TOMO XXII -**SENTENCIA**- T.S.J..-
REGISTRO Nº 726
FOLIO Nº 4384/4391
PROT. ELECT. TSS1 001 S.231
Río Gallegos, 24 de febrero de 2023.-

Y VISTOS

Los presentes autos caratulados **"LEME DIANA Y OTRA c/ ÁVALOS NICOLASA s/ DESALOJO"**, Expte. Nº **L-20.072/10** (L-1947/14-TSJ) venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en virtud del recurso de casación interpuesto por la demandada a fs. 230/240, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 223/226 vta., por cuanto confirmó la Sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 204/206. Esta última hace lugar a la demanda en todas sus partes, condenando a Nicolaza Avalos, subinquilinos y ocupantes a desalojar el inmueble.-

Expone la recurrente que: "…la resolución de V.E. es arbitraria y violatoria de las disposiciones de la constitución nacional (art. 14 y 75 inc. 23) y provincial, así como en diversos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, que integran el bloque de constitucionalidad federal, que reconocen en forma expresa el derecho a la vivienda (conf. art. 75 inc. 22 de la C.N.), no han sido considerados en la resolución recaida (sic) en autos." (cfr. foja 230 vta.). También expresa que: "…Existen supuestos admitidos por la Corte Suprema Nacional de Justicia, en que los recursos extraordinarios o de casación son conducentes. Entre ellas aquellas,…carentes de toda fundamentación de base Constitucional. Asimismo, yerra la Excma. Cámara de Apelaciones en la valoración de la prueba confesional y en la pretensión de la producción de prueba como si se tratara de un juicio posesorio, cuando se discute el derecho a habitar o a desalojar." (cfr. foja cit.). Afirma que el fallo es arbitrario, "…porque centro [sic] su atención exclusivamente sobre la posesión invocada subsidiariamente en Defensa, sin considerar que también y en primer término debió analizarse si la situación jurídica invocada por la actora se encontraba acreditada (comodato, tenencia precaria)… porque omite toda consideración a los derechos de la mujer, como concubina y de avanzada edad…" (cfr. foja 231 vta.). Seguidamente cita las normas constitucionales y los pactos y declaraciones de derechos que entiende han sido violados por el fallo

atacado (cfr. fs. 232/234 vta.). Se agravia de que deba ser "...la demandada, quien acredite su carácter; sin expedirse sobre las alegadas por la demandante, también objeto de prueba, por sus propias invocaciones. Se recurre a la prueba confesional. Sin considerar que mayor fuerza probatoria tiene la mismísima contestación de demanda; y que la confesión ficta pierde valor frente a otras pruebas producidas." (cfr. foja 235). Señala que: "Se ha soslayado, el hecho esencial, corroborado en la causa y consentido por la contraria, cual fue su calidad de concubina y que conlleva, sin más a la improcedencia de la vía de desalojo incoada, dado la ausencia del carácter de comodataria. Ese misma [sic] carácter de concubina, presume conforme la doctrina imperante actualmente actos posesorios." (cfr. foja 236). En este sentido, enumera distintos actos que considera como actos posesorios (cfr. foja 236 vta.). Concluye citando jurisprudencia que avalaría su postura (cfr. fs. 237 vta./240).-

A fs. 251 y vta., este Tribunal Superior de Justicia declaró bien concedido el recurso incoado, poniéndose los autos a disposición de las partes, conforme lo dispuesto en el actual artículo 8 del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPCyC, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, sin que ninguna hiciera uso de las facultades que le otorga el mismo (cfr. cert. foja 254).-

A fs. 255/258 dictamina el Señor Agente Fiscal ante este Tribunal, considerando que: "Yendo al análisis de la cuestión traída a dictamen he de adelantar mi opinión coincidente con los fundamentos expuestos en la sentencia de Cámara. Se ha dicho, que la acción de desalojo es de carácter personal, que tiene por objeto exclusivo la recuperación del uso y tenencia de una cosa, perseguida contra quien se halla obligado a esa restitución, por ende, no se admite la discusión del dominio ni es apta para reclamar la posesión [...] La cuestión a dilucidar se circunscribe a, si los herederos del causante tienen derecho a solicitar el desalojo de la Sra. Avalos y si esta tiene la obligación de restituir el inmueble aún cuando invoca la calidad de poseedora. Lo primero se encuentra probado en el proceso (adjudicación en venta de la vivienda en cuestión a nombre del Sr. José María Leme y su grupo familiar de conformidad con la declaratoria de herederos (fs. 99/100), fallecido este (sic) se reconoce la titularidad en cabeza de sus herederos con exclusión de la demandada, los cuales ya eran titulares del 50% que les correspondio (sic) por el fallecimiento de su Sra Madre. La quejosa entre otras cosas invoca la calidad de poseedora del inmueble, para oponerse de esta manera a la pretensión de desalojo, lo que a criterio de los jueces de Cámara no prueba en forma suficiente, opinión que el suscripto comparte [...] El fundamento invocado por la demandada para resistir la acción de desalojo, no resiste el análisis. Cabe observar que la accionada no desconoce la calidad de propietario del inmueble de quien fuera su concubino. Por

ende, tampoco desconoce el título de los actores sobre el inmueble como herederos del mismo.- El título de concubina de la demandada, tampoco resulta suficiente por sí mismo, para rechazar el desalojo. En este aspecto, la ley no ha reconocido derecho alguno a uno de los concubinos sobre los bienes del otro, salvo que existieran aportes conjuntos y para reclamar su parte [...] En síntesis, la demandada no ha acreditado de manera alguna la posesión que invoca como defensa más aún, hizo operar la cofesión (sic) ficta con las consecuencias procesales que acarrea, por lo cual no debe tener debida acogida este recurso. No obstante ello, coincido también con el Juez de Cámara cuando ordena al Estado Municipal tomar las medidas tutelares que correspondan teniendo en consideración la edad y situación personal de la anciana y es en este punto en el que en mi opinión es oportuno invocar el derecho constitucional reconocido también por los demás instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal y que reconocen en forma expresa el derecho a la vivienda (art. 75 inc 22 CN)" (cfr. fs. 256 vta./257 vta.). Finalmente expresa: "...Lo hasta aquí expuesto me lleva a concluir que en la Sentencia obrante a fs. 223/226 vta, no hay violación de la ley ni arbitrariedad, por lo que considero que no debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto." (cfr. foja 258).-

A foja 259, se ponen los presentes a disposición de las partes para que se manifiesten con relación a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, manifestándose a fs. 261/263 vta., el Defensor General ante este Tribunal. En dicha presentación solicita "...como paso previo a resolver y como medida para mejor proveer tal como lo ha resuelto en precedentes análogos, libre oficio al IDUV a efectos de que ponga en conocimiento de la presente situación...Ya que de lo contrario podríamos llegar al absurdo de tener una sentencia tal vez ajustada en derecho, (aunque esta parte desde ya no lo compartirá por los argumentos que seguidamente expondré) teniendo que desalojar a una persona mayor de edad anciana, de una vivienda social para que el propio Estado le dé a ella misma una nueva vivienda social dada las claras normativas internacionales en materia de tratados de derechos humanos sobre desalojos forzoso... y la prohibición de normativa de dejar personas en situación de calle o colocarlos en situación de vulnerabilidad social." (cfr. fs. 262 y vta.).-

A foja 266 se llaman autos para dictar sentencia y a foja 267 pasan las presentes actuaciones a estudio.-

Que, a fs. 275 y vta., se ordena la tramitación de una medida para mejor proveer, a cuyo fin se ordena librar oficio en forma urgente, al Juzgado de Primera Instancia N° Uno en lo Civil, Comercial y Laboral, Secretaría N° Dos de Puerto Deseado, para que arbitre los medios necesarios con el objeto de practicar un

Informe Socio-Económico-Ambiental en el inmueble objeto de autos sito en Bº Centenario, 330 Viviendas, Esc. Nº 44, Depto. PB "C" de la citada localidad, el que obra agregado a fs. 283 y vta.-

A fs. 285, atento encontrarse cumplida la medida para mejor proveer ordenada, vuelven los presentes a estudio para dictar sentencia.-

II.- En primer lugar, antes de ingresar al estudio del recurso de casación interpuesto, cabe referirse a lo solicitado por el Sr. Defensor General ante este Tribunal: "...corresponde a V.E. que como paso previo a resolver y como medida para mejor proveer tal como lo ha resuelto en precedentes análogos, libre oficio al IDUV a efectos de que ponga en conocimiento de la presente situación, máxime teniendo en consideración la nueva normativa vigente contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación..."(cfr. foja 262). Entendemos que no corresponde hacer lugar a lo peticionado, en razón de que no es claro en cuanto al objetivo de la solicitud, sin expresar correctamente los motivos que la fundan. No alega concretamente que situación es la que hay que informar al IDUV, como tampoco a que fines se debe efectuar. No se deduce de que manera tal oficio resulta conducente para la solución de la presente causa. En este sentido ha afirmado la doctrina que "Las diligencias llevadas a cabo por el juez para esclarecer la verdad...Deben ser dispuestas, luego de un atento estudio de la causa, cuando resulta forzoso por ser imprescindibles e imperiosas para la solución del juicio. De ahí que el juez deba valorar estrictamente la necesidad de su dictado, para evitar una inútil e inconducente prolongación de la causa" (cfr. Elena I. Highton y Beatriz A. Areán -dirección- "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Tomo 1, pág. 570).-

Este Tribunal ha dispuesto que las medidas para mejor proveer son dictadas a fines de "...dar un acabado tratamiento a las cuestiones planteadas en autos..." (cfr. Interlocutorio, Tomo XXIII, Reg. 2840, Folio 4462; entre otros), "...y con el fin de lograr la verdad jurídica objetiva y hacer la justicia del caso particular..." (cfr. Contencioso Administrativo, Tomo XIII, Reg. 885, Folio 2570). Situaciones que no se encuentran configuradas en los presentes autos.-

Por lo que consideramos no corresponde hacer lugar a lo peticionado, ello sin perjuicio de las consideraciones que se realicen según lo que se resuelva en definitiva y sus consecuencias.-

III.- En segundo lugar, encontrándose vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, es necesario determinar si el mismo resulta de aplicación a los presentes autos.-

A tal fin debemos recordar que el artículo 7º de la citada norma establece: "Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican

a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".-

En el particular caso de autos, el Defensor General ante el Tribunal expresa que el Código Civil y Comercial le otorga "...claros derechos a la conviviente..." (cfr. foja 261 vta.).-

A pesar de la vaguedad de las expresiones de la recurrente al respecto, podemos afirmar que la misma intenta hacer valer en los presentes autos, supuestas modificaciones del nuevo código al régimen del concubinato o unión convivencial. Debemos expresar que no resulta posible tal aplicación. Ello en virtud de que se trata en el caso de hechos consumados antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación. La relación que unía a la demandada con el Sr. Leme (padre de las actoras), se constituyó y extinguió durante la vigencia de la anterior normativa (conf. fs. 6 y 27). En este sentido podemos afirmar que "La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato..." (cfr. Ricardo Luis Lorenzetti (director), "Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, 1° Ed., 2014, Tomo I, págs. 46/47). Si la situación jurídica constituida ya se encontraba extinguida, no se le aplica la nueva ley. Es decir que la aplicación del Código Civil y Comercial a la presente causa, de conformidad con el artículo 7 antes mencionado, resultaría una aplicación retroactiva de la ley, supuesto prohibido por dicho artículo.-

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, corresponde agregar que la legislación hoy vigente contempla en el artículo 527 que en caso de muerte de uno de los convivientes, el supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el derecho a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este nuevo derecho es gratuito pero a diferencia del régimen matrimonial no es vitalicio (cfr. autor y ob. cit., 2015, Tomo III, págs. 361/362).-

En atención a lo expresado en el párrafo precedente, cabe señalar que en autos no se encuentran acreditados los recaudos que establece la ley para que el derecho pueda ser invocado. En primer lugar porque el bien en cuestión se

encontraba, al momento de la apertura de la sucesión del conviviente fallecido, en condominio con otras personas (conf. foja 155 y vta.). Y en segundo lugar, en razón que el plazo por el cual podrían haberse otorgado habría fenecido (en el hipotético supuesto que procediera la aplicación de la nueva normativa prevista en el art. 527 del CC y C).-

IV.- Que, ingresando al estudio del recurso de casación interpuesto, conforme ha quedado articulada la cuestión extraordinaria por la recurrente, ésta se desarrolla en el ámbito del carril impugnativo establecido por el artículo 3º inciso a) del Libro I, Título IV, Cap. IV, Sec. 6º, Parágrafo 2º -Recurso de Casación- del CPC y C, conforme Ley Nº 3453/15 -Decreto Nº 2228/15-, fundamentalmente por denunciar violación de distintos artículos de la Constitución Nacional y de Pactos y Tratados Internacionales; y arbitrariedad.-

Examinados los términos del recurso, se observa que las críticas de la recurrente sólo traducen diferencias de criterio con el Juzgador y no resultan suficientes para rechazar las consideraciones expuestas en el pronunciamiento recurrido, máxime frente a la excepcionalidad del remedio que se intenta (conf. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomo XVII, Reg. 568, Folio 3.231/3.237). En el concreto caso de autos, debemos señalar que los argumentos esbozados por la recurrente no logran alterar la doctrina de este Tribunal, que establece que las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba, son ajenas al ámbito de la casación, en la medida en que no se demuestre que el fallo atacado adolezca de arbitrariedad o que haya violado o aplicado erróneamente la ley. Circunstancias estas últimas que no acontecen en la especie, toda vez que -más allá de la discordancia que pueda mantenerse con los criterios sustentados por los jueces- el fallo se encuentra suficientemente fundado.-

Este Tribunal tiene dicho que no promueve una cuestión para ser tratada en casación el recurso que sólo trasunta una opinión diversa a la sostenida en las instancias de grado, insuficiente por ende, para demostrar que ésta conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación. En estos casos la cuestión no puede sino fenecer en los Tribunales ordinarios, no siendo este Tribunal Superior de Justicia una nueva y tercera instancia para revalorizar y juzgar respecto de dichas cuestiones, salvo el caso de absurdo, o que se alegue y demuestre que se han violado las normas legales o las reglas de derecho que gobiernan esa interpretación (conf. Sentencia, Tomo XVI, Reg. 552, Folio 3119/3123, Interlocutorio, Tomo XXI, Reg. 2661, Folio 4030/4032; Reg. 2685, Folio 4097/4099).-

Efectuado por este Alto Cuerpo el análisis de la sentencia de Cámara, se observa que la misma ha realizado una meritación y apreciación de los

hechos y pruebas con correcta calificación jurídica propia de la aplicación del derecho; y que, el mero disentimiento de la parte con lo resuelto por el "ad quem", no habilita la vía del recurso extraordinario provincial deducido, más aún cuando, como en el caso de autos, los fundamentos dados por la Excma. Cámara son coherentes, logrando una equilibrada aplicación legal. De este modo, se observa al impugnante dirigiendo su esfuerzo hacia la apreciación crítica y el análisis lógico de las probanzas meritadas, para tratar de demostrar la inexactitud de los juicios emitidos por la Cámara directamente relacionados con el cuadro fáctico y la valoración de la prueba, pretendiendo -erradamente- recrear la meritación y valoración jurisdiccional, como si se tratara de una tercera instancia común u ordinaria (conf. Juan Carlos Hitters, "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", Ed. Platense, 1984, pág. 181, primer párrafo).-

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la interpretación del Juez debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, que exigen armonizar e integrar debidamente las pruebas producidas, debiendo las sentencias ser fundadas y constituir la derivación razonada del derecho vigente, con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Fallos 323:3937).-

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado que: "...la apreciación de la prueba, su evaluación, su jerarquización, la selección del material probatorio...así como la determinación de las circunstancias fácticas que en cada caso concurren, importan verdaderas cuestiones de hecho y, en tal sentido, los jueces de grado -en ejercicio de una atribución privativa- tienen amplias facultades para valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que les faciliten la valoración de las normas jurídicas aplicables..." (cfr. "Escalante, Miguel Ángel y otra contra Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil y otra. Daños y perjuicios", Sentencia del 15 de julio de 2015. Cita online LP C 119045 S); "...es facultad privativa de las instancias de mérito la determinación del carácter de poseedora -o no- de quien lo invoca, en tanto requisito legitimante de la acción de desalojo promovida. Ello así por cuanto la labor axiológica sobre la cual se asienta tal determinación constituye una típica cuestión de hecho y prueba que, como tal, se encuentra detraída del ámbito cognoscitivo extraordinario de esta Suprema Corte, salvo expresa denuncia y condigna demostración de absurdo [...] conviene remarcar que la apreciación de la prueba testimonial, como la de los otros medios, constituye una cuestión de hecho que sólo puede ser revisada en esta instancia en caso de que la conclusión sea el producto de un razonamiento viciado por el absurdo, esto es, esté afectado por un error grave y manifiesto que derive en afirmaciones contradictorias o incongruentes con las constancias objetivas de la causa..." (cfr. "Casco, Antonia

contra Silva, Juan Carlos y otros. Desalojo por intrusión", 02/07/2010. Cita online LP C 119121 S).-

En la sentencia impugnada, se explica cuáles son las pruebas que entienden conducentes a la resolución del conflicto, como el grado de convencimiento que aquellas han logrado producir, sin que se deba justificar por qué otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra, razón por la cual el agravio al respecto, no puede prosperar. De esta manera la Cámara menciona que de la prueba informativa "...que aportara el Instituto de Desarrollo Urbano y Vivienda (IDUV) a fs. 51/131 se infiere la adjudicación en venta de la vivienda en cuestión a nombre de José María Leme y su grupo familiar de conformidad con la declaratoria de herederos presentada (fs. 99/100); fallecido el primero se reconoce la titularidad de la vivienda en cabeza de sus herederos con exclusión de la demandada (fs. 153/156)..." (cfr. foja 225). Es decir que entiende acreditados en los presentes los extremos invocados por la parte actora para solicitar el desalojo, mencionando expresamente, como se señaló, los elementos en los que se basa para llegar a tal conclusión.-

Se debe señalar también que la sentencia en crisis menciona las notas a través de las cuales la demandada formuló distintos reclamos por problemas edilicios de la vivienda, aseverando la Cámara que "...esta circunstancia sólo acredita que se encuentra viviendo en él y no su condición de poseedora..." (cfr. foja cit.).-

Es necesario recordar que: "...la sentencia que se dicte en el juicio de desalojo nunca importará prejuzgar acerca de la posesión o del dominio sobre el inmueble, al extremo de que es posible que se haya rechazado la demanda por haber el demandado invocado y acreditado prima facie el carácter de poseedor, lo que obligará al actor a reintentar el recupero a través de las acciones defensivas de la posesión o del petitorio. El proceso de desalojo no es la vía procesal adecuada para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objeto, como son las relativas al mejor derecho a la posesión o la posesión misma, por ser propias de acciones petitorias y posesorias. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega su calidad de poseedor, pero ello es así a condición de que aporte elementos probatorios que, prima facie, acrediten la verosimilitud de su alegación. Verificada esa demostración, resulta excluido el debate relativo a la posesión, ya que la sentencia que se dicte no hace cosa juzgada sobre el tema y el actor sólo puede entonces hacer valer su eventual mejor derecho mediante la vía de los interdictos o de las pretensiones posesorias o petitorias. A la inversa, si el demandado no ha producido prueba alguna acerca de la posesión, la sentencia favorable al actor no es obstáculo para que aquél se valga posteriormente de la mencionada vía." (cfr. Elena I. Highton - Beatriz A. Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 13, Ed. Hammurabi, 2010, págs. 3/4).-

En atención a lo expuesto, es que debemos centrarnos en las pruebas acompañadas en el presente, a fin de reconocer o no, -al menos *prima facie*- en el demandado, el carácter de poseedor. Si bien esto, necesariamente, lleva a la interpretación de un nuevo análisis de la prueba producida, lo cual está, en principio y como se expresó en los párrafos precedentes, vedado en casación esta regla se exceptúa cuando se alegue que se han violado las normas legales o las reglas de derecho que gobiernan esa interpretación o se ha producido una absurda valoración de las probanzas (conf. TSJ Santa Cruz, Sentencia, Tomos VI, Reg. 185, Folio 1003/1008; XVI, Reg. 543, Folio 3061/3069).-

Al respecto resulta necesario recordar, que: "Adquirir la posesión es iniciarse o, mejor decir, instalarse en ella. Es, en definitiva, adquirir el poder de disposición física de la cosa, sin reconocer en los hechos un señorío superior. Siguiendo los términos del art. 2351, puede decirse que habrá adquisición de la posesión cuando alguna persona, por sí o por otro, comience a tener una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. En congruencia con la norma citada, el artículo 2373 dispone que la posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa (aquí aparece el *corpus*) con la intención de tenerla como suya (se está refiriendo al *animus domini*)..." (cfr. Claudio Kiper, "Código Civil Comentado" -Derechos Reales-, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, 2004, pág. 230).-

En el presente caso, la demandada no ha logrado producir prueba alguna acerca de su posesión, no siendo suficiente a tal fin las enunciadas en los párrafos precedentes, ya que como correctamente señala la Cámara "...sólo acredita que se encuentra viviendo en él y no su condición de poseedora que no puede invocar desde que al ingresar a la vivienda lo hizo reconociendo la titularidad de éste en cabeza de su concubino e hijos..." (cfr. foja 225).-

La recurrente hace referencia a la existencia de una sociedad de hecho en virtud de la convivencia entre el Sr. Leme y la demandada, y que tal carácter de concubina de la Sra. Ávalos, presume actos posesorios al decir que: "Se ha soslayado, el hecho esencial, corroborado en la causa y consentido por la contraria, cual fue su calidad de concubina y que conlleva, sin más a la improcedencia de la vía de desalojo incoada, dado la ausencia del carácter de comodataria. Ese mismo carácter de concubina, presume conforme la doctrina imperante actualmente actos posesorios." (cfr. foja 236).-

Manifiesta la demandada que: "El mero hecho de la aceptación de los demandado (sic) de la convivencia de la suscripta con su progenitor, implica no ya solo el concepto de sociedad de hecho, sino acto posesorio principal. Igualmente la necesidad de acreditación de sociedad de hecho es concepto ya superado por la

realidad misma y por la doctrina y jurisprudencia imperante en la materia." (cfr. foja 235 vta.). Al contrario de lo expresado dogmáticamente por la recurrente al respecto, este Tribunal ha afirmado que: "...con el sólo hecho de vivir en concubinato no se constituye una sociedad de hecho, ya que para que ésta exista debe darse un aporte de bienes y/o dinero para realizar una actividad que tenga como fin obtener ganancias, utilidades..." (cfr. Sentencia, Tomo XIV, Reg. 498, Folio 2739/2745). Por lo que no es correcta la afirmación de la demandada en este sentido.-

Cuando existen distintas visiones sobre el "*thema decidendum*", como sucede en el caso de autos, la adhesión a una teoría por parte del Juzgador (aunque sea minoritaria) no constituye materia que deba tratarse en casación, pues ello no implica -en principio- el haber incurrido en violación de la ley o arbitrariedad. Siguiendo esta línea de pensamiento, ha expresado este Tribunal "...'Como vemos, a favor de una y otra postura se alistan distinguidos autores, siendo por ello que no se encuentra en la adscripción por parte del juzgador de grado a una u otra teoría -en principio- fundamento bastante para agraviarse de arbitrariedad y por lo tanto, si el fallo tiene un fundamento serio basado en una postura jurídica -sea o no mayoritaria-, la circunstancia que el recurrente considere aplicable a su favor una de tales tendencias no habilita '*per se*', la admisión de su queja...'" (cfr. Sentencia, Tomos XI, Reg. 398, Folio 2154/2157; XII, Reg. 418, Folio 2282/2288). Por ello es que no se observa en el fallo atacado vicio alguno que, en éste punto, habilite su tratamiento en esta instancia. Mas allá de la discrepancia con la postura de la Alzada que el recurrente pudiera tener.-

De esta manera, la Cámara se adhiere a una reconocida corriente doctrinaria. Al respecto podemos citar a Beatriz Areán: "...la sola existencia del concubinato no hace presumir ni una sociedad de hecho ni un condominio sobre las cosas...el concubinato no da derecho a la continuación en el uso del inmueble cuando la relación cesa por cualquier causa, o bien cuando se produce la muerte del concubino propietario y son sus herederos quienes reclaman la restitución..." (cfr. aut. cit., "Juicio de Desalojo", Ed. Hammurabi, 2004, págs. 273/274). En igual sentido cabe agregar "...El concubinato no hace surgir de por sí una sociedad de hecho ni una presunción de que exista, y si el concubino no probó haber hecho algún aporte económico para la adquisición del inmueble objeto de desalojo,...sólo resulta ser un mero ocupante del inmueble, sin título alguno y con obligación de restituir." (cfr. Fassi, Santiago C.-Maurino, Alberto L.: "Código Procesal Civil y Comercial", Ed. Astrea, 3° edición actualizada y ampliada, 2005, Tomo 4, pág. 605); "El concubino no habrá adquirido derechos respecto de la titularidad del inmueble, aunque invoque la existencia de una sociedad de hecho con su concubino, mientras no pruebe dicha existencia y, además, que el inmueble pertenece a la sociedad" (cfr. Gustavo A.

Bossert, "Régimen jurídico del concubinato", Ed. Astrea, 1982, pág. 173).-

La jurisprudencia, por su parte, ha receptado esta postura doctrinaria, al resolver que: "El concubinato no da derecho a la continuación en el uso del inmueble si la relación cesa por cualquier causa, o bien cuando se produce la muerte del concubino propietario y son sus herederos quienes reclaman la restitución, ya que mientras está vigente la relación concubinaria, la propiedad y posesión del bien se encuentra en cabeza del titular y el no titular sólo es un simple tenedor, en razón de un vínculo de hospitalidad." (cfr. CNCiv, sala G, "P., P.A. y otro c/ G., L. E. y otros s/ desalojo: otras causales", del 18/02/2015, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/1286/2015); "...el concubinato no da derecho a la continuación en el uso del inmueble a la muerte del concubino propietario ya que el concubino no habrá adquirido derechos respecto de la titularidad del inmueble y, en consecuencia, no puede encontrarse en mejores condiciones que el dueño, que en este caso es el heredero forzoso." (cfr. CNCiv., sala H, "Guralnik, Andrea C. c/ Anconetani, Edy E. y otro", 27/06/2002. Cita Online: AR/JUR/3954/2002).-

Por lo que, considerando la decisión que adoptó la Cámara, la misma resulta debida y correctamente fundada, citando jurisprudencia y doctrina que avalan su conclusión, más allá de la discrepancia que pudiera tener la recurrente con la postura asumida por la misma. No pudiendo tener favorable acogida los agravios esgrimidos por la recurrente.-

V.- Con relación a la arbitrariedad que denuncia la recurrente, ésta no puede prosperar toda vez que no se observan en el pronunciamiento impugnado ninguno de los presupuestos que la configuran. Sobre la materia, es tesis de este Tribunal que: "...La doctrina de la arbitrariedad no ha sido instituida para corregir sentencias equivocadas, o que el recurrente estime tales según su criterio, sino que atiende sólo a supuestos de gravedad extrema en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación..." (cfr. Interlocutorio, Tomos III, Reg. 282, Folio 457/458; VI, Reg. 881, Folio 1022/1025, entre otros). Circunstancias que, de conformidad a los argumentos reseñados en los párrafos precedentes, no han acontecido en la especie.-

La arbitrariedad que acusa constituye una mera discrepancia con la valoración de los elementos probatorios aportados a la causa, efectuada por el ad quem, lo que por su propia naturaleza, más allá de su acierto o error, refiere a cuestiones de hecho y prueba, materia ésta que, como se señalara "*ut supra*", escapa a la órbita del recurso de casación, el que no tiene por fin constituir una tercera instancia en donde el Alto Tribunal Provincial revise el criterio adoptado por los jueces de la causa, si no ha existido violación de la ley, absurdo en la valoración de la prueba o afectación de garantías constitucionales.-

VI.- Sin perjuicio de lo decidido *ut supra*, no escapa de la apreciación de este Tribunal que la decisión en los presentes implica la pérdida de la vivienda de una mujer que se encuentra en condición de vulnerabilidad en virtud de ser una persona de muy avanzada edad (más de 80 años) con escasos recursos económicos (conf. fs. 26, 35 e informe socio económico ambiental obrante a foja 172 y vta.).-

En lo que respecta a los instrumentos internacionales, resulta necesario recordar lo dispuesto por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por Ley Nº 24.658, en su artículo 17: "Protección de los Ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.".-

En la Declaración de Brasilia, Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, los Estados reafirmaron "...el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas de edad para hacer efectivos sus derechos..."; así como también se resolvió promover "...la puesta en práctica de iniciativas para mejorar la accesibilidad del espacio público, adaptar las viviendas a las necesidades de los hogares multigeneracionales y unipersonales compuestos por personas de edad y facilitar el envejecimiento en el hogar con medidas de apoyo a las familias, y en especial a las mujeres, en las tareas de cuidado.".-

Por otro lado, consideramos que no cabe ninguna duda en cuanto a que la Sra. Ávalos pertenece, como se mencionó *ut supra*, en virtud de su edad y su frágil condición económica, a un grupo vulnerable. Por lo que, en razón de dicha circunstancia, es que juzgamos como correcta la decisión de la Cámara de dar intervención al Departamento de Acción Social de la Municipalidad de Puerto Deseado previo a la ejecución del desalojo (conf. foja 226 vta.). Pero consideramos que se debe extender dicha intervención al Poder Ejecutivo Provincial, quien conjuntamente con el municipio local y por intermedio del organismo que resulte

competente, deberán adoptar las medidas pertinentes a fin de otorgarle la asistencia necesaria a la Sra. Ávalos, ante la situación de total vulnerabilidad en la que se encuentra, en razón de las obligaciones que los instrumentos internacionales imponen (arts. 14 bis, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 11.1 del pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual posee jerarquía constitucional; 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Ley Nº 24.658-).-

Cabe señalar que la Ley Provincial Nº 2669 de Promoción y Protección Integral de los Adultos Mayores establece que "Es deber del Estado asegurar a los Adultos Mayores el pleno goce de sus derechos referentes a:... f) La vivienda adecuada..." (cfr. art. 3º ley cit.). Como así también dispone en su artículo 7: "Constituyen acciones ejecutivas el desarrollo de:... l) Procurar la contención de los adultos mayores en viviendas adecuadas teniendo en cuenta no solo normas arquitectónicas, sino sus pautas culturales." Lo que no hace más que reafirmar el deber del Estado Provincial en procurar el amparo de la demandada en la satisfacción de las necesidades referidas.-

Debemos señalar que no existe contradicción en el hecho de que por un lado la defensa intentada por la demandada sea rechazada y, por el otro, "...se ordene la intervención del Poder Administrador, tercero ajeno al proceso civil entablado. Lo primero concierne al conflicto individual que ha sido juzgado. Lo segundo se cubre con el mandato constitucional preventivo de garantizar la efectividad de los derechos sociales, que el Poder Judicial como parte integrante de los organismos del Estado está facultado a impulsar..." (cfr. SCBA, "L. R. H. c/ A. B. A. s/ Medidas cautelares", causa Ac. 98260, del 12/07/2006). Así como también que de lo que se trata, en síntesis, es de dar efectivo cumplimiento a los instrumentos internacionales citados, donde el Estado asumió el compromiso internacional de promover políticas tendientes a la efectividad de sus derechos respecto de personas vulnerables como la demandada (cfr. fallo cit.).-

Por ello ante la situación descripta y teniendo en cuenta los derechos involucrados, corresponde poner en conocimiento al Poder Ejecutivo Provincial y a la Municipalidad de Puerto Deseado de esta realidad a fin de que, a través del organismo que arbitre competente, y previa verificación de los extremos conducentes tome a su cargo en caso necesario la instrumentación de acciones positivas para la protección amplia y efectiva de los sujetos destinatarios de amparo especial (cfr. fallo cit.) previas a la ejecución del desalojo.-

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que: "...por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social 'que tendrá carácter

de integral e irrenunciable' y en especial se previó que la ley establecerá 'el acceso a una vivienda digna' (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe 'legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...' (primer párrafo del art. 75, inc. 23). Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia..." (Fallos 335:452).-

VII.- Desde otro cuadrante, la recurrente expresa que el desalojo afectaría el derecho al acceso a una vivienda digna (conf. fs. 232), por lo que, se colige, no hacer lugar al desalojo sería la obligación correlativa que exigiría en este caso el derecho a la vivienda. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que "...Esto permitiría inferir dos conclusiones. La primera es que tolerar la ocupación ilegal de una casa puede ser eventualmente una manera de satisfacer el derecho a la vivienda. La segunda es que podría existir contradicción entre el derecho de propiedad privada del que reclama un desalojo y el derecho a la vivienda de los que habitan la casa a desalojar. En mi opinión, se trata de conclusiones insostenibles...En primer lugar, porque como lo señala el señor Defensor Oficial en su presentación de fs. 58/65, con cita de la Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido 'que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte' (conf. § 7). Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. § 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él. El segundo defecto consiste en haber formulado el problema en términos de conflicto entre el derecho del propietario individual y el derecho de todos a una vivienda adecuada, cuando es conocido el papel de la administración de justicia -en especial las instancias superiores- a favor de la unidad del sistema de los derechos, que no debe ser interpretado sino como un todo coherente (vid. Fallos: 322:622: 317:1195; 320:875, 2701; 324:4367)..." (cfr. Dictamen del Procurador General al que la Corte se remite en autos "E., S. y otros s/ inf. art. 181, inc. 1°, C.P.", del 01/08/2013, www.informacionlegal.com.ar. Cita Online: AR/JUR/39009/2013).-

VIII.- Somos de la opinión que, considerando lo expresado, la cuestión ventilada en los presentes autos fue resuelta acertadamente, realizando la Cámara una correcta adecuación de las normas en cuestión, sin perjuicio de ello entendemos que además de la Municipalidad de Puerto Deseado deberá extenderse esa intervención al Poder Ejecutivo Provincial a los fines de que a través de los órganos que resulten pertinentes, y en forma previa al desalojo, cumplimenten las acciones referidas en el punto VI.-

Conforme a los argumentos expuestos, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 230/240 por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de la Excma. Cámara, de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 223/226 vta., disponiendo la intervención al Poder Ejecutivo Provincial y de la Municipalidad de Puerto Deseado conforme lo dispuesto en el considerando **VI** y **VIII** de la presente sentencia. Las costas de esta instancia se imponen por su orden (cfr. art. 68, segundo párrafo del CPCyC) dado que existió razón probable para litigar.-

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la demandada a fs. 230/240 y en consecuencia, confirmar la sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 223/226 vta, con costas por su orden.-

2º) Disponer, previo al desalojo, la intervención del Poder Ejecutivo Provincial y de la Municipalidad de Puerto Deseado conforme lo expuesto en el considerando **VI** y **VIII** de la presente sentencia.-

3º) Tener presente la reserva del caso federal.-

4º) Regístrese y notifíquese. Oportunamente devuélvase.-

La presente sentencia se dicta con la firma de tres miembros del Tribunal, por constituir mayoría concordante en la solución del caso, en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Vocal Dra. Alicia de los Ángeles Mercau y la Sra. Presidenta Dra. Paula Ernestina Ludueña Campos (art. 27, 2º párrafo, de la Ley Nº Uno, t.o. Ley 1600 y modificatorias.-

DANIEL MAURICIO MARIANI
Vocal A/C de Presidencia
Tribunal Superior de Justicia

Siguen...///

///…las firmas.-

RENBÉ GUADALUPE FERNÁNDEZ
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

FERNANDO MIGUEL BASANTA
Vocal
Tribunal Superior de Justicia

MARCELA SILVIA RAMOS
Secretaria
Tribunal Superior de Justicia