--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I. G., L. N. y Otros c/ Z., R. y/o Quienes Resulten Tenedores y/o Ocupantes y/o Intrusos y/o Locatarios y/o Sublocatarios s/ Desalojo” (Expte. N° 287 – Año 2014 CAT)** 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. 158.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo:----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación de la actora de fs. 143 contra el pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 135/139 vta., por el cual se rechazó la demanda de desalojo promovida por L. N., B. D. y R. A. I. G. contra R. Z. respecto del inmueble ubicado en H. I. N° ****, Dto. *° “F” de Trelew, con costas a la actora.----------

---

--- A fs. 144 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 148/155, de lo que se corrió traslado a fs. 156, sin que el mismo fuera contestado.----------

--- I.- Comenzaré por realizar una reseña de la expresión de agravios. La apelante señala que los actores, en su calidad de titulares de dominio del inmueble objeto de autos, incoaron la demanda de desalojo, que en la misma expresaron que el inmueble fue dado en comodato por cuatro meses y que vencido el plazo la accionada se negó a restituirlo. Agregan que, tanto extrajudicialmente como al contestar la demanda, Z. adujo que se le había prometido constituir un usufructo vitalicio. Destaca que la jueza rechazó la demanda bajo fundamentos cuestionables y fácilmente rebatibles, pasando a enumerar los agravios. Indica que la legitimación activa se respalda en el informe de dominio del Registro de la Propiedad Inmueble, que la contraria afirma tener el derecho de uso y goce sobre el inmueble, lo que no pudo acreditar, dado que relató que en convivencia con el padre de los actores compraron una casa en Playa Unión, que fallecido el Sr. I. en 2008, se vendió dicha casa y que con esos fondos se adquirió el departamento de autos, escriturándose a nombre de los hijos de I. con la promesa de éstos de constituir un usufructo vitalicio a favor de Z.. También agregó que la propiedad de Playa Unión fue adquirida con el fruto del trabajo de doce años con su concubino, consistiendo su postura en que es poseedora legítima del bien por haber sido concubina del padre de los actores, cuya última voluntad fue que ella tuviera el usufructo vitalicio sobre la propiedad que se comprara con el producido de la venta de la vivienda de la playa propiedad de I..----------

--- Resumidas las posturas sostenidas por ambas partes, atacan el razonamiento de la juzgadora, entendiendo que invirtió las cargas probatorias, ya que concluyó que su

parte no había probado la existencia del contrato de comodato, lo que resulta insostenible a la luz de la normativa del C. Civil relativa al comodato. Es así que considera que entre la ocupación del departamento por la demandada -sobre lo que no existe controversia- y la interpelación extrajudicial, se deduce que Z. ocupa el inmueble en calidad de comodataria, habiendo vencido el término del comodato. Entiende que la jueza soslaya que el comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, y concuerdan con una cita de la propia sentencia en el sentido de que demostrada la falsedad de la afirmación de la demandada respecto a su posesión *animus domini,* la prueba del dominio por parte del actor y la carencia de otro título que autorice al ocupante a retener, permiten presumir el comodato invocado.-------

--- En cuanto a lo expuesto por la jueza con relación a que si bien los actores son titulares registrales del inmueble, como invocaron el comodato como título, debieron haber probado dicho vínculo, observan que este contrato se prueba con la tenencia del bien por parte de la demandada, lo que se admitió al contestarse la demanda. Añade que Z. alegó que existen muchos testigos que darán fe de su derecho a permanecer en el inmueble, destacando que la ocupación está fuera de discusión, por lo que su parte nada debía probar. Asimismo en cuanto a que ante la invocación de la posesión por el demandado, el desalojo deja de ser la vía adecuada para obtener la restitución del bien, sostiene que dicha cita es pertinente si está acreditada o reconocida la ocupación, lo que revela, según la recurrente, contradicción con el achaque que se efectúa a su parte acerca de la falta de prueba de la ocupación.----------

--- Continúa su expresión de agravios, destacándose que en el decisorio se tiene por cierta una compraventa inmobiliaria con la mera declaración de testigos, en cuanto a la invocada venta de la casa de Playa Unión, lo cual resulta contrario a lo dispuesto por el art. 1193 del C. Civil. Agrega que la sentenciante efectúa conclusiones antojadizas como la de suponer que dicho inmueble fue adquirido por la demandada e I., así como que con el producido de la venta de esa casa se adquirió el departamento de autos, resultando sugestivo que no se aportara ni una fotocopia del boleto de compraventa o un recibo. Es así que considera que se tuvo por probadas dos compraventas inmobiliarias con meros comentarios de un testigo que intervino como intermediario inmobiliario, mas no precisa datos de los inmuebles ni de las sumas pagadas.----------
---

--- No obstante lo anterior, aduce que si todo ello estuviera acreditado, de todas maneras no sería óbice para hacer lugar a la demanda. En cuanto a la declaración de D. I., quien señala que resguardó el dinero de la venta de la casa de Playa Unión y que fue entregado a los herederos de su hermano, destaca que con ello no se probó que Z. trabajara con su concubino durante la convivencia, por lo que no está demostrada la sociedad de hecho entre ambos concubinos, correspondiendo a sus herederos el fruto del trabajo del fallecido Sr. I.. Con relación al testimonio del Dr. O., considera que el art. 1193 del C. Civil resulta de aplicación en contra del mérito del mismo, ya que se hace

referencia a meras intenciones, expresiones de última voluntad, que contradicen lo expresado por el hermano de R. I..----------

--- Critica el reproche efectuado por la jueza a los coactores por su negativa en la absolución de posiciones, a la que considera de mala fe y de falta de colaboración, sin reparar que se trata de un acto en ejercicio del derecho de defensa. También cuestionan que la juzgadora se arrogara la potestad de determinar que algunas posiciones no serían perjudiciales para el absolvente, lo cual no se condice con la naturaleza de la prueba confesional. En todo caso, añade, bien pudo la magistrada interrogar libremente a las partes en virtud de lo dispuesto por el art. 419 del CPCC.-----

--- Seguidamente se objeta que la jueza concluyera que la demandada aportó elementos para formar convicción respecto a que la misma habita en el inmueble con ánimo de dueña. Al respecto se señala que Z. sostuvo que se le habría prometido un usufructo vitalicio sobre el departamento, reconociendo que concurrió al acto de celebración de la escritura traslativa de dominio, sin requerir asentar absolutamente nada sobre dicho usufructo. Agrega que si la intención de R. I. hubiera sido constituir dicho usufructo vitalicio a favor de Z. lo habría dispuesto por contrato o por acto de última voluntad, no existiendo ninguna nota o recomendación al respecto. Pero resalta que si la demandada considera que debería ser entendida como usufructuaria, no puede simultáneamente detentar la posesión, por cuanto el usufructo importa el reconocimiento del dominio en otro. Reitera que no se acreditó el usufructo invocado, y tampoco se puede reconocer a la demandada como poseedora por ser contradictorio con el carácter de usufructuaria alegado, ya que Z. invocó el derecho de uso y goce, lo que no importa posesión.----------

--- Culmina explicando que el desalojo tiene por objeto la restitución de un bien inmueble, que es una acción personal y no real, por lo que no admite el debate de cuestiones que desbordan su objeto. Señala que la jurisprudencia citada por la sentenciante se refiere a demandas de desalojo promovidas por el usufructuario vitalicio contra el nudo propietario, por lo que se trataba de un debate acerca de la posesión. Por último recuerda la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto que los jueces no pueden desatender las consecuencias de sus decisiones, y sostiene que si con dos o tres testigos se permitiera demostrar un contrato, un usufructo o una posesión con ánimo de dueño, el proceso de desalojo sería virtualmente imposible. Cita jurisprudencia con relación al proceso de desalojo y efectúa el petitorio de estilo.----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, analizaré los agravios de la apelante. A tal fin, entiendo que todos los agravios se refieren a una misma cuestión, que está acreditado el comodato invocado por los actores y que la demandada no probó su derecho a permanecer en el inmueble objeto de autos, por cuanto no logró acreditar ser usufructuaria ni poseedora. Sin perjuicio de ello iré tratando las quejas en el orden expuesto por la apelante.----------

--- 1) Encuentro conveniente recordar que, si bien los actores han fundado su legitimación en ser copropietarios, destacan que, por un acto de benevolencia prestaron -verbalmente- el inmueble a la Sra. Z. por cuatro meses, y vencido ese plazo ésta se negó a devolverlo, argumentando que le habían prometido un usufructo vitalicio e invocando una posesión sin fundamento alguno (ver demanda a fs. 19 vta./20, ptos. III y IV; y carta documento de la demandada de fs. 18). Por su parte la accionada, al contestar demanda, aporta la misma carta documento (ver fs. 27), reconoce que detenta el derecho de uso y goce (ver fs. 34, pto. II, 1), y al brindar su relato de los hechos, hace referencia al concubinato con el padre de los actores -al que ya había aludido en la carta documento- con quien alquilaba una casa en Trelew; agregando que desarrollaron actividades comerciales con cuyo fruto compraron una casa en Playa Unión. Destaca que vendieron dicho inmueble y el dinero producto de esa venta lo recibió en custodia el tío de los actores hasta que decidieran qué inmueble comprar en Trelew. Destaca que al poco tiempo de la muerte de R. I. se compró con el producido de la venta de la casa de la playa el departamento objeto del desalojo que se inscribió a nombre de los hijos, quienes habían asumido el compromiso ante el padre de una reserva de usufructo vitalicio a su favor. Indica que confió en los hijos de su concubino, que debió exigirles que se dejara constancia documental del usufructo. Hace referencia al instituto del concubinato, al derecho a la pensión de la concubina y si bien expresa que no es su intención plantear la existencia de una sociedad de hecho, añade que probará que el departamento que ocupa es el producido de la actividad común que desarrolló con el padre de los actores durante doce años (ver fs. 34 vta./36, pto. II, 3).---

--- En cuanto al referido comodato invocado por los actores, la sentenciante de grado argumentó que si bien los actores acreditaron la calidad de propietarios del bien, los mismos iniciaron la acción con fundamento en el contrato de comodato, no logrando probar dicho vínculo (ver sentencia a fs. 137, dos últimos párrafos/vta., primer párrafo). Textualmente señaló que *“Aunque el Art. 2263 del CC acepte toda clase de prueba para acreditar la existencia del contrato de comodato, de ello no puede inferirse que de la sola circunstancia de que un sujeto figure como titular de un bien ocupado por otro, el primero sea comodante y el segundo comodatario…Que al respecto ha dicho la jurisprudencia que, si el actor que funda su demanda en la existencia de un comodato del inmueble a favor de la demandada, no logra arrimar prueba de la alegada vinculación entre las partes, en calidad tal que coloque a la accionada en obligación de restituir por la vía elegida, no surge demostrada la precariedad de su ocupación ni la causa de la ocupación que se invocara en la demanda. Sólo cuando haya probado el hecho constitutivo de su derecho, el demandado debe proveer por su parte la prueba. Al actor le incumbe la carga de la prueba y, en consecuencia, quien alega la condición de simple tenedor con obligación de restituir en el demandado debe probarlo; no basta en su defecto que éste se encuentre en la imposibilidad de demostrar que es poseedor para que la demanda sea admitida. La falta de prueba acerca de los hechos*

constitutivos de la pretensión deducida no le traslada al demandado la carga probatoria acerca de la posesión invocada…" (ver sentencia a fs. 137 vta., dos primeros párrafos).----- Contra dicha argumentación de la jueza, la actora esgrime que aquélla invirtió la carga de la prueba, olvidando que el comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, no siendo un hecho controvertido la ocupación de la demandada (ver fs. 148 vta. "in fine"/150). Debe comenzarse por recordar que el art. 2263 del C. Civil establece que: *"Ninguna forma es indispensable para el comodato, y toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley".* En comentario a esta norma, se ha sostenido que el comodato es un contrato no formal, por cuanto no requiere para su celebración que las partes cumplan formalidad alguna. Es así que por no existir dentro del Código Civil norma alguna que prescriba forma determinada para la celebración del contrato de comodato, se puede afirmar que el mismo puede realizarse válidamente aun en forma verbal, mediante la entrega de la cosa (requisito indispensable por su carácter real), como ocurre cuando prestamos un libro. Se ha dicho que si se tratara de una vivienda o de un local, resultaría aconsejable -y ello sucede habitualmente- que las partes lo hicieran por escrito, sin necesidad de que fuera por escritura pública, ya que para la hipótesis de que se venza el plazo y el comodante quiera que se le reintegre el bien, cosa que no ha hecho voluntariamente el comodatario, necesitará probar, en la etapa procesal oportuna y mediante el correspondiente juicio de desalojo, la relación contractual, el plazo acordado y el incumplimiento de la devolución (conf. Zago, en Bueres-Highton: "Código Civil...", Ed. Hammurabi, 2003, Tº 4 E, págs. 458/459).----------

--- Con relación a la prueba del comodato la jurisprudencia ha sostenido que por tratarse de un contrato de buena fe, la mayor parte de las veces se realiza sin otorgarse documento alguno; de allí que pueda ser probado por cualquier medio de los reconocidos por la ley de fondo y la de procedimientos; con muchísima frecuencia los pleitos de esta índole se resuelven según las presunciones que originan hechos debidamente acreditados, tales como el parentesco, la amistad, las vinculaciones de otra naturaleza, reiterada y conocida práctica de la beneficiencia (conf. CN. Esp. Civ. y Com., Sala VI, 3/3/77, ED, 73-162). Asimismo, también se sostuvo que debe recordarse que, aunque resulta cierto que el art. 2263 admite toda clase de pruebas para acreditar la existencia del comodato, no se puede deducir, de la sola circunstancia de que un sujeto figure como titular de un bien ocupado por otro, que el primero resulte comodante y el segundo comodatario (conf. SCBA, 21/11/95, ED, 169-532). Sin embargo, también se sostuvo que, demostrada la falsedad de la afirmación de la demandada con relación a su posesión *animus domini* del inmueble motivos de autos, y admitida por otra parte la prueba del dominio por parte del actor, y la carencia de otro título que autorice a retener la ocupante, debe presumirse el comodato invocado por el propietario (conf. Cám. Civil 1era. San Nicolás, 25/01/93, DJBA, 147-5739).----------

--- En base a lo expuesto, habré de otorgarle la razón en este aspecto a la apelante, por cuanto, dada la forma en que quedó trabada la litis, la suerte de la prueba del comodato se encuentra ligada a la demostración del derecho de la demandada a permanecer en el inmueble. Es que, tanto en la carta documento de fs. 27, como en la contestación de demanda, ante la intimación a desocupar el bien (ver fs. 16), Z. señala que los actores le comunicaron que respetarían la voluntad de su padre a fin de proveerle un lugar para vivir y movilidad y que le otorgaron la posesión del inmueble que ocupa sin llegar a formalizar el usufructo vitalicio (ver fs. 27), añadiendo en la contestación de demanda que el departamento que ocupa es el producido de la actividad en común que desarrolló con el progenitor de los actores (ver fs. 36 “in fine”). De lo anterior se deduce que Z. admitió haber entrado en el inmueble con la promesa de los actores de permitir que permaneciera en el mismo de manera vitalicia y porque ese departamento se adquirió con el producido de la venta de otro inmueble adquirido con el esfuerzo de la demandada y del padre de los accionantes. Por lo tanto, la accionada ha admitido que los actores han prometido respetar su permanencia en el bien, lo que depende de la acreditación del derecho que invoca y que será objeto de examen de los siguientes agravios. Mas si la demandada no acreditara su derecho a permanecer es claro que lo que existió fue un comodato, ya que la misma accionada ha reconocido que los actores prometieron a su padre respetar la permanencia de Z. de manera vitalicia. Esto se corrobora con la absolución de posiciones de la demandada, quien manifestó que los actores compraron el departamento para que ella fuera a vivir allí, y que los acompañó en la compra (ver fs. 69, respuesta segunda).----------

--- En consecuencia de lo anterior, la prueba del comodato, y por ende la suerte de la demanda, se halla vinculada a la circunstancia de que la demandada haya acreditado o no su derecho a permanecer en el inmueble, lo que se examinará seguidamente.---------

--- 2) Los siguientes agravios planteados por la actora se focalizan en atacar el razonamiento de la juzgadora en cuanto tuvo por probados contratos de compraventa inmobiliaria con testigos, sin atender lo dispuesto por el art. 1193 del C. Civil, así como que por meros comentarios de tales testigos se tuvo por acreditado que el departamento de autos se adquirió con el dinero proveniente de la venta del inmueble de Playa Unión, sin que se hubiera acreditado la compra y la venta de este inmueble (ver fs. 150 vta./151). A ello se agrega que aun cuando esto resultara probado, no se acreditó que la demandada trabajara junto a su concubino durante el tiempo de convivencia, por lo que no demostrada la sociedad de hecho, el fruto del trabajo de I. pertenece a sus herederos, así como se refiere a que los testigos hablan de intenciones del Sr. I. (ver fs. 151 “in fine”/vta.). Finalmente hacen hincapié en la contradicción de lo sostenido por la contraria en cuanto a que solicita ser entendida como usufructuaria y además dice ser poseedora (ver fs. 152 vta./153).----------

--- Con relación a esto último debe recordarse que el art. 2807 del C. Civil define al usufructo como *“…el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad*

pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia". Al caracterizar este derecho se ha entendido que se trata de un derecho real que resulta de la enunciación del art. 2503 y de la definición referida, se ejerce mediante la posesión de la cosa y por aquélla el usufructuario entra en relación directa e inmediata con ésta, de donde obtiene un beneficio sin intermediario alguno ni participación del dueño, lo cual demuestra y constituye su carácter de derecho real. Asimismo el código incluye en su definición los conceptos de uso y goce de la cosa -*ius utendi* e *ius fruendi*- quedando el usufructuario, de entre las facultades que corresponden a un propietario, sólo excluido del *ius abutendi.* Este disfrute de la cosa es amplio, hasta tal punto que el propietario toma el nombre de "nudo propietario", es decir, que la suya es una propiedad desnuda, vacía de contenido. El usufructuario absorbe toda la utilidad, todo el disfrute del bien. Nada de ello conserva el nudo propietario, por lo que ha perdido todas las ventajas del dominio. No obstante, el usufructuario no tiene el derecho de enajenar la cosa, sino que, por el contrario, tiene la obligación de conservarla, para restituirla al nudo propietario (art. 2810). Por lo demás, otro carácter del usufructo es que debe recaer sobre una propiedad ajena, es consecuencia del principio *nemini res sua servit,* o sea que nadie puede tener una servidumbre sobre la cosa propia. La cosa, pues, sobre la que recae el usufructo debe, necesariamente, pertenecer a otra persona. Finalmente, es característica del usufructo, que su titular tiene el derecho de usar y gozar de la cosa sometida al mismo, "con tal que no se altere su sustancia". Tal es el principio del *salva rerum substantia,* que proviene del Derecho romano, que es aplicable solamente al usufructo perfecto (conf. Mariani de Vidal, Marina y Heredia, Pablo D., en Bueres-Highton, op. cit., T° 5 B, págs. 648/650).----------

--- Como se puede apreciar, se ha considerado que el usufructo se ejerce mediante la posesión de la cosa. Así se ha sostenido que el usufructuario goza de la posesión de la cosa, diversos artículos le reconocen expresamente este derecho (arts. 2849, 2852) o hablan de que el propietario debe hacerle tradición de la cosa al usufructuario (art. 2820) o le conceden las acciones posesorias (art. 2876). Es la posesión inmediata, que no excluye la posesión mediata del dueño. Esa posesión está en el alma del usufructo; importa el derecho de disfrute de la cosa. El usufructuario puede habitarla, si se trata de un inmueble; o puede servirse de ella con fines de descanso o placer. Puede también, y esto es esencial, disfrutar económicamente de la cosa, es decir hacerla producir sus frutos (conf. Borda: "Tratado de Derecho Civil", "Derechos Reales-II", Ed. Perrot, 1978, pág. 33).----------

--- De lo anterior se deduce que entendida como posesión inmediata, no existe contradicción en el planteo de la demandada de invocar el usufructo vitalicio y la posesión. Ahora bien, lo cierto es que la accionada no invocó ser usufructuaria, sino que los actores habían asumido el compromiso ante su padre de constituir un usufructo vitalicio en su favor, y que su error fue confiar en ellos, ya que al momento de constituir la escritura (ver fs. 08/10), debió exigirles que se dejara constancia documental del

mentado usufructo (ver fs. 35, dos primeros párrafos), de hecho la demandada admitió haber acompañado a los accionantes a comprar el bien (ver fs. 69, respuesta segunda). Por lo demás es sabido que el art. 2812 del C. Civil dispone que el usufructo se constituye por contrato oneroso o gratuito, por actos de última voluntad (testamentos), en los casos que la ley designa, o por prescripción; no presentándose ninguna de estas circunstancias en el "sub exámine".----------

--- Al respecto he de agregar que es cierto que la juzgadora señaló que la demandada fundó su defensa en el supuesto usufructo vitalicio prometido por los actores, mas en el mismo párrafo indica que en los casos en que se demanda el desalojo por cesación de comodato, y el demandado alega un derecho mejor a ocupar el inmueble, debe demostrar la titularidad de un derecho a la tenencia suficiente para repeler dicha acción; y dicho ello procedió a verificar si *prima facie* la accionada logró demostrar la seriedad de su planteo defensivo consistente en que ocupa el bien como poseedora (ver sentencia a fs. 137 vta., dos últimos párrafos). Y luego de analizar la prueba testimonial (ver sentencia a fs. 138, 2do. párrafo/vta., dos primeros párrafos), concluyó que *"…los elementos aportados por la demandada, han logrado formar mi convicción respecto a que ella habita en el inmueble objeto de este juicio con ánimo de dueña. Resulta evidente, dada la relación que unió durante los últimos 12 años de vida al padre de los actores con la demandada, así como por el hecho de que el departamento se compró con el producido de la venta de un Plan Médanos en Playa Unión -adquirido durante la convivencia de la demandada y su pareja aunque nunca se llegó a escriturar-, que la demandada no habita el inmueble en carácter de comodataria, existiendo otras cuestiones, ajenas al ámbito de este desalojo, que me habilitan a pensar en la seriedad del planteo defensivo de la demandada. Esta última ha logrado introducir la duda necesaria y suficiente para rechazar el planteo intentado"* (ver sentencia a fs. 138 vta., anteúltimo párrafo).----------

--- A la luz de lo expuesto es que corresponde analizar el agravio relativo al análisis de la prueba testimonial.----------

--- 3) La recurrente cuestiona que se obviara lo dispuesto por el art. 1193 del C. Civil y que la juzgadora tuviera por probados dos contratos de compraventa con meras declaraciones de testigos, a lo que agrega que no se acreditó que Z. trabajara junto con su concubino, por lo que no está demostrada la sociedad de hecho, y que por ende, que la demandada hubiera aportado dinero para la compra del inmueble objeto de autos (ver fs. 150 vta., 3er. párrafo/151 vta.). La sentenciante de origen razonó *"Que la totalidad de los testigos coincidieron en que la demandada fue la concubina del padre de los actores -Sr. R. I.- durante los últimos años de vida de éste, lo cual también se encuentra acreditado por el hecho de que la Sra. Z. es quien percibe el beneficio de pensión del nombrado (comprobantes de Fs. 29/33). Asimismo, el testigo B., que fue quien vendió al Sr. I. una vivienda en Playa Unión y luego realizó la transferencia de esa misma casa a un tercero, expresa claramente que la vivienda originaria, del Barrio*

Médanos y que nunca se llegó a escriturar, la compraron "ellos", en clara referencia a la demandada y a quien era su concubino (Respuesta SEXTA, Fs. 75), y que esta vivienda nunca se escrituró (Respuesta OCTAVA, Fs. 75 vta.). Por su parte, el testigo D.A. I., señala que él fue el encargado de cobrar y guardar la plata de esa casa vendida en Playa Unión, y que se las entregó a las coactoras, afirmando que, sobre el destino de dichos fondos, sabía de una conversación entre su hermano y el coactor Alejandro, aunque dice no saber de qué se trató (Respuestas CUARTA y QUINTA, Fs. 78). Finalmente este testigo también afirma que la plata de la venta de dicho inmueble, sirvió parta adquirir el departamento, entendiendo que se trata del departamento que está siendo objeto de este litigio (Respuesta SEXTA, Fs. 78 vta.). Que el testigo más contundente en cuanto a los hechos que se ventilan y que la Sra. Z. ha introducido como fundamento de su defensa, es el Sr. C. N. O.. Este último testigo, no solo da fe de la relación que existía entre la demandada y el padre de los actores, sino también ente las partes entre sí, por haber tenido oportunidad de compartir momentos con todos ellos, expresando que la relación era fluida al momento del fallecimiento de I., habiéndose luego desgastado. Dada su profesión de abogado y por ser quien llevó a cabo la sucesión de aquél, refiere haber hecho de interlocutor entre las partes en aquel momento, y afirma que con el producido de la venta de la casa del Barrio Médanos en Playa Unión, se compraría un departamento a la Sra. Z., tal como había sido el pedido de última voluntad de aquél. Indica que así fue que compraron el departamento que es objeto de este juicio, habiéndole él mismo entregado la llave a la demandada, que fue quien además se hizo cargo de algunos detalles del inmueble, tales como la calefacción que faltaba (Respuesta SEXTA, Fs. 84 y vta.). Finalmente señala que la madre de los actores -y apoderada de éstos- fue cambiando de opinión, y de tal forma demoró la constitución del usufructo, pero que el Sr. A. (entiendo que el coactor A. I. G.), sí se manifestó en todo momento a favor de realizar el usufructo a la Sra. Z. (Fs. 84 vta.)" (ver sentencia a fs. 138, dos últimos párrafos/vta., 1er. párrafo).-

--- De los testimonios examinados, no se desprende que la demandada ocupe el inmueble en carácter de poseedora, como lo concluyera la magistrada de la instancia anterior (ver sentencia a fs. 138 vta., dos últimos párrafos/139, 1er. párrafo). En primer lugar, no está en discusión la relación de convivencia entre el padre de los actores y la demandada, pero ello de por sí no acredita la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos. Nótese que en la especie no se trata del inmueble que la demandada habitaba con el padre de los coactores, pero aún en ese caso, tampoco habría que tener por acreditada de por sí la sociedad de hecho. Recientemente me expedí sobre un caso donde sí se daba dicha situación, pero concluí en el rechazo del desalojo no por la mera acreditación del concubinato, sino porque el demandado había acreditado verosímilmente su condición de poseedor a título de dueño (conf. CATrelew, Sala "B", SDE N° 05/2014, del 30/10/2014). En el antecedente citado consideré que la juzgadora de origen del fallo mentado indicó que en el supuesto del desalojo del

concubino pueden darse situaciones donde se discuta el origen de los fondos con los que se adquirieron bienes, en concreto el hogar conyugal, y cuando el demandado alega y acredita *prima facie* tales extremos, es en tales supuestos en los cuales la acción de desalojo deja de ser idónea para dirimir la contienda, justamente porque, como bien lo aclaró también la sentenciante de origen, se trata de un proceso donde sólo está en juego la tenencia y no la posesión. 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: "T., L. A. c/ A., J. 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.----------

--- Resulta relevante entonces que la juzgadora de origen -siempre del fallo citado- no excluyera la vía procesal del desalojo siempre que se trate de una disputa entre convivientes que han cesado en la vida en común, sino cuando la disputa entre ellos se focaliza en la posesión o propiedad, como por ejemplo cuando se cuestiona el origen de los fondos con los que se adquirió el inmueble, y además se produce prueba que *prima facie* respalda la argumentación del demandado. Ello sin perjuicio de reconocer la evolución de la jurisprudencia que se cita en el pronunciamiento de grado que niega la pertinencia del desalojo para dirimir los conflictos de bienes entre concubinos (ver sentencia a fs. 119 vta. “in fine”/120, 1er. párrafo; y Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Ed. Hammurabi, 1995, págs. 392/395). En dicha inteligencia se ha sostenido que antiguamente la mayoría de la doctrina entendía que el concubinato en sí no confería derecho alguno a las personas que convivían en estado de concubinato. Con todo, y si bien es claro que el concubino no puede ser considerado intruso, porque éste lo es desde el comienzo, y aquél accede a la ocupación de una finca con la anuencia del titular de dominio, no lo es menos que el hecho de que el concubino no pueda ser considerado intruso no significa que éste, si no es propietario, pueda lograr el rechazo de la demanda de desalojo entablada por su compañera, ya que aun cuando se considere que existe un contrato innominado o partiéndose de la inexistencia de vínculo contractual, se trata de un título resoluble, sin que el titular del inmueble esté sujeto a plazos que deba respetar antes de requerir su reintegro (conf. Salgado, Alí Joaquín: “Locación, comodato y desalojo”, Ediciones La Rocca, 2003, págs. 355/356).----------

--- De acuerdo a lo anterior, como se aprecia, no hay uniformidad en la jurisprudencia respecto de la procedencia o improcedencia del desalojo del concubino en ciertas circunstancias, porque quien mantiene con el propietario del inmueble una unión de hecho no alcanza a detentar el bien, pues si bien es cierto que lo ocupa, dicha ocupación carece de toda pretensión de propiedad o de posesión (conf. Novellino, Norberto J.: “La pareja no casada. Derechos y obligaciones”, Ediciones La Rocca, 2006, pág. 201). Así por un lado se entendió que debe rechazarse la acción de desalojo intentada contra quien alega ser poseedor del inmueble como consecuencia de una relación concubinaria con el actor, toda vez que a la accionada le basta probar la apariencia de la unión de hecho, y considerando que la mencionada acción no es la vía procesal apta para controvertir la existencia o no de la relación concubinaria alegada y sus efectos -otorga o no derecho a poseer-, cuestión que debe ventilarse en la acción de conocimiento pleno (conf. C. Apel. Civ. y Com. San Martín, sala II, 18/02/03, LLBA 2003 (julio) 774). En una posición contraria, se sostuvo que la acción de desalojo procede contra el concubino que ocupa el inmueble propiedad del otro, pues está comprendido dentro de la categoría de “cualquier otro ocupante cuya obligación de

restituir o entregar sea exigible" prevista en el art. 676 del CPCC (de la Pcia. de Buenos Aires). La mera existencia del concubinato no da derecho a uno de los concubinos a continuar ocupando el inmueble propiedad del otro, máxime cuando en el caso la propietaria tuvo que abandonarlo por haber sido sometida a violencia por parte de su pareja (conf. C. Apel. Civ. y Com. San Isidro, sala I, 19/11/02, LLBA, 2003-33).---------- Sostuve que no puede adoptarse en los casos de desalojo del concubino una regla general sino que deberán apreciarse las circunstancias del caso, y consideré en el precedente que cito, que el demandado invocó que el inmueble fue adquirido con fondos de su propiedad y que no dudó en ponerlo a nombre de la actora por la confianza generada por la convivencia. Y sobre este aspecto se había hecho mérito de la prueba producida, considerando que ambas partes reconocían que habían estado unidas en concubinato; que habían ocupado el inmueble desde que se efectuó la compra; así como que se había acreditado los distintos comercios que tuvo el demandado, de los que tenía conocimiento la actora, uno de los cuales estaba situado en el inmueble de autos. Pero amén de ello, se había tenido en cuenta que de la prueba testimonial se desprendía que el demandado había entregado un vehículo como parte de pago de la vivienda, así como que del testimonio de la hija de los anteriores propietarios del inmueble constaba que sus padres lo habían vendido al demandado quien era quien pagaba el precio de venta. Y en base a ese análisis probatorio es que la juzgadora -siempre del precedente mentado-concluyera, con apoyo en cita doctrinaria, que *"…debe rechazarse la acción de desalojo intentada, contra quien alega ser poseedor del inmueble como consecuencia de una relación concubinaria con el actor, toda vez que a la accionada le basta probar la apariencia de la unión de hecho -en el caso reconocida por ambos litigantes- y considerando que la mencionada acción no es la vía procesal apta para controvertir la existencia de la relación concubinaria alegada y sus efectos, -en el caso sus efectos- es decir si otorga o no el derecho a poseer, cuestión que debe ventilarse en una acción de conocimiento pleno…".*---------- He preferido extenderme en la cita del razonamiento efectuado en la causa precedente a fin de enfatizar las diferencias que presenta con los presentes actuados. Es que, en primer lugar, en la especie no se trata del inmueble que compartían los concubinos. Además la demandada no acreditó que el departamento objeto del pleito fuera adquirido con fondos a los que ella hubiera contribuido o que ella hubiera pagado el precio de venta, como sí aconteció en el caso comentado. Del análisis de la prueba testimonial aquí rendida se desprende que el testigo B. (ver fs. 75/vta.), manifiesta que el padre de los actores compró con la demandada un plan que luego fue una casa en Playa Unión (respuesta quinta), que después I. la vendió (respuesta sexta), que dicha casa no llegó a escriturarse (respuesta octava), así como que cree que el dinero de la venta de esa casa lo retiró el hermano del Sr. I. (respuesta novena). Justamente, esta persona es el siguiente testigo que ponderara la sentenciante (ver fs. 78/vta.), quien manifestó que su hermano vendió una casa antes de fallecer y que él fue el encargado

de cobrar la plata y guardarla en una caja de seguridad, que sus sobrinos -los actores- a los sesenta o noventa días le pidieron el dinero y su mujer se lo entregó a su sobrina L. (respuesta cuarta); agrega que cree que su hermano habló con su hijo Alejandro respecto de ese dinero pero no sabe qué hablaron (respuesta quinta), que sabe que la mayor parte de esa plata sirvió para adquirir el departamento (respuesta sexta), y que la casa de Playa Unión estaba por terminarse y pertenecía a su hermano (respuesta séptima). Por último en cuanto al testigo O. (ver fs. 84/vta.), quien luego de relatar que los actores tenían un trato fluido con la demandada hasta la muerte del padre de aquéllos y que dicha relación luego se fue desgastando, explica que hubo un pedido verbal del Sr. R. I. de que con los bienes y la venta de una propiedad que no llegó a escriturarse a su nombre, se comprara un departamento para la accionada, mas con el transcurso del tiempo los actores cambiaron su postura; añadiendo que le entregó la llave del departamento a la demandada porque llevaba la sucesión como abogado, y como no se lo escrituraba a su nombre sugirió que se efectuara un usufructo vitalicio pero quedó en la nada (respuesta sexta). El testigo agregó que no se constituyó el usufructo porque los herederos cambiaron de opinión y la madre de ellos le comentó que no se hacía porque Z. llevaba una vida desordenada, aunque el hijo A. estaba de acuerdo con el usufructo (siguiente respuesta).----------

--- Como se puede apreciar, ninguno de estos testigos asevera que la casa de Playa Unión fue adquirida con fondos comunes del Sr. I. y de la demandada, es más ninguno hace mención a alguna actividad comercial en común de ambos concubinos. Sólo la testigo G. (ver fs. 87/vta.), quien se reconoce amiga de la demandada (respuesta primera), manifiesta que “ellos” estaban pagando la casa de la playa, la que fue vendida antes de fallecer I. y que la idea era comprar una casa o departamento para Z. (respuesta novena), por lo que ha quedado como una manifestación aislada sin explicación acerca del origen de los fondos con los que se compró el inmueble. Pero volviendo a los testigos B., I. y O., los tres revelan que Z. convivió con I. y lo acompañó en su enfermedad, así como expresan que el departamento de autos se adquirió con dinero producto de la venta de una propiedad en Playa Unión que no llegó a escriturarse a nombre de I., y que éste pidió a sus hijos que sea para la demandada, mas éstos no atendieron la voluntad de su padre, y tampoco constituyeron el usufructo vitalicio sugerido por el testigo O.. Del análisis global de los testimonios, cabe concluir que el dinero con el que se compró el departamento era de I., nótese que el mismo se desempeñaba como inspector de seguros (ver fs. 84 vta., razón de sus dichos), y los actores negaron en su confesional que Z. compartiera dicha actividad con su padre (ver fs. 70, respuesta quinta; fs. 71/vta., respuestas quinta y anteúltima respuesta; y fs. 114, respuesta quinta).----------

--- Amén de lo anterior resulta relevante que en la contestación de demanda, la propia accionada, si bien aduce que probará que el departamento que ocupa es el producido

de la actividad común que desarrolló con el padre de los actores (ver fs. 36, último párrafo) -lo que no acreditó-, en el párrafo anterior señaló que no tiene la intención de plantear en la instancia precedente la existencia de una sociedad de hecho (ver fs. 36, anteúltimo párrafo). Esta afirmación resulta evidentemente contradictoria con el argumento de que la misma hubiera aportado con fondos propios a la adquisición del bien en cuestión, único fundamento que en caso de ser alegado y probado podría dar pábulo a la condición de poseedora *animus domini* y de esa manera ser sustento fáctico y jurídico para resistir con éxito la presente demanda de desalojo. Al no haberse acreditado con éxito dicha circunstancia, concluyo en que corresponde acoger favorablemente el agravio y revocar, en consecuencia, el decisorio recurrido, lo que propongo al acuerdo.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque el fallo apelado, y por ende, hacer lugar a la demanda de desalojo promovida por L. N. I. G., R. A. I. G. y B. D. I. G. contra R. Z. y/o quien resulte ocupante. En consecuencia de lo anterior procede condenar a la demandada, a que en el plazo de diez días de notificada la presente (conf. art. 698, inc. 1 del CPCC), desaloje el inmueble individualizado como Unidad Funcional N° 11, Matrícula (01-37) 88.978/11, ubicado en Avda. H. Y. N° **** Departamento *-F, de Trelew, bajo apercibimiento de lanzamiento.----

--- Dado que se revoca la sentencia, corresponderá readecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios de la instancia anterior (conf. art. 282 de CPCC). Respecto a lo primero, en virtud de la aplicación del principio objetivo de la derrota, las costas se imponen a la demandada vencida (conf. art. 69 del rito). En lo que se refiere a la regulación de honorarios, en atención a la extensión y mérito de las tareas realizadas, así como al resultado del pleito, estimo ajustado a derecho establecer los honorarios de la instancia anterior, de la siguiente manera: a los letrados patrocinantes de la apoderada de los actores, Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, atento a que resulta adecuado el 15% determinado en la instancia precedente, se mantiene dicho porcentual; y al letrado patrocinante de la demandada, Dr. R. D. F., en un 10%; en ambos casos sobre el monto que oportunamente se determine de acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con más el IVA pertinente (conf arts. 5, 6, 9, 25, 38, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).----------
---

--- En cuanto a las costas de esta sede, dado que se acoge la apelación deducida, también en virtud de la aplicación del principio objetivo de la derrota se imponen a la demandada perdidosa (conf. art. 69 del CPCC). En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos efectuados ante la Alzada, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, propongo regular a los letrados patrocinantes de la apoderada de los actores: Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en un 5,25% sobre el monto que se determine de

acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con adición del I.V.A. correspondiente (conf. arts. 5, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

--- Voto entonces a esta cuestión POR LA NEGATIVA.----------

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

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 143, que fuera concedido libremente a fs. 144, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 135/139 y vta. que rechazó la demanda de desalojo instaurada por L. N., B. D. y R.l A. I. G. contra R. Z. respecto del inmueble ubicado en la Avda. H. Y. Nº ****, Dto. *º "F" (unidad funcional Nº 11) de la ciudad de Trelew, con costas a los actores vencidos.----------

--- La expresión de agravios luce a fs. 148/155, el traslado conferido a fs. 156 no fue evacuado por su contraria, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las precisiones que en cada caso corresponda realizar.----------

--- 2. Resulta útil establecer las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Así, al promover la presente acción de desalojo los accionantes sustentaron su legitimación activa en la calidad de copropietarios, para lo cual agregaron informe de dominio y copia de la escritura del inmueble. Asimismo expresaron que en un acto benévolo le prestaron a la Sra. Z. el inmueble y verbalmente establecieron que en cuatro meses dicha persona les iba a restituir el mismo, que pese al tiempo transcurrido la ahora demandada no cumplió con lo acordado, y que sorprendentemente se negó a abandonar el inmueble aduciendo que los propietarios le habían prometido un usufructo vitalicio sobre el mismo y que contaba con una posesión que no es tal ya que resulta ser una mera tenedora pues de la misma carta documento que enviara su supuesta posesión no tiene respaldo jurídico alguno (ver acápites III y IV, fs. 19 vta., y carta documento que obra a fs. 18). A su vez, la demandada manifestó que convivió en concubinato con el padre de los actores durante doce años, que vivieron en una casa que alquilaban en la ciudad de Trelew, que durante esa convivencia desarrollaron actividades comerciales en forma conjunta, y que con el producido de esa actividad decidieron, entre otras cosas, comprar una casa en Playa Unión. También señaló que decidieron venderla antes de ocuparla, aclarando que el dinero en efectivo producto de esa venta lo recibió en custodia el hermano de R. I., Sr. D. A. I., hasta que decidieran qué inmueble comprar en Trelew, que el Sr. R. I. falleció el 24 de abril de 2008 en la casa que compartían. Agrega que al poco tiempo se compró, con el producto de la venta de la casa de Playa Unión, el departamento objeto de esta litis a nombre de sus hijos, y que ellos asumieron con su padre poco antes de fallecer el compromiso de constituir una reserva de usufructo vitalicio a su favor, que su error fue

confiar en los hijos de R. I. ya que al suscribirse la escritura sobre el inmueble debió exigirles una constancia documental del usufructo vitalicio. Alude al concubinato y al derecho a percibir la pensión por parte de la concubina, y que sin intención de plantear la existencia de una sociedad de hecho expresa que probará que el departamento que ocupa es el producido de la actividad común que desarrolló con el Sr. I. durante doce años (ver punto II.3., fs. 34 vta./36).--

--- En ese marco, cabe destacar en cuanto al comodato invocado por la parte actora que el juzgador a fs. 137/ vta. señaló: ***Que, en el caso en examen, si bien se ha acreditado la calidad de propietarios del bien del actor, cabe resaltar que los accionantes han iniciado la presente acción invocando un comodato y tal vínculo es el que debe probar, por cuanto la demandada ha sido llamada a contestar demanda en mérito a tal circunstancia. Pero en tal aspecto debo adelantar que ninguna prueba contundente ofreció la parte actora tendiente a acreditar tal vínculo. Que la única prueba aportada por la parte actora a fin de acreditar el comodato esgrimido como fundamento de su reclamo, es la documental que da cuenta de la titularidad de los actores sobre el bien (Informe de dominio de Fs. 14/15 y Escritura de Fs. 8/12) y la Confesional de la demandada obrante a Fs. 69 y, si bien han logrado demostrar que son titulares registrales del inmueble, no ocurre lo mismo con la celebración del contrato de comodato. En este sentido, la manifestación de los actores respecto al supuesto comodato celebrado, ha quedado huérfana de pruebas, siendo que es a ellos a quienes compete la prueba del préstamo, partiendo como ya dijera, de la premisa de que el comodato debe interpretarse restrictivamente y sólo se podrá tener por acreditado si los medios de convicción aportados a la causa no ofrecen dudas al respecto. Aunque el Art. 2263 del CC acepte toda clase de prueba para acreditar la existencia del contrato de comodato, de ello no puede inferirse que de la sola circunstancia de que un sujeto figure como titular de un bien ocupado por otro, el primero sea comodante y el segundo comodatario (AREAN, Beatriz, Ob. Cit., Pág. 578/579). Que al respecto ha dicho la jurisprudencia que, si el actor que funda su demanda en la existencia de un comodato del inmueble a favor de la demandada, no logra arrimar prueba de la alegada vinculación entre las partes, en calidad tal que coloque a la accionada en obligación de restituir por la vía elegida, no surge demostrada la precariedad de su ocupación ni la causa de la ocupación que se invocara en la demanda. Solo cuando haya probado el hecho constitutivo de su derecho, el demandado debe proveer por su parte la prueba. Al actor le incumbe la carga de la prueba y, en consecuencia, quien alega la condición de simple tenedor con obligación de restituir en el demandado debe probarlo; no basta en su defecto que éste se encuentre en la imposibilidad de demostrar que es poseedor para que la demanda sea admitida. La falta de prueba acerca de los hechos constitutivos de la pretensión deducida no le traslada al demandado la carga probatoria acerca de la posesión invocada (Cám. Apel. Civ. y Com., Córdoba, 23/5/97, SAIJ, Sum.***

R0014923). Que, en idéntico sentido, la prueba en un juicio es indispensable y su importancia fundamental, pues sustrae al derecho del arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza. Por ello, ante una situación que no permite al juez formarse un convencimiento seguro, no existe otra posibilidad que dictar sentencia fundada en la inexistencia de los hechos que no fueron suficientemente demostrados (CNCom., Sala B, 24/5/94; Lexis N° 11/18408).----------

--- Frente a tales fundamentos la apelante sostiene que se invirtieron las cargas probatorias y que la afirmación de que su parte no produjo ninguna prueba es insostenible. Expresa que cuando el Juez exige una prueba del contrato de comodato soslaya que es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, y que el contrato se prueba con la tenencia del bien por parte de la demandada, lo que surge del propio escrito de contestación de demanda al afirmar Z. que tiene derecho a permanecer en el inmueble que ocupa, por lo que la ocupación del departamento por parte de Z. está reconocida.----

--- Al respecto, el art. 2263 del Código Civil dispone que: “Ninguna forma es indispensable para el comodato, y toda clase de prueba del contrato es admisible, aunque la cosa prestada valga más que la tasa de la ley”.----------

--- En tal sentido, se expresa que el Código Civil aproxima en este artículo y el siguiente aspectos íntimamente relacionados en materia de contratos: la forma y la prueba. El artículo en comentario prescribe que “*ninguna forma es indispensable para el comodato*”. Si se observa con atención, esto es lo que rige como principio general para todos los contratos, aunque sujeto a excepciones, puesto que según dispone el art. 974, si la ley no designa una forma para el acto, los interesados pueden usar las que estimen convenientes. Se trata de un avance del consensualismo sobre el formalismo, del espiritualismo sobre la rigidez de lo ritual: *solus consensu obligat*, deviene entonces la fórmula aceptada. Todo ello constituye el marco general de la forma. Pero el contrato de comodato tiene una significación particular: se trata de un contrato gratuito, titulado por muchos como de beneficencia, una convención en la que priman elementos como la *amicitia* y la generosidad. Entonces, parece natural que se flexibilicen los requisitos formales y que quien se va a desprender gratuita aunque temporariamente de un bien, no se vea obligado a cumplir una forma que contrastaría con las bases de confianza y buena fe que mueven a las partes en un acto que podría ser oneroso si se dejara esa postura altruista (Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias”, Astrea, 2004, T. 9, págs. 1053/1055). El comodato no requiere forma alguna; basta con el mero consentimiento aun verbal (art. 2263).----------

--- Así, el comodato es un contrato no formal que puede incluso celebrarse verbalmente atendiendo a las razones de confianza y buena fe habida entre las partes, y además por ser un contrato real se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 2256 del Código Civil).----------

--- Por eso se señala que en virtud de su carácter gratuito, es un vínculo contractual que exige un elevado grado de confianza entre los contratantes, o algunas veces un singular

espíritu de generosidad por parte del comodante; por tales motivos, resulta verdaderamente excepcional que el contrato se celebra por escrito, perfeccionándose mediante la simple entrega de la cosa. Coincidentemente, se sostuvo que el comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa (Bueres-Highton, "Código Civil y normas complementarias", Editorial Hammurabi, 2003, T. 4E, pág. 441). El contrato de comodato no requiere de formalidad alguna para su perfeccionamiento, pues a tal fin basta con la entrega de la cosa y el mero consentimiento, aun manifestado en forma verbal (CNCiv., sala A, abril 12-996, "Tomaselli e Hijos S.A., José c. Tomaselli, Carlos A.", La Ley 1997-D, 826).----------

--- En cuanto a la prueba, el art. 2263 admite cualquier medio (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Contratos", Editorial Perrot, 1979, 4ta. ed. act., T. II, par. 2120, pág. 798).----------

--- A su vez, bien precisa el Dr. De Cunto con cita de fallo que: "Si bien es cierto que el art. 2263 del cód. civil admite toda clase de pruebas para acreditar la existencia del contrato de comodato, de ello no puede colegirse que de la sola circunstancia de que un sujeto figure como titular de un bien ocupado por otro, el primero resulte comodante y el segundo comodatario" (SC Buenos Aires, noviembre 21-1995, "Zuelgaray, Carlos c. Calviello, Rosa y otros s/desalojo (Ac. 55.712), E.D. 169-532). Pero ello no impide al mismo tiempo considerar como lo hiciera el juzgador a fs. 137, segundo apartado del segundo párrafo, que: ***Pero asimismo, también es doctrina que, demostrada la falsedad de la afirmación de la demandada respecto de su posesión animus domini del inmueble de autos, la prueba del dominio por parte del actor y la carencia de otro título que autorice al ocupante a retener, permiten presumir el comodato invocado por aquél (Arts. 2263 y 1190 C.C.) (KENNY, Héctor Eduardo, "Proceso de Desalojo", Pág. 84, Ed. Astrea, Bs. As., 2006)*** (ver también Bueres-Highton, obra y tomo citado, pág. 461, y nota nº 9, Cám. Civ. 1ª San Nicolás, 25/1/93, *DJBA*, 147-5739).--------

--- En tales condiciones, debe determinarse si la demandada acreditó su derecho a permanecer en el inmueble pues cabe reiterar que al contestar demanda manifestó que los actores asumieron frente a su padre el compromiso de constituir una reserva de usufructo vitalicio a su favor, sin perjuicio de expresar que la venta de la casa ubicada en Playa Unión es el producido de las actividades comerciales desarrolladas en forma conjunta y que el dinero en efectivo lo recibió el hermano R. I. hasta que decidieran qué inmueble comprar en Trelew, y ese bien en definitiva fue el departamento que ocupa (ver fs. 35 y 34 vta., respectivamente). Asimismo, respecto del mentado compromiso en su carta documento de fs. 27, al contestar el requerimiento formulado mediante la carta documento de fs. 16 a fin de que proceda a desocupar el inmueble, señaló que los actores le manifestaron que respetarían la voluntad de su difunto padre, en el sentido de proveerla de un lugar para vivir y movilidad, y que sólo le otorgaron la posesión del inmueble que ocupa sin llegar a formalizar el usufructo vitalicio comprometido.----------

--- De tal modo, la accionada reconoció la ocupación del inmueble lo que así resulta de los términos de la citada carta documento (ver fs. 27, “ ... sólo me otorgaron la posesión del inmueble que ocupo ...”) y también de la manifestación vertida en su escrito de contestación (ver fs. 36, tercer párrafo, “ ... derecho a permanecer en el inmueble que ocupo.”), sin perjuicio de invocar que ingresó al mismo al asumir los actores el compromiso de respetar la voluntad de su difunto padre con el alcance de permanecer en el bien, aun cuando sólo le otorgaron la posesión. Agrego también que si la Sra. Z. no acreditara el derecho a permanecer en el inmueble es evidente que su ingreso se produjo como consecuencia de un comodato, y en ese direccionamiento debe tenerse en cuenta que admitió que el inmueble fue adquirido por los actores, que lo fueron a comprar para que ella viva, y que los acompañó en la compra (respuesta a la segunda posición, fs. 69).----------

--- Con ese alcance, corresponde analizar si efectivamente la demandada demostró el derecho que alega.----------

--- 3. A continuación los apelantes impugnan que el sentenciante tuvo por cierta una compraventa inmobiliaria con la mera declaración de testigos sin considerar el alcance del art. 1193 del Código Civil, como también que se trata de meros comentarios carentes de asidero ya que no se probó ni que el Sr. I. adquiriera un inmueble en Playa Unión, ni que luego lo vendiera, ni mucho menos que con el dinero de esa supuesta venta se comprara el departamento de marras. Agregan que constituye una grave decisión tener por probadas operaciones inmobiliarias y afectación de dineros con la mera declaración de un testigo que sólo intervino como intermediario inmobiliario. Expresan además que si en definitiva ello resultara demostrado no se probó que Z. trabajara junto con su concubino durante el tiempo de convivencia, y por ende, no demostrada una sociedad de hecho entre ambos concubinos, el fruto del trabajo del fallecido Sr. I. le corresponde a sus herederos y no a su concubina. También señalan que existe una contradicción en la postura de la demandada ya que si debiera entenderse que es usufructuaria del bien no puede al mismo tiempo detentar la posesión.----------

--- En este último aspecto, cabe aclarar que existe discusión en doctrina acerca de si el usufructuario es poseedor o mero tenedor.----------

--- No soslayo entonces la referencia doctrinal efectuada por el Dr. De Cunto pues en tal sentido se expresa que el usufructo es un derecho real, y se ejerce mediante la posesión de la cosa y por aquélla el usufructuario entra en relación directa e inmediata con ésta, de donde obtiene un beneficio sin intermediario alguno ni participación del dueño, lo cual demuestra y constituye su carácter de derecho real. La cosa, pues, sobre la que recae el usufructo debe, necesariamente, pertenecer a otra persona (Bueres-Highton, ob. cit., 2004, T. 5 B, págs. 648 y 650, respectivamente). También que el usufructuario debe recibir del propietario la posesión de la cosa, para poder usar y gozar de ella. En el caso contrario, no adquiere el derecho real (arts. 577 y 2830), pues

sin la relación directa e inmediata con la cosa no puede existir derecho real alguno, y el ejercicio mismo del derecho requiere el contacto inmediato o relación directa con la cosa, sin intervención alguna del propietario (Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., 2007, T. 11, pág. 1008). Y respecto a tal inmediatez se sostiene que es la posesión inmediata, que no excluye la posesión mediata del dueño. Esa posesión está en el alma del usufructo; importa el derecho de disfrute de la cosa. El usufructuario puede habitarla, si se trata de un inmueble; o puede servirse de ella con fines de descanso o placer. Puede también, y esto es esencial, disfrutar económicamente de la cosa, es decir hacerla producir sus frutos (Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales-II”, Editorial Perrot, 1978, par. 853, pág. 33).----------

--- Pero en una postura opuesta se advierte que recordemos que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que el comodato es un contrato real por el cual una parte entrega a otra una cosa mueble o raíz gratuitamente, dándole la facultad de uso; el comodatario es un mero tenedor de la cosa (Bueres-Highton, ob. cit., T. 4E, pág. 441). El usufructuario es simple tenedor de la cosa, tenedor precario cuando se mira su derecho aplicado a la propiedad que queda en manos del propietario (López Mesa, Marcelo J., “Sistema de Jurisprudencia Civil”, Abeledo Perrot, 2012, T. IV, pág. 4719).---

--- Sin embargo, exista o no contradicción al afirmar la accionada la existencia de un usufructo y al mismo tiempo la posesión, según se considere al usufructuario mero tenedor o poseedor, lo que resulta dirimente es que de sus dichos no resulta que sea usufructuaria. Adviértase que no invocó ese carácter sino que manifestó que los hijos asumieron con su padre el “compromiso” de constituir una reserva de usufructo vitalicio a su favor, y que su error fue confiar en los hoy actores ya que en el momento de constituir la escritura debió exigirles que se dejara constancia documental del “usufructo vitalicio comprometido” a su favor (acápite II 3., fs. 35, primero y segundo párrafo). Por otra parte, el art. 2812 del Código Civil establece: “El usufructo se constituye: 1º) Por contrato oneroso o gratuito. 2º) Por actos de última voluntad. 3º) En los casos que la ley designa. 4º) Por prescripción”. Y es evidente que en el presente caso no se da ninguno de esos títulos por los cuales se constituye el usufructo.----------

--- Y si bien la sentenciante entendió que la demandada fundó su defensa en el supuesto usufructo vitalicio, al mismo tiempo señaló que si se demanda por desalojo por cesación de comodato es el demandado que alega un mejor derecho quien debe demostrar la titularidad de un derecho a la tenencia suficiente para repeler dicha acción. Textualmente precisó a fs. 137 vta., penúltimo párrafo: ***Que, por su parte, la demandada ha fundado su defensa en el supuesto usufructo vitalicio prometido por los actores tras la muerte de su padre, concubino de aquélla, expresando en tal sentido que es poseedora del inmueble. En los casos en que se demanda el desalojo por cesación de comodato, y el demandado alega un derecho mejor a ocupar el inmueble, es éste quien debe demostrar la titularidad de un derecho a la tenencia suficiente para repeler dicha acción***.----------

--- 4. Con tales alcances, el juzgador a continuación ponderó la prueba testimonial a fs. 138/vta. y en ese aspecto entendió: ***Que la totalidad de los testigos coincidieron en que la demandada fue la concubina del padre de los actores –Sr. R.I.- durante los últimos años de vida de éste, lo cual también se encuentra acreditado por el hecho de que la Sra. Z. es quien percibe el beneficio de pensión del nombrado (comprobantes de Fs. 29/33). Asimismo, el testigo B., que fue quien vendió al Sr. I. una vivienda en Playa Unión y luego realizó la transferencia de esa misma casa a un tercero, expresa claramente que la vivienda originaria, del Barrio Médanos y que nunca se llegó a escriturar, la compraron "ellos", en clara referencia a la demandada y a quien era su concubino (Respuesta SEXTA, Fs. 75), y que esta vivienda nunca se escrituró (Respuesta OCTAVA, Fs. 75 vta). Por su parte, el testigo D. A. I., señala que él fue el encargado de cobrar y guardar la plata de esa casa vendida en Playa Unión, y que se las entregó a las coactoras, afirmando que, sobre el destino de dichos fondos, sabía de una conversación entre su hermano y el coactor Alejandro, aunque dice no saber de qué se trató (Respuestas CUARTA y QUINTA, Fs. 78). Finalmente este testigo también afirma que la plata de la venta de dicho inmueble, sirvió para adquirir el departamento, entendiendo que se trata del departamento que está siendo objeto de este litigio (Respuesta SEXTA, Fs. 78 vta.). Que el testigo más contundente en cuanto a los hechos que se ventilan y que la Sra. Z. ha introducido como fundamento de su defensa, es el Sr. C. N. O.. Éste último testigo, no solo da fe de la relación que existía entre la demandada y el padre de los actores, sino también entre las partes entre sí, por haber tenido oportunidad de compartir momentos con todos ellos, expresando que la relación era fluida al momento de fallecimiento de I., habiéndose luego desgastado. Dada su profesión de abogado y por ser quien llevó a cabo la sucesión de aquél, refiere haber hecho de interlocutor entre las partes en aquél momento, y afirma que con el producido de la venta de la casa del Barrio Médanos en Playa Unión, se compraría un departamento a la Sra. Z., tal como había sido el pedido de última voluntad de aquél. Indica que así fue que compraron el departamento que es objeto de este juicio, habiéndole él mismo entregado la llave a la demandada, que fue quien además se hizo cargo de algunos detalles del inmueble, tales como la calefacción que faltaba (Respuesta SEXTA, Fs. 84 y vta.). Finalmente señala que la madre de los actores –y apoderada de éstos- fue cambiando de opinión, y de tal forma demoró la constitución del usufructo, pero que el Sr. A. (entiendo que el coactor A.I. G.), si se manifestó en todo momento a favor de realizar el usufructo a la Sra. Z. (Fs. 84 vta.)***.--

---

--- Para así concluir a fs. 138 vta.: ***Que de esta forma, los elementos aportados por la demandada, han logrado formar mi convicción respecto a que ella habita en el inmueble objeto de este juicio con ánimo de dueña. Resulta evidente, dada la relación que unió durante los últimos 12 años de vida al padre de los actores con la***

demandada, así como por el hecho de que el departamento se compró con el producido de la venta de un Plan Médanos en Playa Unión –adquirido durante la convivencia de la demandada y su pareja aunque nunca se llegó a escriturar-, que la demandada no habita el inmueble en carácter de comodataria, existiendo otras cuestiones, ajenas al ámbito de este desalojo, que me habilitan a pensar en la seriedad del planteo defensivo de la demandada. Esta última ha logrado introducir la duda necesaria y suficiente para rechazar el desalojo intentado.----------

--- Esa apreciación probatoria fue cuestionada por los recurrentes por lo que debe ingresarse al análisis de esa crítica.----------

--- Ya se señaló que la impugnación se basa en que se omitió aplicar el art. 1193 del Código Civil, que se tuviera por probada dos operaciones inmobiliarias (contratos de compraventa) con la mera de declaración de testigos, y que no se probó que Z. trabajara junto con su concubino durante el tiempo de convivencia, y por ende, no está acreditada una sociedad de hecho entre ambos concubinos.----------

--- En tal sentido, de la prueba testimonial rendida en la causa no resulta que la demandada ocupara el inmueble como poseedora como lo entendiera el juzgador. Nótese que el inmueble que ocupa actualmente la Sra. Z. no es el que habitara junto al padre de los accionantes, pero además si bien está acreditada la convivencia entre la demandada y el padre de los actores, esa sola circunstancia no permite tener por demostrado que entre los concubinos hubiera una sociedad de hecho.----------

--- Y en fecha reciente tuve intervención en un caso en el cual sí se daba la convivencia de los concubinos en el mismo inmueble, aclarando que el rechazo del desalojo no tuvo como sustento la sola demostración del concubinato sino por cuanto el demandado acreditó “prima facie” su derecho a poseer a título de dueño (ver sala “B”, c. 227/14, S.D.E. 05/14). En dicho pronunciamiento tuve en consideración que el juzgador puso de relieve que el concubinato por sí mismo no crea una sociedad de hecho entre los concubinos, que la sola existencia del concubinato no hace presumir ni la sociedad de hecho ni un condominio sobre las cosas, y que las normas del contrato de sociedad no son suficientes para regular todas las posibilidades de unión patrimonial entre convivientes o de confusión de bienes de uno o de otro y comunes. Y al mismo tiempo ponderé que cuando se trata del desalojo de un concubino puede darse una comunidad de intereses sin que por tal circunstancia se configure una sociedad, a lo que se agrega que el panorama jurídico en la materia es sumamente complejo y resulta incompatible con la sumariedad del juicio de desalojo, pese a lo cual este criterio no puede aplicarse genéricamente sino que resulta necesario analizar en cada caso en función de sus particularidades. Así, en ese supuesto el rechazo del desalojo no se sustentó sólo en la existencia del concubinato sino en que el demandado aportó elementos de prueba que resultaron *prima facie* razonables y verosímiles a fin de acreditar su derecho a poseer a partir de que habría sido el comprador del inmueble, circunstancia que precisamente se ve fortalecida por la relación de concubinato y que permite presumir que hubo entre los

concubinos una comunidad de intereses. Esto es, en dicha causa se planteó una situación vinculada al origen de los fondos con los que se adquirió el hogar, y el accionado alegó y acreditó “prima facie” su derecho a poseer, por lo que en ese caso la cuestión no puede ser dirimida en una acción de desalojo toda vez que ese proceso sólo está en juego la tenencia.----------

--- Y esta postura referida a que en el proceso de desalojo sólo está en juego la tenencia y no la posesión es criterio seguido por esta sala “B” en c. 22.294, S.D.C. 04/08, en la que tuve oportunidad de reiterar que si la calidad de poseedor presenta suficientes visos de seriedad, será insuficiente el marco del desalojo para dirimir tal controversia, debiendo ventilársela por otros medios procesales, creados para discutir la posesión. Es que, cuando durante el proceso se incorporen elementos que otorguen verosimilitud al derecho a tener la cosa con ánimo de dueño por parte del accionado, la cuestión se debe decidir mediante el ejercicio de las pertinentes acciones posesorias. Cabe decretar la inadmisibilidad del desalojo cuando *prima facie* resulte la verosimilitud de la posesión invocada, a cuyo efecto, si bien se debe acreditar la seriedad de la defensa, no corresponde exigir una prueba concluyente sobre el derecho del poseedor (Salgado, Alí Joaquín, “Locación, comodato y desalojo”, Ediciones La Rocca, 5ta. ed., 2003, pág. 353 y cita de fallos). Conforme a las directivas dadas por el art. 680 del CPCCN, la legitimación pasiva para obrar en el proceso de desalojo es de carácter taxativo y excluyente, de modo que no están comprendidos como legitimados pasivos los poseedores del inmueble objeto de la pretensión (Kenny, “Proceso de desalojo”, Astrea, 2001, pág. 93).----------

--- En tales condiciones, en dicha causa sostuve que no se requiere que el demandado en el juicio de desalojo produzca prueba concluyente de la posesión invocada sino que acredite la verosimilitud de la condición que alega, por lo que corresponde considerar la prueba producida por esa parte a fin de determinar si de la misma surgen elementos suficientes que permitan concluir que demostró *prima facie* la efectividad de la posesión que invocara.----------

--- Sin perjuicio de haber también considerado en la citada c. 22.294, S.D.C. 04/08 que no es suficiente que el demandado invoque la calidad de poseedor, para que se declare improcedente la acción de desalojo (CNPaz, en pleno, setiembre 15-960, “Monti, Atilio suc. c. Palacios de Buzzoni, Danila S.”, L.L. 101, 932). Es obvio que todo asunto referente a la posesión en sí, cabe discutirlo por las pertinentes acciones posesorias, pero de tal premisa no es dable concluir con acierto, que basta que el demandado invoque su calidad de poseedor, para que tal postura tenga por efecto enervar el proceso de desalojo, y menos fulminarlo. Se opone a ello el correcto juego de los principios procesales (del voto del Dr. Gigena, en fallo plenario citado). En tales condiciones, le compete probar al demandado si la defensa argüida es la de posesión, pues quien articula su defensa invocando otra figura en la que funda su derecho a no restituir, debe probarlo (conf. Alvarez Alonso, “El desalojo por intrusión, precario,

comodato y usurpación", Abeledo-Perrot, 1966, págs. 274/275). En el juicio de desalojo no basta alegar la posesión por el demandado para remitir, sin más, al demandante a otra vía (petitoria, posesoria, etc.). El órgano jurisdiccional tiene potestad para verificar la seriedad de la circunstancia apuntada, y de que tal defensa no se utiliza con propósito dilatorio (ST Santa Fe, Sala I C.C., abril 20-959, L.L., T. 98, 170). No basta para enervar la acción de desalojo la sola afirmación del demandado de que posee, pues es menester que éste acredite *prima facie* la calidad que invoca (SCBA, Ac. y Sent., 1959, v. II, p. 632; 1960, v. IV, p. 335; 1962, v. II, p. 334; 1964, v. I, p. 189; 1966, v. II, p. 538; 1970, v. I, p. 135; DJBA, v. 90, p. 85).----------

--- A su vez, en c. 227/14, S.D.E. 05/14, ya citada, puse de relieve que la Sra. Juez de la anterior instancia no llegó a la conclusión de excluir la vía del juicio de desalojo cuando los concubinos cesaron en su convivencia, sino en el caso de que la controversia se centre en la posesión como consecuencia de la disputa acerca del origen de los fondos que permitieron adquirir el inmueble, pues en tal supuesto corresponde analizar la prueba ofrecida y rendida por el demandado que sirve de sustento a la defensa postulada por esa parte. Todo ello con la salvedad efectuada en el decisorio de primera instancia acerca de que la tesis prevaleciente en la actualidad es la que niega la vía del desalojo para estos casos. Así sostuvo el juzgador: *Que en tal sentido, la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que hasta hace algunos años, prevalecía la jurisprudencia de que la concubina o concubino por carecer de todo derecho de propiedad y posesión sobre el inmueble del otro, al momento de la ruptura podía ser desalojado como un simple intruso, si se negaba a desocupar el inmueble ante el requerimiento del concubino propietario. La única alternativa, si había puesto dinero para la compra de la propiedad de la que se lo desaloja, era probar en juicio ordinario, normalmente posterior, que entre ambos existía una sociedad de hecho o un condominio. Que tal jurisprudencia mereció serias críticas por ser una solución "antisocial y sin cobertura legal" ya que el concubino no es intruso, lo que provocó un cambio en las decisiones judiciales y hoy la tesis prevaleciente es la que niega la vía del desalojo para estos casos. Así la Corte Suprema de Bs. As. sostuvo que el propietario de un inmueble no puede demandar el desalojo a quien fuera su concubino porque esto excluye la figura de la intrusión, y no demuestra cual es o de donde deriva la obligación exigible de la que se siente acreedor, no siendo el juicio de desalojo marco adecuado para decidir el mejor derecho a la posesión. De la misma manera se ha dicho que corresponde rechazar la acción de desalojo promovida por la actora, contra su ex concubino pues el art. 676 del CPCN considera legitimados pasivos entre otros a los tenedores precarios o intrusos, calidad que sin ninguna duda no reviste el accionado. Esta solución es coincidente con la de La Audiencia Provincial de Madrid, que entiende que el desahucio por precariedad no procede si se probó que el actor y la demandada han venido habitando maritalmente en el piso objeto del proceso durante un muy dilatado periodo de tiempo, ya que estas situaciones es de tal especialidad que la*

declaración de los derechos que pudiere tener la parte demandada sobre el inmueble excede de los limitados cauces del proceso sumario. (Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Protección jurídica de la vivienda familiar" pag. 392/394). Y frente a esta tesis actualmente prevaleciente se expresa que antiguamente la mayoría de la doctrina entendía que el concubinato en sí no confería derecho alguno a las personas que convivían en ese estado. La jurisprudencia, entonces, siguiendo esta línea de pensamiento se pronunció de tal modo en los casos específicos que se le presentaron. En este sentido reseña Álvarez Alonso que la casación bonaerense entendía que la concubina del propietario de un inmueble podía ser desalojada por éste como intrusa (Salgado, Alí Joaquín, ob. cit., pág. 355). A su vez, si bien se sostiene que no es aceptable que a la concubina se la pueda considerar "intrusa", porque se niega a desocupar el inmueble cuando así se lo requiere su compañero después de haber convivido con él, al mismo tiempo se expresa que no por ello puede aquélla lograr el rechazo de la demanda de desalojo que éste promueve (ver Bossert, Gustavo A., "Régimen jurídico del concubinato", Astrea, 2003, pág. 168). Lo expuesto permite hacer notar que no existe un criterio jurisprudencial uniforme en cuanto a la procedencia o no del desalojo del concubino, al menos en determinadas circunstancias, y por eso bien señala el Dr. De Cunto con cita de doctrina que no hay uniformidad en la jurisprudencia respecto de la procedencia o improcedencia del desalojo del concubino en estas circunstancias. ¿Por qué? Porque -como hemos podido apreciar- quien mantiene con el propietario del inmueble una unión de hecho no alcanza a detentar el bien, pues si bien es cierto que lo ocupa, dicha ocupación carece de toda pretensión de propiedad o de posesión (Novellino, Norberto J.: "La pareja no casada", Ediciones La Rocca, 2006, pág. 201). En tales condiciones, en una postura se expresa que corresponde rechazar la acción de desalojo promovida por la actora contra su ex-concubino, pues el art. 676 de la ley procesal considera legitimados pasivos, entre otros, a los tenedores precarios o intrusos, calidad, que sin ninguna duda, no reviste el accionado. La naturaleza especial del juicio de desalojo sólo permite la discusión de derechos personales, pero no la de reales, pues la controversia a su respecto se debe tramitar en juicio aparte. En el juicio de desalojo no puede controvertirse, ni tampoco decidirse el derecho de propiedad ni el posesorio (Cám. 1ª Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, sala II, 21/02/89, La Ley 1990-D, 141). Y en una postura contraria se señala que el concubinato no configura ningún derecho a quienes conviven en ese estado; de manera tal que la concubina no puede invocarlo como defensa en el juicio que por desalojo por intrusa le promoviera el concubinario o sus herederos (Cám. Nac. Civ., sala B, 28-11-72, Der., v. 48, p. 145; Cám. Nac. Paz, sala II, 15-12-69, La Ley, v. 138, p. 126; *idem*, sala IV, 17-11-69, La Ley, v. 140, p. 124). Y en este último direccionamiento, en un caso en que la propietaria de un inmueble que ocupaba con su concubino, demandó a éste por desalojo ante su negativa a abandonar el bien, se señaló que la acción de desalojo procede contra el concubino que ocupa el inmueble propiedad del otro, pues está comprendido dentro de

la categoría de “cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible” prevista en el art. 676 del CPCC. La mera existencia del concubinato no da derecho a uno de los concubinos a continuar ocupando el inmueble propiedad del otro, máxime cuando en el caso la propietaria tuvo que abandonarlo por haber sido sometida a violencia por parte de su pareja (Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, sala I, 19/11/02, E.D. 201,172, LLBA 2003, 33, ver cita online AR/JUR/1982/2002).----------

--- Por tales razones entendí en dicha causa que en el caso de desalojo de un concubino no corresponde aplicar un criterio genérico sino que deberá analizarse cada caso dentro del marco de sus propias particularidades, atendiendo a los argumentos que el demandado invoque a su favor y a la prueba rendida en la causa. Así ponderé que esa parte sustentó su defensa en que, si bien el título de propiedad del inmueble figuraba a nombre de la actora en razón de la confianza habida por la convivencia, el citado inmueble se compró con fondos de su propiedad, y que sobre el particular se aportó prueba suficiente acerca de que los concubinos ocuparan el inmueble desde su compra, que se demostró la actividad que tenía el demandado en distintos comercios en los cuales desarrolló la misma, e incluso que entregó un vehículo como parte de pago y era la persona que efectuaba los pagos convenidos en la venta. De tal modo, ese plexo probatorio le permitió al juzgador concluir: *Que en síntesis la prueba aportada por el demandado me permite concluir que sus argumentos defensivos resultan “prima facie” razonables y verosímiles y hacen presumir que por lo menos existe entre quienes fueron concubinos una comunidad de intereses que impide que, para la desocupación del bien, la acción de desalojo intentada resulte la vía más apta y tal cuestión debe ser ventilada en un juicio ordinario en el que existirá una mayor amplitud probatoria. Que en tal sentido se ha dicho que debe rechazarse la acción de desalojo intentada, contra quien alega ser poseedor del inmueble como consecuencia de una relación concubinaria con el actor, toda vez que a la accionada le basta probar la apariencia de la unión de hecho – en el caso reconocida por ambos litigantes - y considerando que la mencionada acción no es la vía procesal apta para controvertir la existencia de la relación concubinaria alegada y sus efectos, - en el caso sus efectos - es decir si otorga o no el derecho a poseer, cuestión que debe ventilarse en una acción de conocimiento pleno.(Arean, ob. Cit. Pág. 276)*.----------

--- Tales consideraciones y transcripciones se realizan a fin de poner de relieve las evidentes diferencias que existen respecto de la presente causa. En efecto, el inmueble objeto de esta litis no se corresponde con el que habitaban los concubinos. Es más, fue adquirido a nombre de los actores con posterioridad al fallecimiento de su padre. Por otra parte, la concubina no demostró que el departamento fuera comprado con fondos en los que hubiera tenido participación o contribución alguna, menos aún que hubiera pagado el precio. Y del testimonio de B. que luce a fs. 75/vta. surge que ellos (el padre de los actores y la demandada) compraron en Playa Unión un plan que fue una casa, después I. la vendió, no tenía escriturado el inmueble ya que el dominio estaba bajo el

poder de Médanos, y que cree que el dinero de la venta de esa casa lo retiró el hermano del Sr. I. (respuesta a la 5ª, 6ª, 8ª y 9ª pregunta). Y D. A. I. cuya declaración obra a fs. 78/vta. manifestó que su hermano vendió una casa antes de fallecer y que fue el encargado de cobrar la plata y guardarla en caja de seguridad en el Banco del Chubut, Sucursal Rawson, que sus sobrinos en 60, 90 días le pidieron la plata y se las entregué, que sus sobrinos son L. y B. ya que A. estaba en Córdoba, cree que la fue a buscar L. ya que no estaba en el negocio y fue su señora la que entregó el dinero, cree que su hermano habló con A. pero no sabe de que hablaron, que la gran mayoría del dinero sirvió para comprar el departamento, y que la casa de Playa Unión la estaba por terminar Médanos y estaba a nombre de su hermano (respuesta a la 4ª, 5ª, 6ª, y 7ª pregunta). Por su parte, el testigo O. cuyos dichos obran a fs. 84/vta. expresó que los hijos de I. tenían un trato fluido con la Sra. Z. al momento del fallecimiento de su padre, y que luego se fue desgastando con el correr del tiempo, que hubo un pedido verbal del Sr. Raúl Iñón de que con los bienes y la venta de una propiedad que no estaba escriturada a su nombre, se comprara un departamento a la Sra. Z., fue un pedido de última voluntad, que la familia I. G. con el transcurso del tiempo fue cambiando su postura y adquirieron un departamento en un edificio pegado a L U 20, que ese departamento se lo entregaron a R., y que fue la persona que le entregó la llave porque estaba tramitando la sucesión, y que como no lo escrituraban a su nombre les sugirió a los herederos que le hagan un usufructo vitalicio pero quedó todo en la nada, para después añadir que los herederos fueron cambiando de opinión ya que la madre que era apoderada le manifestó en varias oportunidades que la Sra. Z. llevaba una vida desordenada y que ese era el motivo por el cual no le hacían la firma del usufructo vitalicio, no así Alejandro que sí estaba de acuerdo en firmar la escritura de usufructo (respuesta a la 6ª pregunta, y a la siguiente formulada por el Dr. Arbeletche).----------

--- Y un análisis global de tales declaraciones permite señalar que no se acreditó que la casa ubicada en Playa Unión fuera adquirida con el producto de las actividades comerciales que desarrollaran en forma conjunta los concubinos, tal como se invocara en el escrito de contestación de demanda (ver p. II 3., fs. 34 vta.). Además, B., I. y O. ninguna referencia hicieron a que los concubinos desarrollaran en conjunto actividades comerciales. Por eso, cabe destacar que solamente la testigo G. cuyo testimonio luce a fs. 87/vta, amiga de la demandada, aludió a que “Ellos estaban pagando una casa en ... en la playa, la cual fue vendida antes de fallecer R.. La idea era comprar una casa o departamento donde viviera R. sola, porque él ya estaba muy enfermo” (respuestas a la 1ª y 9ª pregunta). Ello evidencia que tal expresión resulta aislada, sin perjuicio que la misma no contiene detalle alguno acerca del origen de los fondos con los que se adquirió la vivienda. En cambio, si bien los testigos antes mencionados aludieron a la convivencia de Z. con I. expresaron que el departamento objeto de esta litis fue adquirido con el producto de la venta de la casa de Playa Unión y que I. le pidió a sus hijos, actores en este proceso, le compraran una casa a la demandada, pese a lo cual

no cumplieron con la voluntad de su padre y no constituyeron el usufructo vitalicio aconsejado por el testigo O. que llevaba adelante la sucesión.----------

--- En ese contexto, apreciada en conjunto esa prueba testimonial corresponde concluir que el departamento se compró con dinero del fallecido I., cuya actividad era la de inspector de compañías de seguro, conforme lo señalara el testigo O. a quien conocía de toda su vida (ver razón de sus dichos, fs. 84 vta.), máxime si se considera que los actores negaron que Z. compartiera la actividad laboral de su padre como perito inspector (respuesta a la 5ª posición, fs. 70, 71 y 114, respectivamente). Agrego que la demandada en su escrito de contestación invocó que iba a probar que el departamento que ocupa es el producido de la actividad común (p. II 3., fs. 36, último párrafo), carga que incumplió de modo manifiesto. Además, expresó que no tiene intención de plantear en esta instancia la existencia de una sociedad de hecho (ver citada foja, penúltimo párrafo), debiendo destacarse que tal aseveración es contradictoria con su postura en el sentido que hizo un aporte de fondos, originados en las actividades comerciales desarrolladas en forma conjunta, para la compra del inmueble, y esa es la única razón que de haber sido acreditada hubiera permitido considerarla como poseedora con ánimo de dueño. Por eso, la falta de demostración de ese extremo conduce a hacer lugar al agravio, debiendo revocarse el fallo en crisis.------

--- 5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar íntegramente la sentencia venida en apelación para hacer lugar a la demanda de desalojo impetrada por L. N. I. G., R. A. I. G., y B. D. I. G. contra R. Z. y/o quien resulte tenedor y/o ocupante, condenando a la demandada para que en el plazo de diez días de notificada del presente decisorio, de acuerdo a lo previsto por el art. 698, inciso 1, del C.P.C.C., proceda a desalojar el inmueble identificado como unidad funcional N° 11, inscripto bajo la matrícula (01-37) 88.978/11, ubicado en la Avda. H. Y. N° ****, departamento*-F, de la ciudad de Trelew, bajo apercibimiento de lanzamiento.----------

--- La revocatoria que se propicia conduce a adecuar las costas y los honorarios de primera instancia, conforme lo establecido por el art. 282 del C.P.C.C.----------

--- De tal modo, las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en la primera instancia, estimo prudente los honorarios que propone regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados patrocinantes de la apoderada de los coactores, en forma conjunta, y del letrado patrocinante de la demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 15% ya establecido y al 10%, respectivamente, sobre el monto del juicio a establecerse sobre el valor del bien objeto de este proceso (arts. 5, 6, 9, 25, 38, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.---

--- Tocante a los honorarios de Alzada, conforme a las pautas antes señaladas y lo previsto por el art. 13 de la ley del arancel, tambien estimo prudente los emolumentos que propicia el Dr. De Cunto a favor de los letrados patrocinantes de la apoderada de los actores en un 5,25 % del aludido monto del juicio, con más el I.V.A. correspondiente.
--- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------
--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto expresó:----------
--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Revocar el fallo apelado y en consecuencia hacer lugar a la demanda de desalojo promovida por L. N. I. G., R. A. I. G. y B. D. I. G. contra R. Z., condenando a esta última, a que en el plazo de diez días de notificada la presente, desaloje el inmueble individualizado como Unidad Funcional N° **, Matrícula (**-**) **.***/**, ubicado en Avda. H. Y. N° **** Departamento *-F, de Trelew, bajo apercibimiento de lanzamiento.----
--- II.- Imponer, por adecuación, las costas de la instancia anterior, a la demandada vencida (conf. arts. 69 y 282 del CPCC).----------
--- III.- Establecer, por adecuación, los honorarios, correspondientes a la instancia de grado de la siguiente manera: mantener los de los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en el 15% determinado en la instancia precedente, y determinar los del Dr. R. D. F., en un 10%; en ambos casos sobre el monto que oportunamente se determine de acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con más el IVA pertinente (conf arts. 5, 6, 9, 25, 38, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).----------
---
--- IV.- Imponer las costas de esta sede al demandado perdidoso (conf. art. 69 del CPCC).----------
--- V.- Regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia, de los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en un 5,25% sobre el monto que se determine de acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con adición del I.V.A. correspondiente.----------
---
--- Así lo voto.----------
--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo:----------
--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del cuerpo que se ha formado con la anterior votación.----------
--- 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. 8, Ley V – Nº 17) 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**: ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO

--- REVOCAR el fallo apelado y en consecuencia hacer lugar a la demanda de desalojo promovida por L. N. I. G., R. A. I. G. y B. D. I. G. contra R. Z., condenando a esta última, a que en el plazo de diez días de notificada la presente, desaloje el inmueble individualizado como Unidad Funcional N° **, Matrícula (**-**) **.***/**, ubicado en Avda. H. Y. N° ****Departamento *-F, de Trelew, bajo apercibimiento de lanzamiento.----------

--- IMPONER, por adecuación, las costas de la instancia anterior, a la demandada vencida (conf. arts. 69 y 282 del CPCC).----------

--- ESTABLECER, por adecuación, los honorarios, correspondientes a la instancia de grado de la siguiente manera: mantener los de los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en el 15% determinado en la instancia precedente, y determinar los del Dr. R. D. F., en un 10%; en ambos casos sobre el monto que oportunamente se determine de acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con más el IVA pertinente (conf arts. 5, 6, 9, 25, 38, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).----------

--- IMPONER las costas de esta sede al demandado perdidoso (conf. art. 69 del CPCC).----------

--- REGULAR los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia, de los Dres. A. M. S. y A. P. A., en conjunto, en un 5,25% sobre el monto que se determine de acuerdo al art. 25 de la ley arancelaria, con adición del I.V.A. correspondiente.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL NUMERO_____2014 - SDE - CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO