sino además, “encorsetarla” dejando de lado la última parte del art. 399 bis inc. b del CPC, dado que en su contestación, la demandada se opuso al progreso de la acción de desalojo invocando la prescripción adquisitiva, y demostró a lo largo del proceso que siempre ejerció sobre el inmueble actos a título de dueña, en forma continuada, pacífica, ininterrumpida y pública, por más de veinte años, no solo durante la convivencia con el titular registral sino posteriormente, como surge de la documental y las testimoniales, por lo que no puede el Sr. Juez ignorar que ha invocado títulos de posesión, y calificar la ocupación que hacía la demandada como tenencia con

obligación de restituir.

Asimismo, advierte que el propio sentenciante, con la jurisprudencia que cita referida al principio *iura novit curia*, le da la razón, y que la demandada se defendió de los hechos y no del derecho invocado; señaló el error de la invocación del derecho, pero se defendió invocando un título de posesión.

En consecuencia, solicita que se haga lugar a la excepción de falta de legitimación y se deje sin efecto la sentencia recaída.

2. En segundo lugar, se agravia de la valoración de la prueba efectuada por el magistrado de grado.

Con respecto al análisis de la matrícula del inmueble y la afectación al régimen de bien de familia, manifiesta ser totalmente ajena a la determinación que tomó su pareja al nombrar beneficiarios, y que acreditó ser ella quien se encargó del cuidado del Sr. T.C. durante su enfermedad, y abonó la totalidad de los gastos que su fallecimiento produjo; mientras que los beneficiarios dieron muestras de abandono de la propiedad, que legítimamente ocupaba la apelante.

Asimismo, la apelante entiende que al valorar la documental acompañada por la demandada y las testimoniales rendidas, de donde surge que la Sra. R. A. ocupa el inmueble de calle Independencia a título de dueña, introdujo mejoras, abonó servicios, realizó verdaderos actos de posesión sin oposición de ninguna naturaleza, el Juzgador erróneamente llega a la conclusión de que, aun habiéndose probado esos extremos, la prueba no resulta suficiente para acreditar la legítima posesión; y disiente con ello, sosteniendo que no ha ponderado las mejoras introducidas en su justa medida, las que pueden corroborarse con las testimoniales, y que la Sra. R. A. ha tenido y tiene el inmueble a título de dueña, en forma pacífica y pública, requisitos éstos imprescindibles para intervertir el título *animus domini*.

Advierte que carece totalmente de sustento lo afirmado por el Sr. Juez, en cuanto a que los arreglos realizados en el

inmueble no aparecen como importantes mejoras o grandes tareas de mantenimiento a la luz del regular estado de conservación constatado en el año 2010 en el expediente sucesorio, y no tienen fecha cierta; ello, en virtud de que la fecha surge de manera indubitable con el testimonio del Sr. Acosta, y el juzgador no advirtió que el acta de constatación del inmueble se llevó a cabo en el año 2010 –dos años posteriores al fallecimiento del Sr. T.C.- y, como lo manifestó en su contestación de demanda, la apelante gastó todo el dinero que disponía en la atención de las enfermedades de aquél y posteriormente en su sepelio; mientras que las mejoras introducidas, y que dan cuenta de verdaderos actos de posesión, fueron ejecutadas en el año 2014.

Además, aduce que no hay razón para entender que el pago de impuestos, tasas, contribuciones y servicios no revisten entidad suficiente para considerarlos realizados como poseedor animus domini, ya que, cuál sería el sentido de abonar todos aquellos servicios a la propiedad que no están dirigidos al “corte”, como el barrido, alumbrado y limpieza, o el impuesto inmobiliario; sostiene que quizás sea válido el argumento para aquellos servicios que al no pagarlos causan un perjuicio de “corte” (agua, luz, gas), pero no para los impuestos que fueron pagados precisamente como actos que demuestran la voluntad de ejercer la posesión animus domini.

Asimismo, estima poco feliz la argumentación referida al motivo de ingreso de la apelante al inmueble, pues el mismo se produjo por ser la “concubina” del titular dominial, lo que está probado con el certificado de convivencia que acompañó y que el Juzgador ni siquiera ha mencionado como prueba fehaciente de que el ingreso no fue una concesión graciosa.

Insiste en que la Sra. R. A. ha manifestado de manera pública, pacífica e ininterrumpida su voluntad de poseer el inmueble a título de dueña, y esas manifestaciones han sido previo a la interposición de la demanda de desalojo.

Por lo tanto, solicita se deje sin efecto la sentencia

dictada.

II.- TRATAMIENTO DEL RECURSO

1.- En primer lugar, la recurrente se dice agraviada por el derecho que el Magistrado consideró aplicable, en función del principio iura novit curia, y el reconocimiento de la legitimación de la actora para entablar la demanda. Entiende que no solo ha corregido el derecho en el que aquella fundó su pretensión, sino que también, ha dejado de lado la última parte del art. 399 bis, apartado "B" del C.P.C., obviando que la accionada se opuso al progreso del desalojo invocando la prescripción adquisitiva.

Al respecto, cabe recordar que el art. 46 inc. 9 del C.P.C. -replicado en el art. 46 inc. I.9 del CPCCT- faculta a los jueces a "calificar las acciones y aplicar el derecho pudiendo apartarse de las invocaciones de los litigantes".

En lo concerniente a la determinación de las normas aplicables, el juez debe atenerse exclusivamente a su conocimiento del orden jurídico vigente, hallándose facultado para prescindir de las argumentaciones jurídicas planteadas por las partes (iura novit curia), "siempre que ello no implique modificar los elementos de la pretensión o de la oposición" (conf. Lino E. Palacio, "Derecho Procesal Civil", T. V de la ed. Abeledo - Perrot, Bs. As. 1975, ps. 447 y 448). (Conf. LAC 44, 01-06-99, Fs. 316/321).

El principio "iura novit curia", destinado a reconocer a los jueces facultad para suplir el derecho que las partes invocan erróneamente, no justifica que aquellos introduzcan de oficio acciones no planteadas ni debatidas en la causa. (C.S.N., fallos T. 268, pág. 6). (LSC 31, 16-02-1983, 149/161).

"En efecto, el principio iura novit curia posibilita al juez calificar la pretensión de la parte, pero sin vulnerar el derecho de defensa de la contraria ni modificar los términos de lo pretendido (conf. 4º Cám. Civ., 1º Circ. Jud., LS243-249)". "En consonancia con ello, el nuevo ordenamiento procesal reconoce idéntica potestad, pero "respetando

irrestrictamente la congruencia procesal” (conf. art. 46 inc. 9º, CPCCT - Ley 9001”).

“Recuérdese que no se afecta el principio de congruencia si el Magistrado se ajusta a los hechos invocados, sin modificar la plataforma fáctica, pero le da un encuadre jurídico que considera más apropiado a la situación fáctica planteada, lo cual importa aplicación del principio “iura novit curia” y del art. 46 inc. 9º del C.P.C.” (conf. S.C.J.M., sala I, causa n° 13-02123680-7, “LUIS M. PAGLIARA S.A. EN J° 151427/50521 MATHIEU CLAUDIA MARIA C/ LUIS MARIA PAGLIARA S.A. P/ ACC POSESORIA P/ RECURSO EXT.DE INCONSTITUCIONALIDAD”, 06/08/2015).

“Es que el juez no puede modificar la acción deducida, pero sí calificarla, siempre que respete los hechos invocados, es decir, que no introduzca elementos fácticos diferentes a los denunciados por las partes, y mucho menos, si son presupuestos (conf. S.C.J.M., LS259-227)”. (LAC 63, fs. 23/28, 05-09-2018).

Bajo esos lineamientos, se desprende que, en el caso, el Magistrado de grado ha encuadrado jurídicamente la acción tomando en cuenta el objeto y los hechos expuestos por la actora como fundamento de su pretensión de desalojo, sin que se verifique un apartamiento de la plataforma fáctica o la modificación de la causa de la petición, como tampoco la afectación del derecho de defensa de la demandada. Si bien, al fundar en derecho su pretensión la actora citó el inc. A)- del art. 399 bis del C.P.C., de la plataforma fáctica base de la demanda no surge que haya invocado un contrato de locación como base de la ocupación del inmueble por parte de la demanda, sino que sostuvo que la señora R. A. se encontraba en el inmueble en calidad de conviviente del propietario al momento de su fallecimiento y que se había negado a restituirlo a los herederos, situación que encuadra entre los supuestos previstos en el inc. B)- de dicha norma.

Por otro lado, la simple lectura de la resolución atacada hace que carezca de sustento lo aducido por la apelante en

cuanto a que el juzgador ha dejado de lado la última parte del art. 399, punto I, inciso B del C.P.C; ya que, sin perjuicio de la conclusión a la que arribó en relación a la existencia de la posesión, el magistrado se refirió expresamente a la defensa opuesta por la demandada, al decir: “ *el planteo defensivo central de la accionada es la invocación de su calidad de poseedora a título de dueña del inmueble*”, y “*en principio la calidad de poseedor de un inmueble impide el desalojo, en tanto no puede discutirse en este tipo de proceso el derecho a la posesión de quien invoca la misma. Sin embargo, para que la invocación de la posesión obste al desalojo, debe acreditarse en el desalojo su existencia prima facie, con la prueba pertinente. De ahí que no baste invocar el carácter de poseedor para enervar la acción de desalojo, sino que es menester la demostración de tal calidad*”; por lo tanto, sin entrar en el análisis de la existencia o no de la posesión -lo que se hará al tratar el agravio siguiente-, no se advierte que el sentenciante haya ignorado que la demandada invocó en su contestación un título de posesión, tal como lo plantea, sino que lo tuvo presente y abordó en forma clara su tratamiento.

Por lo tanto, esta queja no resulta atendible.

2.- En segundo lugar, la demandada se agravia por la valoración hecha por el Juez de grado de la prueba rendida en autos, que lo llevó a concluir que ella no había logrado demostrar el carácter de poseedora del inmueble invocado para enervar la pretensión de lanzamiento.

2.1.- Este Tribunal, a través de distintas integraciones hasta la actual, se ha pronunciado respecto a la procedencia del desalojo ante un demandado que invoca ser poseedor del inmueble y sobre quién pesa la carga probatoria en tal supuesto.

Así, en autos N° 29.703 (“Campos c/ Martínez”, 27/07/2018), sobre la base de propios precedentes y de otros Tribunales, se dijo que la jurisprudencia tiene sentado que el objeto del proceso de desalojo es muy limitado y consiste en dejar libre el uso de los bienes materia del litigio, sustrayéndolos, con el auxilio de la fuerza pública si

fuere necesario, de la acción de los detentadores, siendo legitimados pasivos quienes tengan la obligación de restituir o de entregar el inmueble (3ª Cám. Apel. Civ. y Com., 1ª circ. jud. de Mendoza; Expte.: 51642 – “NARRILLOS” 10/05/2016 - LS161-011). Se trata de una acción de carácter personal, que tiene por objeto exclusivo la recuperación del uso y tenencia de una cosa, perseguida contra quien se halla obligado a esa restitución, por ende, no se admite en este proceso la discusión sobre el dominio de la cosa ni es apta tampoco para reclamar la posesión (conf. 4ª Cám. de Apel. Civ. y Com. de la 1ª circ. jud.; Expte.: 32754 – “SILVA PONCE”; 03/02/2011 - LS219-116).

El tema de la invocación de la posesión en contra de la demanda de desalojo, ha sido tratado por este Tribunal, con integración diversa, en el precedente “Foetzsch” (autos N° 24.703, 17/09/2010, LSC N° 45, fs. 496/502), siguiendo reiterados antecedentes y, en particular, la jurisprudencia relevante de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En dicha causa –seguida luego en reiteradas oportunidades, como, por ej., en autos N° 27.869, “ZINGARETTI HNOS. S.R.L.”, 08/10/2015, LSC N° 50, fs. 198/202- se sentó el criterio de que, si los actores han demandado con fundamento en que la demandada es una mera tenedora precaria, por habérselo facilitado en préstamo de uso, y la accionada ha invocado ser poseedora animus domini, dando las razones de ello, deben aquéllos, ineludible y acabadamente, probar la calidad que le atribuyen a la ocupante, pues ello conforma el hecho constitutivo en que se basa su acción de desalojo. La obligación de demostrar la calidad de “tenedora precaria o comodataria”, les nace a los actores con el responde de la demandada, que lejos de reconocerla, la niega de modo expreso y alega ser poseedora animus domini. Ésta es la obligación impuesta por el juego armónico de las normas aplicables al caso (cit. art. 399 Bis-I-B y art. 179, del C.P.Civil).

Es decir que la mera invocación del demandado de ser poseedor animus domini no basta para enervar la acción de desalojo, ya que –ante dicho planteo defensivo- el actor tiene la posibilidad –y

carga- de demostrar cabalmente el carácter de tenedor del demandado.

La carga de la prueba pesa, entonces, sobre la actora.

En otro de los precedentes de este Tribunal se dijo que la acción de desalojo no prospera contra el poseedor, desde que no pueden decidirse en el juicio sumario de desahucio los derechos relativos a la posesión o dominio, para cuya dilucidación son inexcusables las formas amplias del proceso ordinario. En tal supuesto, la acción específica de desalojo no puede prosperar desde que la discusión no versa sobre la obligación de restituir el inmueble conforme a la causa expresada en la demanda, sino respecto del dominio y posesión del mismo, lo que es materia propia de las acciones petitorias y posesorias (conf. L.S.C. 51, FS. 178/188, 17/11/2016). La Suprema Corte de Justicia ha entendido desde antiguo que la mera invocación de la calidad de poseedor no impide la continuación del juicio de desalojo, permitiéndose al actor probar ambas legitimaciones invocadas. En tal sentido, señaló que “Si el demandado invoca estar en posesión de la cosa cuyo desalojo se persigue, corresponde que en la sentencia se rechace la acción instaurada, a menos que el actor hubiese acreditado, acabadamente, la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al demandado” (28/10/1976, Mazeo Calabro en j: Iriarte c/ Luis Mazeo Calabro p/ Desalojo, LS 145-473; 23/10/1978, Ordoñez Pantaleón en j: Ordoñez c/ Juan Rojas, LS 155-341). En definitiva, frente a la alegación de posesión del demandado, se permite al actor acreditar la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al ocupante, para la viabilidad de la acción (autos N° 29.575, “Espejo c/ Zárate”, 09/05/2018).

Este último fallo citado fue confirmado por la SCJ Mza., Tribunal que, más allá de considerar que el REP no era procedente por falta de definitividad de la sentencia que rechaza el desalojo, a mayor abundamiento recordó sus propios precedentes en los que sentó que, conforme la jurisprudencia plenaria recaída en “Monti Atilio” (Cám. Nac. de Paz en Pleno 15/9/60 LL 101-932), seguida por nuestra Suprema

Corte local (L.S 253-383), no es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor para que se declare improcedente la acción de desalojo. Es necesario que la alegación de aquella calidad presente suficientes visos de seriedad, dado que una vez acreditada será insuficiente el marco del desalojo para dirimir la contienda, debiendo ventilársela por otros medios procesales, creados para discutir la posesión (SALGADO. "Locación, comodato y desalojo". Ed. La Rocca, págs. 317 y sgtes.). En el mismo sentido se expresa la Cámara Nacional Civil Sala A. al afirmar que: "en el juicio de desalojo se halla descartada toda posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alegue su calidad de poseedor, siempre que éste aporte elementos probatorios que, prima facie, acrediten la verosimilitud de su alegación. Verificada esa demostración resulta excluido del juicio de desalojo el debate relativo a la naturaleza de la posesión, ya que la sentencia que se dicte no hace cosa juzgada sobre el punto y el actor sólo puede hacer valer su eventual mejor derecho por la vía de los interdictos o de las pretensiones posesorias o petitorias (C.N.Civ. Sala A "Compagnia Dauxerre S.A c/Hoogen Jorge Alfredo y otros s/ desalojo", 28/11/2013) (SCJ Mza., Sala 1ª, causa n° 13-04352955-7/1, "Espejo c/ Zárate", 23/04/2020).

En otros precedentes la SCJ Mza. se ha explayado más en estos fundamentos. Ha señalado que es sabido que la acción de desalojo no procede contra el poseedor, desde que no puede decidirse en el juicio sumario del desahucio los derechos relativos a la posesión o dominio, para cuya dilucidación son inexcusables las formas amplias del proceso ordinario. La acción específica del desalojo no puede prosperar desde que la discusión no versa sobre la obligación de restituir el inmueble conforme a la causa expresada en la demanda, sino respecto del dominio y posesión del mismo, lo que es materia propia de las acciones petitorias y posesorias (L.S 72-317; L.S 107-160). No obstante lo expuesto, es preciso recordar -señala nuestro Superior Tribunal- que es

también su criterio que no basta con la mera invocación de la calidad de poseedor para paralizar la procedencia del desalojo, ya que el actor puede acreditar la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al demandado (L.S 145/473; L.S 155-341). En el mismo sentido ha expresado que: “invocada la calidad de poseedor pero no acreditada y, en cambio, probada por el actor una relación de tenencia y no de posesión, es claro que procede la acción de desalojo” (L.S 147-37). Señaló también su adhesión a la jurisprudencia plenaria recaída en “Monti Atilio” (Cám. Nac. de Paz en Pleno 15/9/60 LL 101-932) (SCJ Mza., Sala 1ª, causa n° (012174-11322101), “Paredes en J° Soto Manzano c/ Paredes”, 13/02/2015; causa n° 13-00691728-8/1, “Andrada en J° Di Betta c/ Andrada”, 31/07/2018).

Las demás Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia siguen también estos criterios.

Así, la Excma. Tercera Cámara de la 1ª circunscripción tiene resuelto que el carácter de propietario exclusivo y titular del inmueble es insuficiente para la admisión de la acción por desalojo. Si el demandado ha invocado posesión, corresponde al actor acreditar acabadamente la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al demandado, en cuyo caso éste no podrá oponerse al progreso de la acción, a menos que demuestre a su vez haber intervertido el título originario (Expte. N° 13-04081881-7, “Zanon c/ Zanon”, 25/04/2019). También que, en el juicio de desalojo, si se invoca posesión, la carga de la prueba corresponde al actor, quien debe acreditar acabadamente la calidad de tenedor precario o intruso atribuido al demandado, en cuyo caso éste no podrá oponerse al progreso de la acción, a menos que demuestre a su vez haber intervertido el título originario (Expte. N° 51222, “Adm. Def. Britos p/ Sucesión c/ Barrionuevo”, 18/09/2015, LS 150-21).

Por su parte, la Excma. Quinta Cámara de la 1ª circunscripción, ha señalado que en la acción de desalojo, la defensa de posesión debe estar basada en un razonable aporte probatorio que otorgue sustento a la misma y no constituir una mera invocación de

posesión por parte de quien se comporta como tenedor, lo cual requiere de prueba que acredite, por lo menos prima facie, la verosimilitud fáctica de la posesión que se invoca (Expte. N° 51176, “Urtubia c/Manrique”, 30/03/2015).

En términos similares se ha expedido la Excma. Segunda Cámara de Apelaciones, también de la 1ª circunscripción, al decir que no basta con que el demandado por desalojo alegue la calidad de poseedor para que quede excluida esa vía y el actor se vea precisado a recurrir a las acciones reales o posesorias a fin de recuperar el inmueble, sino que aquél deberá probar, al menos prima facie, esa posesión que invoca como defensa. No basta la sola mención del hecho posesorio para la oposición a la acción de desalojo, sino que la ley exige algo más: la invocación de un título a la posesión, lo que conlleva la obligación y derecho del Tribunal de analizarlo, sin que ello implique discutir o decidir sobre el ius possidendi o el ius possessionis, sino la posibilidad de determinar o comprobar si prima facie se justifica la pretensión del accionado esgrimida como única y esencial defensa. De otro modo, la sola invocación de posesión o de derechos posesorios sería suficiente para obligar al actor a recurrir al ejercicio de acciones reales o posesorias, restringiendo el ámbito de aplicación del proceso sumario por desalojo, haciendo imposible su realización en los casos de intrusión o precariedad (LS 80-499). Si bien es cierto que no basta la sola invocación de la posesión, pero tampoco es exigible una prueba acabada y definitiva que dirima la cuestión posesoria o petitoria, sino que a la aseveración que formula el demandado por desalojo, debe adunar prueba suficiente que haga verosímil su derecho distinto y más amplio que el del tenedor, de tal manera que el juzgador llegue al convencimiento, no pleno de la posesión, pero suficiente para remitir a las partes a concluir con su controversia en el ámbito del proceso que corresponda, ya sea petitorio o posesorio, por no ser el continente del desalojo apto para tal finalidad, razón por la cual se determina procesalmente una legitimación sustancial pasiva acotada al simple tenedor, tal como quedó visto de la lectura del

art. 399 bis. ap. B del C.P.C. (L.S. 107-016). (Expte. N° 50507, “García Hnos. c/ Calderón”, 02/06/2014). En un juicio por desalojo no basta que el demandado invoque la condición de poseedor para que el desalojo no prospere. En efecto, debe aportar elementos que “prima facie” acrediten la verosimilitud de su alegación para que el desalojo no proceda. (Expte. N° 53410, “Ortega c/ Sosa”, 05/07/2018).

2.2.- Entonces, conforme los precedentes citados en el punto anterior, dado que en el proceso de desalojo la cuestión a resolver versa exclusivamente sobre la tenencia del inmueble y la obligación exigible de restituir por parte del demandado, no procederá la acción si éste invoca su carácter de poseedor y de la prueba aportada surge que ello es, al menos, verosímil, siendo en este último supuesto, carga del actor probar cabalmente el carácter de tenedor del demandado. De no lograr con la prueba despejar toda duda respecto de la obligación exigible de restituir en cabeza del demandado, la cuestión debe diferirse a un proceso de conocimiento pleno posterior, en el que se ejerzan las pertinentes acciones posesorias o reales. Este es el criterio que en sus considerandos sienta como norte a seguir el Juez de grado, ya que pone en cabeza del demandado la carga de demostrar prima facie la posesión invocada.

Sin embargo –y adelanto mi postura favorable al recurso- considero que la aplicación al caso concreto de autos no ha sido adecuada, conforme la valoración de la prueba aportada.

2.3.- En estos autos, la actora, como Administradora Definitiva de la sucesión del titular registral del dominio sobre el inmueble en cuestión, demanda por desalojo a la actual ocupante de la vivienda. La actora, además, ha sido declarada heredera de quien fuera propietario del inmueble, por su vínculo conyugal, junto con uno de los dos hijos de ambos.

Al fundar fácticamente su pretensión, sostuvo que el inmueble se encuentra ocupado por la señora R. A., quien *“cohabitaba con el señor T.C., al momento de su fallecimiento, a*

lo que en reiteradas oportunidades, se le ha solicitado que desocupe el inmueble, y no obstante que esta reconoce, ser el inmueble de los herederos, no lo desocupa” (fs. 15 vta.).

A su vez, en la sucesión del señor T.C. (autos N° 1.551), la señora T.N.S., al solicitar la apertura del proceso como cónyuge superviviente, pidió como medida conservatoria cautelar, la constatación del estado de ocupación y conservación del inmueble. En dicha oportunidad dijo que la vivienda en cuestión había constituido el hogar conyugal, pero que ella no lo habitaba desde hacía muchos años por estar separada de hecho del causante (fs. 9 vta. del expediente sucesorio).

Por su parte, la demandada sostuvo que posee el inmueble a título de dueña desde hace más de treinta años, por haber sido adquirido junto con su pareja –el señor T.C.- no obstante que él lo puso a su nombre. Sostuvo que comenzó a habitar en el inmueble desde mayo de 1970, junto con el señor T.C., con quien compraron la vivienda con dinero de ambos, no obstante que en el boleto de compraventa figura solo él como adquirente (se infiere el error de tipeo en cuanto al año, ya que el boleto de compraventa en cuestión data del 11/05/1979). Agregó que la convivencia entre ambos era anterior a la compra de la propiedad (desde 1970), habitando en la finca “L.A.”, en la localidad de Cuadro Bombal, donde se desempeñaban como contratistas del señor C.A.. Sostuvo que la convivencia de la pareja en el inmueble se mantuvo hasta el fallecimiento del señor T.C. el 24/04/2008 luego de una larga enfermedad que comenzó en 1990, siendo ella quien lo asistió hasta último momento. Agregó que luego del deceso –siendo ella quien afrontó los gastos del sepelio- continuó poseyendo el inmueble, manteniéndolo con enorme sacrificio personal, ya que debió hacer importantes reparaciones, como cambiar el techo que se llovía por todos lados; pero aclaró que la vivienda era mantenida con su esfuerzo desde antes, porque desde el año 1990 el señor T.C. se encontraba imposibilitado de trabajar por su enfermedad, mientras que la actora jamás se ocupó del inmueble hasta la interposición de la demanda y nunca la intimó a desocupar, porque sabía que su respuesta sería que ocupa el inmueble por haberlo adquirido junto con el señor T.C. y que ejerce la posesión a

título de dueña, en forma pública, pacífica y continuada; que los herederos de quien fuera su pareja nunca pagaron los impuestos de la propiedad; que el servicio de energía eléctrica se encuentra a su nombre y que, además, ella también paga los demás servicios.

Al contestar el traslado del responde, la actora negó que la demandada sea poseedora, porque, como concubina, reconoce la propiedad en su conviviente, el señor T.C..

2.4.- De la prueba rendida en autos surge que:

El señor T.C. contrajo matrimonio con la señora T.N.S. el 29/08/1958 (fs. 3/4, autos N° 1.551).

Desde el año 1970 hasta 1979 el señor T.C. se desempeñó como contratista de viña en la finca "L.A." de la localidad de Cuadro Bombal, conviviendo en una casa de la finca con "su Sra. R. A...". Así surge de la nota suscripta por el señor C.A. en fecha 19/11/2013 (fs. 27). Dicho certificado no fue impugnado por la actora y fue admitido por el Juzgado (auto de fs. 58/57). El 11/05/1979 el señor Teodoro I. T.C. suscribió, como comprador, boleto de compraventa respecto del inmueble ubicado en calle Independencia de esta Ciudad. En dicha oportunidad, en sus datos personales se consignó que se encontraba "separado judicialmente". Conforme lo declarado en el título, en el mismo acto le fue entregada la posesión del inmueble (fs. 26 y vta.). La escritura traslativa de dominio se suscribió el 16/10/1979 y en ella se consignó que el señor T.C. se encontraba casado en primeras nupcias con la señora T.N.S. (asiento A-1 de la Matrícula N° XXXX17 del Folio Real; fs. 7 de los autos N° XX; no se ha agregado a autos, ni en el expediente sucesorio, copia de la Escritura que constituye el título de adquisición del dominio por parte del señor T.C.).

La ocupación de la vivienda por la pareja constituida entre el señor T.C. y la señora R. A. y, luego del fallecimiento de aquél, solo por ella, es datada en forma coincidente por todos los testigos declarantes en autos como de más de 30 o 35 años, en forma pública e ininterrumpida. También coincidieron todos los testigos en considerar como dueños de la propiedad tanto al señor T.C. como a la señora R. A., quienes eran percibidos por sus vecinos como un matrimonio ("*trabajaba ella con el marido*", "*R.A, que quedó viuda*" declaró C.A. ; R.A convivía "*con el esposo hasta que falleció*", "*el esposo se enfermó*", "*esa casa la levantaron ellos*", dijo la señora María C.; el señor M.C. declaró que "*fue muy amigo del finado, del marido de ella y de ella también*", a quienes conocía desde que vivían en Cuadro Bombal; también, que ella ocupa la vivienda "*como dueña*", lo que

sabe porque se lo *“contó el marido... como que es de ellos”*; la señora J.M. dijo que la señora R. A. convivía con *“... el señor ..., nunca le pregunté cómo se llamaba el esposo”, “yo los conocí por matrimonio a ellos ahí”*). Varios de los testigos refirieron también que la señora R. A. tenía como oficio el de peluquera, actividad que desarrollaba en la misma vivienda. Tales declaraciones refrendan lo que surge de la documentación agregada en fotocopias (y admitidas en tal carácter en el auto de sustanciación) obrantes a fs. 28 y vta. (certificado expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de fecha 13/03/2006, en el que se constata la declaración de la señora R. A. de convivir con el señor T.C. desde hace 34 años); fs. 29 (Certificación del señor Delegado Municipal de Pueblo Diamante, de fecha 11/11/2010, que da cuenta de que la señora R. A. vive en el domicilio de calle Independencia desde 1979); y fs. 30/31 (nota suscripta por numerosas personas, fechada el 17/11/2010 por la que, en carácter de vecinos *“atestiguan... que la señora R. A. domiciliada en Independencia N° XX ha convivido 31 años con el señor T.C. (actualmente fallecido)...”*).

En el año 1993 tramitaba el proceso de divorcio

iniciado por el señor T.C. contra la señora T.N.S. (conf. cédula agregada a fs. 39). No obstante, dicho proceso quedó inconcluso (conf. informe del Archivo judicial al que hace referencia el Juez de grado en su sentencia), manteniéndose, en consecuencia, el vínculo matrimonial, pese a la separación de hecho desde, al menos, 1970.

El 20/12/2004 el señor T.C. solicitó la afectación del inmueble al régimen de Bien de Familia de la Ley 14.394. Conforme surge de la documental agregada a fs. 45/46, la solicitud se instrumentó en formulario pre impreso de la Dirección de Registros Públicos y Archivo Judicial, en la que se agregaron los datos personales del solicitante y del que sería su grupo familiar. Allí se indicó que el señor T.C. era de estado civil casado en primeras nupcias con la señora T.N.S. y que “ *se instituyen como beneficiarios recíprocos del presente régimen... y a sus hijos*” (lo precedentemente transcrito corresponde al texto predeterminado por el Registro Público), individualizándose a continuación los datos de sus hijos R.O.(nacido el 0X/1X/1964) y J.I. (nacido el 1X/0X/1959). La solicitud aparece suscripta solo por el señor T.C.

J.I. falleció el 2C/04/2008.

El 21/09/2010 la señora T.N.S. inició su proceso sucesorio en el carácter de cónyuge supérstite y solicitó, como medida conservatoria, la constatación judicial del estado de ocupación y conservación del inmueble.

La medida se llevó a cabo el 04/10/2010 y en dicha oportunidad se constató que la vivienda era ocupada por la señora R. A., quien le manifestó a la Oficial de Justicia interviniente “...*que ocupa la vivienda actualmente por acuerdo del Sr. T.C. y sus hijos, quienes le solicitaron que continuara ocupando la vivienda y que abonara todos sus impuestos y servicios luego del fallecimiento del causante; manifiesta asimismo que la vivienda fue adquirida por la pareja previo haber convivido durante tres años aproximadamente*” (acta de fs. 16/17 del

expediente sucesorio).

2.5.- En cuanto a la valoración de la prueba para resolver el caso, reitero y recalco que la cuestión a determinar, a mi criterio, es que si la posesión que invoca como defensa la señora R. A. resulta, al menos, verosímil y si, frente a ello, la actora ha logrado destruir toda sospecha al respecto, demostrando cabalmente que se trata de una mera tenedora cuya obligación de restituir es plenamente exigible.

También destaco, que en este proceso no se encuentran en discusión ni el derecho de posesión ni el derecho a poseer el inmueble, cuestión que, en su caso, deberá ser debatida ampliamente entre las partes en los procesos posteriores pertinentes.

No ignoro ni cuestiono la jurisprudencia que, en general, sostiene que la existencia de convivencia en aparente matrimonio (abandonando la denominación “*concubinato*” por la carga peyorativa que se asoció al término durante décadas no solo en el ámbito jurídico, sino más bien a todo nivel socio-cultural) no permite suponer la constitución de una sociedad de hecho entre los miembros de la pareja, por lo que, si ante la ruptura de la convivencia uno de ellos pretende derechos sobre los bienes adquiridos por su conviviente mientras se mantuvo la relación, habrá de probar la existencia de aportes en común. En tal sentido, nuestra S.C.J., entre otros, tiene resuelto que *cuando se trata de bienes adquiridos a nombre de uno solo de los concubinos, debe investigarse si éstos han sido comprados con fondos comunes o si, por el contrario, lo han sido con fondos que pertenecen exclusivamente a uno de ellos. En el primer caso, el juez no se limitará al título de propiedad, sino que, tratándose de las relaciones entre concubinos o sus sucesores universales, debe admitirse toda clase de pruebas para acreditar tal cotitularidad* (Sala 1ª, Expte.: 46291, “Olivarez c/ Álvarez”, 15/12/1989, LS 212-493; reiterado en CUIJ n° 13-03816548-2/1, “Eztala c/ Bianchi”, 05/09/2016, fallo confirmatorio de la sentencia de este Tribunal en autos N° 27.777, 09/09/2015).

Tampoco desconozco que la mayoría de la

jurisprudencia considera procedente el desalojo contra quien fuera conviviente del titular registral, sea por considerarlo tenedor precario o por ser servidor de la posesión del propietario. En tal sentido, se ha resuelto que *corresponde admitir la demanda de desalojo interpuesta por los herederos del titular registral del bien contra la concubina de éste, si ha quedado acreditado que la demandada reviste la calidad de tenedora precaria del inmueble, y no se ha probado que tenga título alguno que le dé derecho a seguir ocupando el bien* (4ª Cám. Apel. Civ. y Com., 1ª circ.jud. Mza., Expte.: 52342, “Camus c/ Ortiz”, 30/03/2017). También que *resulta improcedente la defensa de la demandada en contra de una acción de desalojo, alegando posesión del inmueble en razón de una relación de concubinato con el actor, desde que el concubino no propietario no puede calificarse como poseedor, sino como tenedor desinteresado, o como servidor de la posesión en razón de una relación de hospitalidad* (1ª Cám. Apel. Civ. y Com., 1ª circ. jud. Mza., Expte.: 51773, “Taricco c/ Guzmán”, 01/08/2016, LS195-103).

Respecto del desalojo del conviviente, la doctrina señala que *el carácter de conviviente no otorga la calidad de poseedor al mismo, pero sí excluye las otras condiciones que hacen viable la acción de desalojo, como por ejemplo la de intruso, comodatario, simple tenedor. El conviviente per se no es intruso, ni comodatario, ni tenedor; pero, puede en principio ser desalojado, ya que la mayoría de los códigos procesales que regulan el procedimiento de desalojo, permiten encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a “cualquier otro ocupante” cuya obligación de restituir o entregar sea exigible* (ello es lo que ocurre en el procedimiento mendocino). *Por lo que para enervar la acción deberá probar efectivamente la posesión o demostrar la sociedad de hecho. Sin embargo, los efectos patrimoniales provenientes de esfuerzos realizados en común entre las partes no pueden ser desconocidos por el derecho. Siendo que la prueba de la titularidad de los bienes en la convivencia resulta muchas veces muy compleja de demostrar, la razonabilidad y la valoración de las pruebas de*

cada caso en particular se tornan fundamentales para poder lograr una justa solución (conf. Von Zedtwitz, Érica, “El desalojo de la concubina del titular fallecido”, LLBA2017 (septiembre), 6; TR LALEY AR/DOC/2119/2017).

También se ha dicho que *el concubino no es intruso, ni tenedor o comodatario, ni poseedor, lo cual deriva en la inexistencia de título alguno que fundamente su detentación. En consecuencia, el concubino que de hecho ocupa la cosa, al carecer de un título autónomo que valide su ocupación, sería susceptible, desde esta perspectiva, de la acción de desalojo. No obstante, el proceso de desalojo resultaría insuficiente para dirimir todas las variables fácticas que concurren normalmente en la relación concubinaria y que necesariamente deberían ser merituadas por el juzgador a los efectos de evitar una visión sesgada de la cuestión. No sólo deben tenerse en cuenta las particularidades que pueden presentarse en cada caso concreto sino también, como criterio de interpretación insoslayable, la protección del derecho a la vivienda y el paulatino y creciente reconocimiento que vienen otorgando la legislación, la doctrina y la jurisprudencia al “status” concubinario, sin que ello implique de manera alguna su asimilación a la institución matrimonial* (Flah, Lily R. - Aguilar, Rosana I., “Concubinato, desalojo y vivienda, LA LEY 28/02/2006, 28/02/2006, 1 - LA LEY2006-B, 759; TR LALEY AR/DOC/147/2006).

En el caso de autos, la señora R. A. no limita su defensa a su condición de conviviente del causante de los demandantes, sino que resiste la acción afirmando su condición de poseedora del inmueble porque, pese a que formalmente figura como de propiedad exclusiva del señor T.C., fue adquirido por la pareja, mediante el esfuerzo común.

Para responder adecuadamente a la cuestión de que si tal afirmación es verosímil en grado suficiente para provocar el rechazo del desalojo, habrá que, por supuesto, atenerse a las circunstancias particulares del caso. Pero también es de fundamental importancia sentar

la óptica o prisma a través del cual se deben mirar, valorar, esas peculiaridades del conflicto puesto a resolver. Al tratar el desalojo de quien fuera conviviente del propietario, no pueden obviarse las implicancias familiares (superada ya la concepción unívoca de familia, reservada solo para la unión matrimonial heterosexual). Pero considero que también habrá de valorarse el contexto histórico, temporal y socio-cultural en el que se desarrollaron tales circunstancias.

Entiendo que en este caso, no debe perderse de vista que quien resiste la pretensión de lanzamiento es una mujer que invoca el carácter de poseedora, sobre la base de derechos patrimoniales que le corresponderían como consecuencia de la extinción de la convivencia provocada por el fallecimiento de quien fuera su pareja.

La primera circunstancia cuya relevancia destaco, es que la relación de convivencia en pareja entre la señora R. A. y el señor T.C. se consolidó a principios de la década de 1970. Para dicha época no existía el divorcio vincular que fue recién introducido en nuestro ordenamiento jurídico en 1987 por la Ley 23.515. Ello hacía imposible que la relación familiar entre ellos se iniciara bajo la forma de matrimonio y que, por ello, contara con el amparo normativo de dicha institución. Ello, sin embargo, no impidió que la pareja fuera percibida siempre como un matrimonio en su ámbito laboral y social.

También considero relevante que dicha relación de pareja ya llevaba aproximadamente nueve (09) años de duración cuando se adquirió la vivienda cuya ocupación se encuentra en conflicto y que, desde entonces, ocupa sin interrupción alguna la demandada, primero conviviendo con el señor T.C. y en forma exclusiva hasta la actualidad, luego del fallecimiento de su compañero de vida.

Cabe preguntarse entonces, si la vivienda fue adquirida con el fruto del esfuerzo común durante el tiempo que llevaban de convivencia –tal como afirma la demandada-, por qué la adquisición fue formalizada exclusivamente a nombre del señor T.C., cuando hubiera correspondido hacerlo en condominio.

Vuelvo a insistir sobre la necesidad de ponderar el ámbito histórico, geográfico y socio-cultural en el que se desarrollaron los hechos. Nos encontramos frente a una pareja cuyos miembros nacieron en la primera mitad del siglo pasado (1939 y 1944, respectivamente), que desarrollaron sus vidas primordialmente en el ámbito rural, dedicándose a tareas agrarias. La adquisición del inmueble se produjo al final de la década de 1970, cuando todavía resultaban inimaginables los cambios sociales y jurídicos que se han producido durante lo transcurrido en este siglo.

No es necesario recurrir a estudios científicos sociológicos para saber que todo ello sucedió en un contexto en el que la concepción de la sociedad, particularmente lo referido a la organización familiar y las relaciones entre hombres y mujeres, era marcadamente machista. Ello es un hecho público y notorio, por ser vivenciado por toda la comunidad. También, que generalmente los parámetros machistas encontraban una mayor expresión en el ámbito rural y entre la población con menor acceso a la instrucción formal.

Dentro de la lógica y contexto machistas, y las reglas que imponía a la organización familiar en la generalidad de los casos, lo más frecuente era que los bienes de mayor relevancia económica para la familia (inmuebles, automotores) fueran titularizados exclusivamente por el varón, ya que él era el único *“encargado de los negocios familiares”*, el que *“llevaba los papeles”*, porque las mujeres *“de eso no saben nada”*. Por ello entiendo que la circunstancia de que la señora R. A. no figure como adquirente del inmueble, ni en el boleto de compraventa ni en la escritura traslativa de dominio, no es elemento suficiente, por sí mismo, para excluir la verosimilitud de que el bien fue adquirido con fondos provenientes del esfuerzo común de la pareja. Tengo presente, además, que conforme lo declarado por varios de los testigos, la señora R. A. durante todo el tiempo que duró la convivencia y hasta la actualidad, ha desarrollado tareas remuneradas, aunque fuera independiente e informalmente (peluquería en su domicilio).

La circunstancia apuntada en el párrafo anterior, en el supuesto de una familia matrimonial, no implicaba mayor vulnerabilidad para la mujer no propietaria, ya que encontraba amparo en la ganancialidad y en la necesidad del asentimiento conyugal (art. 1277 del Cód. Civil velezano, según texto de la Ley 17.711). Situación diametralmente opuesta en las familias no matrimoniales.

Reiteradamente se ha señalado que *“las uniones de hecho afectan particularmente a mujeres y niños, que son los integrantes más vulnerables de estas uniones. Las mujeres quedan expuestas a situaciones de inequidad y desprotección, considerando las desiguales funciones que cumplen naturalmente varón y mujer en la pareja”* (entiendo que debiera reemplazarse “naturalmente” por “habitualmente”). La mujer *“queda más expuesta a la violencia familiar, y más desprotegida en una unión de hecho que en el matrimonio (seguridad jurídica, solidaridad familiar)”*. Como acertadamente se señala, en tal contexto histórico y socio-cultural, las reglas de la sociedad machista no necesitaban ser impuestas en forma violenta, sino que, en la mayoría de los casos, estaban internalizadas por las propias mujeres, quienes respondían mansamente a ellas, porque así fueron educadas. *“Muchas mujeres aceptan estos términos, simplemente por falta de conciencia de la dignidad propia o por temor a la soledad”* (Basset, Úrsula C., con cita a Catalina Arias de Ronchietto, “Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos”, LA LEY 04/06/2009, 04/06/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1244, TR LALEY AR/DOC/2093/2009).

En tal contexto, entiendo que no puede utilizarse en contra de la demandada recurrente el argumento de que, de haber hecho efectivamente aportes para la adquisición de la vivienda común, debió haberse reflejado ello en los instrumentos de adquisición de los derechos sobre el inmueble, como hace el Juez de grado cuando destaca que en el boleto de compraventa no se dejó constancia de que la señora R. A. haya participado de alguna manera o realizado aporte dinerario alguno para la adquisición del mismo. Mucho menos que se tome, siquiera como

prueba indiciaria en su contra, el hecho de no haber realizado “*el planteo o reclamo respectivo a lo largo de tantos años*”.

Menos aún puede reprochársele a la demandada que su conviviente no haya llevado a cabo el proceso de divorcio oportunamente iniciado, lo que hubiera permitido dotar a la pareja de la protección jurídica del matrimonio y, de tal manera, asegurar, entre otros, su derecho hereditario sobre la propiedad en conflicto. Ello en forma alguna estaba al alcance de la hoy demandada, dependiendo exclusivamente de la voluntad y decisión del señor T.C..

Tampoco resulta de peso, a mi criterio, el hecho de que cuando el señor T.C. afectó el inmueble al régimen protectorio del bien de familia, haya indicado como co-beneficiaria a quien aún fuera su cónyuge, pese a encontrarse separados de hecho en forma definitiva desde hacía ya más de 34 años y a que ella nunca habitó en ese inmueble (las pruebas de autos desmienten contundentemente la versión dada por la señora T.N.S. al Juez de la sucesión, en el sentido de que dicho inmueble constituyó originalmente el hogar conyugal) y a sus hijos, ya ambos mayores de edad y que tampoco habitaban, al menos para esa época, con el padre y la señora R. A. en esa vivienda. Como es sabido, el régimen de la Ley 14.394, si bien comenzaba la regulación del instituto disponiendo que “*Toda persona puede constituir en ‘bien de familia’ un inmueble urbano o rural de su propiedad...*” (art. 34), ello era a condición de que el titular tuviera conformada “*familia*” ya que –a diferencia del régimen actual- los propietarios solteros no podían amparar su vivienda. Y “*familia*” era solo la de origen matrimonial o por lazos sanguíneos o adoptivos (“*se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*”, art. 36), lo que quitaba toda posibilidad de incluir como beneficiario de la protección al conviviente. Tal normativa, totalmente anacrónica y discriminatoria para el año 2004, era no obstante la única posibilidad que tenía el titular dominial

de proteger su vivienda. Por ello, es entendible que el señor T.C. no tuviera más opción que denunciar como beneficiarios de la protección a su cónyuge y a sus hijos, pese a que el inmueble no era vivienda de ninguno de ellos. Pero, más allá de ello, claramente no se puede hacer valer en contra de la demandada tal circunstancia, cuando se trata de una manifestación de voluntad que no le es imputable.

Otros de los pilares fundamentales de la decisión de primera instancia son las manifestaciones hechas por la señora R. A. ante la Oficial de Justicia en la oportunidad de constatarse, en el año 2010, el estado de conservación y ocupación del inmueble en el proceso sucesorio. Concluyó el Juez de grado que, con sus dichos, la hoy demandada reconoció que ingresó a habitar el inmueble por una situación de hospitalidad del propietario, continuada luego por acuerdo con los hijos de él, sin que sea suficiente que haya manifestado que la vivienda fue adquirida por la pareja tras convivir tres años, para modificar la causa de su ocupación inicial. Por mi parte, entiendo que las expresiones que en tal oportunidad hiciera espontáneamente la señora R. A., sin asesoramiento letrado, en el contexto de una medida judicial, no arrojan con tal claridad la interpretación que de ellas extrae el Juez de grado. Las dos frases no deben ser leídas como contrapuestas y contradictoras, haciendo prevalecer una sobre la otra. Que el señor T.C. haya llegado a un acuerdo con sus hijos para que ella continuara habitando la vivienda luego de su fallecimiento, no es incompatible con la existencia de derechos propios de la señora R. A. sobre el inmueble, como coposeedora, por haberlo adquirido junto con su pareja; es decir, no implica el reconocimiento de derechos exclusivamente en cabeza de los sucesores de su compañero fallecido y que continuaba habitando la vivienda meramente por autorización u hospitalidad de ellos. La postura de la señora R. A. es que el inmueble *“fue adquirido por la pareja”*, lo que –traducido a términos jurídicos- importa considerarse con derecho a la copropiedad del inmueble, junto con el señor T.C., respecto de la vivienda que ambos compartían. Ahora bien, fallecido el señor T.C.,

sus derechos se transmitieron a sus herederos, por lo que la copropiedad o coposesión estaría en cabeza de la señora R. A., por un lado, y por los herederos de T.C., por el otro. Entonces, era ineludible un acuerdo entre el señor T.C. y sus hijos, o entre ellos y la señora R. A., para que ella continuara habitando la vivienda en forma exclusiva luego del fallecimiento de su conviviente (conf. art. 2680 del Cód. Civ. velezano), imponiéndose a su exclusivo cargo los impuestos de la propiedad, lo que, de contrario, como gastos de conservación, habrían de haber sido soportados también por los herederos en partes iguales (conf. art. 2685 del Cód. Civ. velezano).

En el marco del objeto de este proceso no resulta tampoco de poca significancia las declaraciones coincidentes de todos los testigos respecto a que la señora R. A. es considerada y vista como la dueña de la casa que habita.

Insisto en que las pruebas rendidas en autos y las circunstancias fácticas en las que las partes fundan su pretensión y defensa deben ser leídas en el contexto histórico, geográfico y, fundamentalmente, socio-cultural en el que se desarrollaron y desarrollan hasta la actualidad. Y en tal sentido, no puede perderse de vista que lo que se pretende aquí es desalojar a una mujer, adulta mayor (cuenta hoy con 77 años de edad), de la vivienda que ha ocupado por más de cuarenta años, habiendo comenzado su ocupación junto con su pareja, cuando ya ostentaban varios años de convivencia previa, llevando adelante un proyecto familiar común.

Recientemente nuestra Suprema Corte de Justicia nos ha marcado claramente el camino interpretativo que nos obliga a todos los operadores del servicio de justicia, pero particularmente a los jueces, a cambiar nuestra mirada en casos como el presente.

Así, ha dicho que la perspectiva de género debe bañar todo el ordenamiento jurídico, y los jueces debemos ampliar la mirada y ver los contextos en los que suceden las relaciones que, si bien pueden parecer planteos meramente económicos, transcurren en

estructuras sociales que propician desigualdades y asimetrías que es nuestro deber considerar y corregir (Sala 1ª, CUIJ: 13-03818211-5/2 “Rodríguez, Silvina...”, 14/06/2021).

Estos conceptos los ha reiterado en forma reciente en un pronunciamiento en el que se sostuvo que “*juzgar con ‘perspectiva de género’, consiste en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso, o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente, ello a los efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de ‘categorías sospechosas’ (sospechosas de sufrir discriminación) al momento de repartir el concepto de la carga probatoria, como cuando nos encontramos frente a mujeres, niños, grupos LGTBTI y personas con discapacidad*” (MACHADO, Claudia A. - “Cuando las nuevas configuraciones de la violencia de género exigen respuestas judiciales adecuadas” - Publicado en: DFyP 2019 (marzo) , 169 - Cita Online: AR/DOC/2160/2018) (LS 602-057)”. Y que “Una valoración con perspectiva de género implica meritarse y evaluar las circunstancias previas y concomitantes al planteo de las personas que acuden a la justicia, ampliando la mirada a fin de detectar, como bien se explicó previamente, si existe entre ellos una asimetría, desventaja o una posición vulnerable que amerite aplicar una medida correctiva para equilibrar dichas desigualdades propias de una estructura mayor o de situaciones concretas entre las partes”. (Sala 1ª, CUIJ N° 13-05324246-9/1, “Domper c/ Gauvron”, 19/08/2021).

“La llamada ‘perspectiva de género’ no impone siempre decidir a favor de la mujer, sino impedir que ella sea postergada por el hecho de serlo” (Cám. Nac. Com., Sala C; IGJ c/ Línea Expreso Liniers”, expte. N° 1651/2021/CA01, 09/08/2021, <https://www.hds.com.ar/inspeccion-general-de-justicia-paridad-de-genero/>).

En autos se encuentra en juego el derecho a la vivienda, derecho humano fundamental (conf. CN art. 75 inc. 22,

Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 25-, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 11.1- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –art. XI-; Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores -art. 24-. Junyent de Dutari, Patricia M., “Atribución de la vivienda luego del cese de la convivencia y derechos humanos”, Sup. Esp. CP 2019 (noviembre), 29/11/2019, 89, TR LALEY AR/DOC/3866/2019). La pretensión no es menos que excluir a una mujer, hoy adulta mayor, de su vivienda “*de toda la vida*”, en la que habitó durante más de cuarenta años con quien fuera su pareja de hecho y que, precisamente por esa circunstancia, no tiene mayor protección legal frente a la pretensión de los herederos de aquél, quienes nunca habitaron el inmueble.

Como arriba he citado, el art. 24 de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos del Adulto Mayor (aprobada por Ley 27.360) reconoce el derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades. Imponiéndole a los Estados Partes -lo que incluye a quienes conformamos el Poder Judicial- adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho. Ello impone -a mi criterio- la necesidad de un mayor celo y carácter restrictivo a la decisión que implique privar a una persona adulta mayor del goce de la que ha sido su vivienda por más de cuarenta años.

De acuerdo con tales criterios interpretativos, me resulta clara la verosimilitud de la posesión invocada por la demandada en su planteo defensivo. Ante ello, era carga de la actora acreditar cabalmente la precariedad de la ocupación y la existencia de una obligación exigible de restituir, lo que no surge de la prueba rendida autos.

Es por ello que considero que el recurso debe prosperar y, revocándose la sentencia de primera instancia, rechazar la demanda de desalojo.

Así, las partes deberán dilucidar sus derechos

posesorios y/o de propiedad sobre el inmueble en conflicto por las vías pertinentes.

Sin perjuicio de ello, considero conveniente exhortar vehemente a los litigantes y a sus letrados a procurar una solución consensuada sobre el particular, evitando continuar sometidos a nuevos procesos judiciales.

Reitero que la decisión que propicio no prejuzgará sobre el dominio, posesión o preferente derecho que puedan alegar los interesados o terceras personas sobre el inmueble (conf. 237.II.13 del CPCCT), sino que se limitará a desestimar la pretensión de desahucio, en razón de no encontrarse cabalmente acreditado el carácter de tenedora precaria por parte de la demandada, ante la verosimilitud de la posesión invocada por su parte.

3.- Las costas de primera instancia.

De obtener adhesión la solución que propongo, corresponderá adecuar la condena en costas al nuevo resultado del proceso (conf. art. 141.IV del CPCCT).

Conforme lo previsto en el art. 36 inc. I- del C.P.C.C.T., las costas del proceso deben ser soportadas en forma exclusiva por la parte actora, al resultar vencida.

En cuanto a los honorarios de los profesionales intervinientes en autos, las regulaciones deberán ser adecuadas al nuevo resultado del litigio, conforme la norma citada.

III.- CONCLUSIÓN

Atento todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso, revocando la sentencia de primera instancia y, en su lugar, rechazar la demanda de desalojo interpuesta, con costas.

Así lo voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS SEÑORES JUECES BERMEJO Y BONINO DIJERON:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ

MARÍN DIJO:

I.- COSTAS

Las costas por el trámite recursivo serán impuestas a la actora, por resultar vencida (conf. art. 36 inc. I- del C.P.C.C.T.).

II.- HONORARIOS

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, por su actuación en la Alzada, se efectuará por aplicación de los arts. 9 inc. e, última parte, 15 y 31 de la Ley 9.131, de conformidad con lo previsto en el art. 33 inc. III del C.P.C.T.

Así lo voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS SEÑORES

JUECES BERMEJO Y BONINO DIJERON:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

SAN RAFAEL, treinta de agosto de 2021.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se

RESUELVE:

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto a fojas ochenta contrala sentencia de fojas ochenta y uno (fs. 71), la que se REVOCA en todas sus partes y, en su lugar, **SE**

RESUELVE:

“1.- RECHAZAR la demanda de desalojo promovida por la señora T.N.S., en su carácter de administradora de la sucesión de T.C., contra la señora R. A.

2.- IMPONER LAS COSTAS del proceso a la parte

actora.

3.- REGULAR LOS HONORARIOS de los profesionales intervinientes: al Abog. R.T., la suma de PESOS XX; y al Abog. O.S., la suma de PESOS XX.

II.- IMPONER las costas por la tramitación del recurso a la actora recurrida.

III.- REGULAR los honorarios profesionales por la intervención en esta instancia, al Abog. al Abog. R.T., la suma de PESOS XX; y al Abog. O.S., la suma de PESOS XX.

IV.- HACER SABER a quienes resulten obligados al pago de los honorarios regulados en autos, que deberán pagarlos con más el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, de corresponder según la condición tributaria del profesional acreedor al momento del pago.

NOTIFÍQUESE por cédula de oficio y, oportunamente, **BAJEN**.

