

Expte. N° 153066.- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata
- Sala I.-

Autos: "GAMBINI ANA MARÍA GABRIELA Y GAMBINI MARÍA JOSÉ ADELA C/AZNAREZ ALICIA S/ DESALOJO (EXCEPTO POR FALTA DE PAGO)".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 11 días de Julio de 2013, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: **1º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez y 2º) Dra. Nélida Isabel Zampini**, se reúnen los Señores Magistrados en Acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos **"GAMBINI ANA MARÍA GABRIELA Y GAMBINI MARÍA JOSÉ ADELA C/AZNAREZ ALICIA S/ DESALOJO (EXCEPTO POR FALTA DE PAGO)".-**

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

ANTECEDENTES:

El señor Juez de Primera Instancia dictó sentencia, a fs. 776/781, resolviendo 1ro) hacer lugar a la demanda de restitución promovida por Ana María Gabriela Gambini y María José Adela Gambini contra Alicia Aznares, y en su mérito, condenando a la nombrada en segundo término a que, dentro del plazo de treinta días, desocupe en favor de las accionantes el inmueble identificado catastralmente con la Circ. I, Secc. B, Manzana 161 Parcela 3, Subparcela 37, Polígono 04-05, Partida 315527 del Partido de Gral. Pueyrredón, ubicado en Av. Colón Nro. 2236 piso 4 de este medio, bajo apercibimiento de ejecución; 2do) Rechazar la demanda de restitución de mobiliario promovida por Ana María Gabriela Gambini y María José Adela Gambini contra Alicia Aznares; 3ro) Rechazar la reconvención deducida por Alicia Aznares contra Ana María Gabriela Gambini y María José Adela Gambini. 4to) Impone las costas a la actora y demandada en la medida del vencimiento respectivo. Difiere la

regulación de honorarios para su oportunidad procesal.

Contra ese pronunciamiento, el Dr. Ruben Alcides López Aguado y la Dra. María Fernanda López Aguado, como apoderados de la parte actora, interpusieron recurso de apelación con la pieza luciente a fs. 785, remedio concedido a fs. 786. Los agravios fueron presentados a fs. 805/807 mereciendo réplica de la contraria a fs. 816/819.

A su vez a fs. 796, Alicia Aznarez con el patrocinio letrado del Dr. Gabriel Norberto apela siendo la misma concedida a fs. 797. La queja obra a fs. 808/814 con respuesta de las accionantes a fs. 820/823.

I*) Recurso parte actora.

Su queja apunta al rechazo de la demanda por restitución de mobiliario. Sostiene que no se han considerado los puntos y argumentos que fueran sostenidos por su parte, ni las probanzas que acreditan la existencia de los muebles en el departamento al momento de la adquisición.

Entiende que los muebles tienen carácter de accesorio y sumisión a la suerte de lo principal. Aduce el recurrente que "no se acreditó en momento alguno que el departamento adquirido por las actoras no estuviera amueblado, cuando ingresó a vivir en el mismo en carácter de usufructuario el padre de las actoras. Menos aún que el mobiliario en él existente lo hubiera aportado o contribuido a adquirirlo la demandada" (sic)

II*) Recurso parte demandada.

* Primer agravio: Entiende que el *a quo* omitió el tratamiento de la excepción de uso y habitación, argumentando que ello afectó su derecho de defensa y "nulidificando la sentencia dictada" (sic).

Refiere el quejoso que la demandada invocó y probó un derecho real, siendo usuaria y poseedora con ánimo de dueño quedando comprobada la existencia de una sociedad de hecho, por lo cual, no podía prosperar la acción de desalojo.

Aduce que los concubinos aportaron fondos para la adquisición del bien por el cual corresponde la división, es por ello que no se puede solicitar la exclusión del otro hasta tanto se materialice la división del condominio con la venta del bien.

Termina diciendo la quejosa que el *a quo* no evaluó que la Sra. Aznarez era conviviente del usufructuario con derecho de uso y habitación, que era aportante de dinero de la masa común que formó la sociedad de hecho de los convivientes desde enero de 1997 de donde surgió el dinero para realizar la compra por interposición de persona.

* Segundo agravio: Absurdo en la valoración de la prueba .

A juicio del apelante, el Sentenciante de Grado no ha valorado que el Sr. Gambini realmente no quería poner el inmueble a su nombre y necesitaba simular mediante la interposición de persona ajena a la sociedad conyugal ya que no se encontraba divorciado. No se tuvo en cuenta que éste "no tenía medios económicos como para comprar sólo el departamento en cuestión y que tuvo un préstamo de dinero por el esposo de la testigo Lary Storch Martha Susana y que completó con el dinero de la Sra. Aznarez" (cita testimonio de fs. 530/31).

Se agravia en cuanto el Juez de la otra Instancia no ha tenido en cuenta que el nombrado no tenía *animus donandi* toda vez que por los testimonios "tenía muy poca relación con sus hijas, por ello era sólo la necesidad de colocarlas a ellas simulando la interposición de persona ajena a la sociedad conyugal" (sic). Dice el apelante que se ha omitido incorporar el testimonio de la testigo Lary Storch Marta Susana prestado a fs. 530/1.

Se queja, además, de la omisión de valorar la prueba de informes de la Receptoría General de Expedientes de Buenos Aires de donde emana que el divorcio recién lo inició el 30 de diciembre de 2003 en el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 10, es decir, luego de 7 años de convivencia con la demandada lo que demuestra la necesidad de realizar una interposición de persona en la compra del departamento en cuestión.

Por su parte dice que no se han tenido en cuenta pruebas referidas a la probanza de la sociedad de hecho no desconocidas por la contraria, entre ellas, facturas del local rentado por la accionada, contrato de locación, plano, factura de arreglos en el depto. sito en Av Colon 2236 4º E, factura de traslado de restos, cremación, etc.

Concluye el quejoso que quedó demostrada la calidad de co-poseedora, que hizo arreglos en el mismo, que actuaba como dueña del departamento atento haber aportado

dinero para la compra del mismo, que abona las expensas, etc.

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S :

1ro) Debe declararse nula la sentencia de fs. 776/781?

2do) Debe declararse desierto el recurso de fs. 785?

3ro) ¿Es justa la sentencia de fojas fs. 776/781?

4to) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

No resulta procedente el pedido de anulación de la sentencia que formula el apelante.

Partiendo de la premisa que señala que el recurso de apelación comprende al de nulidad, es dable advertir que éste queda limitado a los defectos de forma del pronunciamiento, o en cuanto a las solemnidades prescriptas para dictarlo (arts. 160 a 163 del Código Procesal). Su ámbito, por lo tanto, se circunscribe a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, de tiempo o de forma que pudieron afectar la sentencia (art. 253 Código Procesal).

Siendo ello así, no cabe declarar la nulidad si los agravios en que se funda entran dentro del andarivel propio del recurso de apelación, el que fue oportunamente deducido y se tratará a continuación.

Los principios de trascendencia y conservación que consagran los arts. 169 y 172 del Código Procesal, descartan la declaración de nulidad cuando las alegadas irregularidades en que se funda el alzamiento son susceptible de repararse por medio del recurso de apelación.

ASÍ LO VOTO.

LA SEÑORA JUEZA DRA. NÉLIDA ISABEL ZAMPINI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR.
ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:**

El Juez de Grado desestimó la pretensión de restitución del mobiliario sosteniendo que no resulta que el acto de adquisición extendiera sus efectos sobre derecho alguno de propiedad más allá del que correspondía sobre el bien raíz. A su vez sostiene el *a quo*, debe rechazarse el planteo en base a los límites de conocimiento de este legajo en orden al objeto litigioso y sin perjuicio de los derechos que por otro título puedan esgrimirse por la vía autónoma que corresponda.

Dicho argumento central no fue atacado por el apelante quedando incólume en los términos del art. 261 del CPC.

Adviértase que la queja contiene apreciaciones genéricas de tipo subjetivo, desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia que no alcanzan para rebatir tal razonamiento del Juez, limitándose a expresar que "*no se acreditó la inexistencia del mobiliario al adquirir el inmueble*" (v. fs. 806 vta/807) pero no refiere a ninguna prueba específica omitida por el Juez para llegar a una conclusión adversa a sus intereses (art. 2520 Cód. Civil). Es que no alcanza para superar el vallado del juicio de admisibilidad enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada, es necesario demostrarlos (argto. art. 266 *in fine* del CPC; principio "*tantum devolutum quantum appellatum*", Azpelicueta-Tessone "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 27 y ssgte 167 y ssgte ed. Platense).

En virtud de lo cual la queja no puede ser contemplada como una alegación crítica y debe declararse desierto el recurso interpuesto.

A la segunda cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

**LA SEÑORA JUEZA DRA. NÉLIDA ISABEL ZAMPINI VOTÓ
EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ
DOCTOR ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:**

I.- Consideraciones preliminares:. Interesa destacar que la admisibilidad de la pretensión de desalojo se halla supeditada al requisito de que la obligación de restituir resulte en forma nítida y sea actual, real y concreta. En definitiva, para el

progreso de la acción se requiere que quien la ejercita tenga el derecho a la libre disposición del bien objeto de aquélla, como aquél contra quien va dirigida carezca de todo título a la ocupación, es decir, que el actor debe acreditar ser titular de un derecho que le permita exigir la devolución o restitución de la cosa, asimismo, que el accionado se encuentre obligado a restituirla, sea porque los actos o contratos que posibilitaron entrar en la tenencia no pueden considerarse existentes o vigentes, o porque tenga el carácter de mero tenedor precario o intruso (art. 676 del CPC, Cám 2da La Plata, causa 79235, RSD 232-94).

Desde otro punto de vista, suscribo la postura que sostiene "el desalojo es un proceso especial en el que no es admisible, en principio, la reconvención por razones de buen orden y celeridad. De ahí que la admisibilidad de la reconvención se debe apreciar con criterio restrictivo..." (esta Cámara, Sala III, 145120 RSI-17-10 I 8-2-2010; CCyCSM, Sala III, c.61139 RSI-14-8 I 27/11/2008).

II.- Ha quedado plenamente demostrado el derecho de las accionantes a pedir la restitución del bien objeto de este proceso de desalojo. Las hoy reclamantes, Ana María Gambini y María José Gambini han acreditados ser propietarias del inmueble Matrícula 137615 sito en Av. Colón Nro. 2236 de la ciudad de Mar del Plata conforme surge de la Escritura Nro 562 del 2 de junio de 1997 con reserva de un derecho real de usufructo vitalicio y gratuito a favor de su padre Ángel Leo Mario Gambini (v. documental 25/35; art. 1184 inc. 1, 1190, 1191, 1193, 2506, doct. arts. 332, 384 del CPCC); al producirse el deceso de éste, la nuda propiedad se consolidó en cabeza de las actoras, en ese preciso momento (art. 2929 del Cód. Civil) es decir, que se extinguió el derecho real de usufructo del Sr. Gambini, produciéndose la unificación del dominio en cabeza de los accionantes (nota 2807 del Cód. Civil). De allí, que los titulares podrían ejercitar sus derechos sobre el objeto que les pertenece -art. 2506, 2513 del Cód. Civil- porque "el contenido del dominio trae el derecho de poseer, usar y gozar (art. 2513 del citado cuerpo legal) siendo oponible ese derecho *"erga omnes"*. En conclusión, los actores son adquirentes derivados del título anterior -nudos propietarios- en virtud del contrato inicial celebrado (art. 2807, 2810, 2812 y ccdtes del Cód. Civil).

Cabe afirmar, por último, que el usufructuario es sólo un tenedor precario

de la cosa y acabado el usufructo -en el caso, por la muerte del usufructuario-, el propietario recupera la cosa sin más y además, no queda obligado a ninguna indemnización respecto de los terceros cuyos derechos -si los tuvieran- también quedan resueltos (doct. art. 2807, 2947, 3270 del código de fondo).

Ahora bien, en ese contexto y a pesar de los grandes esfuerzos recursivos el agraviado no ha podido demostrar "*prima facie*" su carácter de poseedor con ánimo de dueño alegado para resistir el desahucio pretendido.

Por el contrario, tal como lo asevera el Juez de Grado, la ocupación de la demandada reposó desde siempre en un derecho real que detentaba quién fuera su pareja o concubino, tal como lo reconoce expresamente al absolver posiciones (v. fs. 625/627, escritura fs. 25/27; doct. Arts. 356, 375 y 384 del CPCC). Es así, entonces, que la Sra. Aznarez ocupa el departamento como una detentación accesoria a la relación concubinaria principal (usufructo) (doct. Arts. 375, 384 del CPCC; arts. 2352, 2353, 2929, 2807, 3270 y ccdtes del Cód. Civil). Naturalmente tiene la cosa, pero la circunstancia no conforma el *corpus* posesorio, no alcanza la efectividad que prescribe el art. 2352 del Cód. Civil. Quien efectivamente tiene la cosa pero reconociendo en otro la propiedad es un mero tenedor de ella (arts. 2352 y 2460, Cód. Civil), calidad ésta que no puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo, salvo que pruebe haber intervertido el título de origen (arts. 2352 y 2354, Cód. Civil) (Código Civil Comentado, Claudio Kiper, Ed. Rubinsal-Culzoni, pag. 172).

Con lo expuesto quiero decir que probado el carácter de simple tenedor de la accionada, por la demostración del título en cuya virtud entró en la ocupación precaria del inmueble, dicho tenedor no podrá oponerse fundadamente al progreso de la acción de desalojo (doct. Arts. 375, 384 del CPCC; arts. 2352, 2353, 2929, 2807, 3270 y ccdtes del Cód. Civil). Máxime cuando ninguna de sus hipótesis o planteos (existencia de una sociedad de hecho con su pareja (usufructuario), simulación por interposición de persona, carácter de poseedora, etc; han podido ser justificados con las probanzas lucientes en la causa, tal como lo asevera el *a quo*.

En efecto, adentrando en el segundo agravio debo decir que no se verifica una errónea valoración de las pruebas por parte del Sentenciante de la otra Instancia.

Cabe poner de relieve que la selección de pruebas y la atribución de la jerarquía que les corresponde, es facultad propia de los Jueces de Grado potestad que admite la posibilidad de inclinarse hacia unas descartando otras, sin necesidad de expresar la valoración de todas- y no se consuma absurdo por la preferencia de un medio probatorio sobre el otro (conf. causas 87844 sent del 30-III-2005, 94.660 sent del 27-II-2008; 101543 sent. el 24-VI-2009; 89207, sent del 15-VII-2009, 105530, sent. Del 15-VI-2011). Se ha sostenido, asimismo, que la prueba de testigos debe tomarse como formando parte de un todo y es deber del Juzgador valorarla cotejándola con los demás elementos del proceso, pues la atomización de cada contestación conduce a un polo opuesto (SCBA, Ac. Y Sent, 1963, v. II, pag. 434; 1967, v. II, pa. 17; MORELLO-SOSA-BERIZONCE, “Códigos Procesales....” Tomo V, pág. 268).

Así, debo afirmar que la declaración de la testigo Lary Storch en cuanto dice que el inmueble objeto de autos se adquirió con dinero de la accionada que tenía por la venta de un departamento propio y con dinero prestado por el marido de la declarante; que se llevaba mal con sus hijas –propietarias del departamento-; o que el departamento objeto de restitución se pone a nombre de las hijas del Sr. Gambini porque no habían terminado los trámites de divorcio de su matrimonio, no alcanza para convencerme de que ello sea así, atento el tinte de vaguedad e imprecisión que encierra tal declaración frente a las otras probanzas de la causa, que la ubican como simple tenedora con obligación de restituir –arg. Art. 1193, C. Civil- (v. documental fs. 25/27, confesional fs. 626; arts. 332, 421, 384 y ccetes del ritual).

De manera que, para descartar la viabilidad de la acción de desalojo, no resulta suficiente la mera alegación de tales defensas, siendo necesario un mínimo de prueba pertinente que demuestre la seriedad del planteo. Y ello no aconteció en autos, la accionada no ha podido justificar su carácter de poseedora para repeler el desalojo dispuesto en la otra Instancia (art. y doct. arts 1184 inc. 1, 1193, 1789, 1801, 2352, 2384, 2506, 2513, 2807 y su nota, 2916, 2929 del Cód. Civil y doct. arts. 356, 375, 384, 424, 676 del CPCC)

No es ocioso dejar dicho que el pago de impuestos de tasa municipales, impuestos y expensas no constituyen en sí actos posesorios, no revelan el contacto con

la cosa y consiguientemente nada prueban con relación al *corpus* posesorio. Se ha dicho que tal acto, sí constituye prueba del *animus domini*, pero no consiste en un acto posesorio, ya que no se trata de un acto material sino jurídico. El pago de impuestos constituye una exteriorización del *animus* o bien una prueba complementaria de su existencia, que debe estar acompañada por otras para la prueba de la posesión. (Código Civil y Leyes complementarias, Zannoni, Ed. Astrea, pág. 290/291; doct. Art. 2384 del Cód. Civil; v. Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, pág. 555 y ssgtes)

En consecuencia, debe desecharse el agravio propuesto y confirmar la sentencia en este punto.

III.- Derecho de uso y habitación (art. 3573 bis del Cód. Civil):

Puntualizo que el Sentenciante de Grado sostiene que el derecho real de uso y habitación estaba cimentado en la existencia de una sociedad de hecho conformada por la accionada y el Sr. Gambini, efectuando un tratamiento conjunto de sus pilares argumentales; desechada ésta –por falta de prueba pertinente- corrió la misma suerte el derecho real invocado, sin invalidar el pronunciamiento y mucho menos afectar los principio de congruencia, defensa en juicio, etc. (arg y doct. arts. 163, 384, 253 y ccddes del rito).

En ese contexto y en virtud de lo expresado y resuelto al tratar la primera cuestión, sostengo que el derecho de habitación del cónyuge supérstite, previsto al art. 3573 bis del Código Civil, incorporado al código sustantivo por la ley 20798, al abrigo del art. 1071 del citado cuerpo legal, tiene como finalidad impedir que el cónyuge supérstite quede sin vivienda al producirse el fallecimiento de su consorte, en virtud de su concurrencia con otros herederos. Es decir, que motivos estrictamente asistenciales deben guiar su reconocimiento (conf. CNCiv. Sala K, 23-6-95 II 1996-C: DJ 1996-1299, Sala L, 6-10-94; JA 1997-II; Sala B, 13-11-97; LL 1998-F-14; Sala A, 18-2-85, LL 1985-C-3; Sala F 7-12-95, JA 1998- II citado en Código Civil comentado, Francisco A.M.Ferrer, Graciela Medina, Sucesiones, Tomo II, pág. 96).

Ahora bien, el Código sustantivo menciona al cónyuge supérstite como beneficiario de tal derecho. Por lo que el concubino no está legitimado para invocar el

derecho real de habitación (Protección Jurídica de la Vivienda Familiar, Aída Kemelmajer de Carlucci, pág. 321) Por más prolongado que haya sido el concubinato, no basta para consagrar ni la propiedad, ni la posesión de los bienes.

Sólo con lo dicho basta para desestimar la queja y proponer la confirmación del fallo apelado.

En consecuencia, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

LA SEÑORA JUEZA DRA. NÉLIDA ISABEL ZAMPINI VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA CUARTA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

Corresponde **I) Rechazar** la nulidad planteada. **II) Declarar desierto** el recurso de fs. 795 (art. 261 del CPCC). **III) Confirmar** la sentencia apelada, imponiendo las costas de Alzada a la apelante vencida (arg y doct. Arts. 68 del rito). **IV) Diferir la regulación de honorarios (doct. Art. 51 ley 8904).**

ASÍ LO VOTO.

LA SEÑORA JUEZ DRA. NÉLIDA ISABEL ZAMPINI VOTO EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Con lo que doy por terminado el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

I) Se rechaza la nulidad planteada. **II) Se declara desierto** el recurso de fs. 795 (art. 261 del CPCC). **III) Se Confirma** la sentencia apelada, imponiendo las costas de Alzada a la apelante vencida (arg y doct. Arts. 68 del rito). **IV) Se difiere la regulación de honorarios (doct. Art. 51 ley 8904). NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE O POR CÉDULA (Art. 135 CPC). DEVUÉLVASE.-**

ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ

si-///



///guen las firmas

NÉLIDA ISABEL ZAMPINI

JOSÉ GUTIÉRREZ
Secretario