

**Voces:** DESALOJO ~ CONCUBINATO ~ INTERPRETACION ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ VIVIENDA ~ CONCUBINO ~ POSESION ~ RECONVENCION ~ INMUEBLE ~ TENEDOR ~ COMODATARIO ~ EXCEPCIONES

**Título:** Concubinato y desalojo

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** DFyP 2014 (abril), 01/04/2014, 57

**Fallo comentado:** N. A. M. c. P. M. S. s/ recurso apelación exped. Interior (Civil) ~ 2013-03-27 ~ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba

**Cita Online:** AR/DOC/4258/2013

**Sumario:** 1. Hechos. 2. Sentencia de primera instancia. 3. Sentencia de Cámara. 4. Proceso de desalojo. 5. La existencia de concubinato no da derecho a continuar en la vivienda. 6. La excepción de posesión. 7. La reconversión en el juicio de desalojo. 8. La cotitularidad sobre el bien. 9. Conclusión.

### 1. Hechos <sup>(1)</sup>

La demandada vivió en concubinato con el actor desde el año 1983. Finalizada la unión convivencial el titular del inmueble toleró la ocupación de su vivienda por su ex pareja por algún tiempo y luego solicitó el desalojo.

### 2. Sentencia de primera instancia

El Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial Conciliación y Familia de Alta Gracia no hizo lugar a la demanda porque consideró que se encontraría acreditado "prima facie" el carácter de poseedora del inmueble por parte de la demandada y por tanto excluida del juicio de desalojo, debiendo ventilarse el debate posesorio -petitorio en otro tipo de contienda.

### 3. Sentencia de Cámara

La Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba revocó el pronunciamiento del Tribunal de Alta Gracia porque juzgó que la convivencia con el dueño del inmueble, no justifica su calidad de "poseedora animus domini", ya que el concubinato no genera posesión o co-posesión, ni constituye motivo válido para enervar el desalojo. <sup>(2)</sup>

### 4. Proceso de desalojo

El proceso de desalojo, tiene por objeto lograr la recuperación del uso y goce de un bien inmueble, cuando media una obligación de restituir exigible; es un proceso especial que resulta de una acción personal.

"La pretensión de desalojo se da contra el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el intruso y todo otro ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, vale decir contra quienes reconocen en otro la titularidad del dominio, pero no contra quien posee 'animus domini'". <sup>(3)</sup>

La cuestión reside en determinar si el concubino o sus herederos pueden desalojar a su concubina cuando finalizada la unión de hecho ésta continua habitando la vivienda de propiedad de su ex compañero.

Concretamente, vamos a analizar la posibilidad de que prospere el desalojo de acuerdo al carácter por el que se detenta el inmueble, a fin de precisar si el ex concubino o sus herederos en carácter de propietario están legitimados activamente para lograr su desahucio.

#### 4.1. Concubino como intruso

La intrusión carece de una caracterización legal. Según la Doctrina es intruso quien "ilegalmente y careciendo de derecho se introduce en un inmueble. Por ende, quien tuvo el consentimiento voluntario de su propietario, no podrá ser calificado de intruso, aun cuando permanezca en la detención de la tenencia. <sup>(4)</sup>

En el siglo pasado múltiples pronunciamientos judiciales hicieron lugar a la demanda por desalojo contra el concubino por considerarlo un intruso. <sup>(5)</sup>

La Jurisprudencia, después de sufrir una evolución en este aspecto se inclina por aceptar que no es admisible sostener 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.

Hoy en día la mayoría de los tribunales del país rechazan la acción de desalojo instaurada contra la concubina cuando se la pretende excluir del uso del bien inmueble alegando su carácter de intrusa.

En este sentido el Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell ha sostenido que "Resulta improcedente la acción de desalojo promovida contra la concubina del titular del inmueble ocupado ya que, la demandada no reviste el carácter de intruso por cuanto comenzó a habitar el inmueble con la conformidad del dueño, y tampoco es tenedora por no haber mediado entrega del bien". <sup>(6)</sup>

Coincidimos con tal solución porque intruso es quien ha entrado en la cosa contra la voluntad del dueño e innegablemente la concubina ingresa al inmueble contando con la expresa conformidad de su compañero.

La cuestión más delicada es determinar si procede el desalojo cuando el actor funda la acción en el carácter

de intruso de su ex conviviente y este niega ser intruso, pero no invoca ningún título que lo habilite a continuar con el uso del bien. Creemos que en su caso el desalojo se debe rechazar porque no se probó la causal que se invocó y el juez no puede desalojar por otra causal no invocada porque se violaría el derecho de defensa del demandado.

#### 4.2. Concubino como tenedor

Según Alsina el tenedor es quien ha entrado a ocupar un inmueble por efecto de tradición, como consecuencia de un contrato que le acuerda la tenencia de la cosa quedando comprendidos: el locatario, el colono parciario, el comodatario, el depositario, mandatario, administrador, gestor, guardador, y todo aquel que reciba la cosa con obligación de restituirla. (7)

Arazi y Rojas recuerdan la opinión de Salgado quien destacaba un aspecto importante de la figura del intruso, que era el consentimiento, sosteniendo que si el propietario lo había dado no se podía justificar el carácter de intruso del ocupante, pues la intrusión se genera por "Introducirse sin derecho" o por la fuerza o vías de hecho o apoderarse de una cosa inmueble contra la voluntad de su dueño. (8)

De esto se deduce que es requisito para la tenencia, la entrega del bien y la posterior obligación a restituirla. Por lo tanto, quien ocupa la cosa en razón de una relación concubinaria con el propietario, no es en principio un tenedor y no pesa sobre él la obligación de restituir correlativa impuesta por el artículo 2465 del CC. La falta de entrega del bien impide configurar al concubino como tenedor en tanto prescribe el Art. 2460 CC. Ya que la simple tenencia de las cosas solo se adquiere por tradición.

#### 4.3. Concubino como comodatario

Tal como señalamos previamente, no existe en el caso del concubinato un acto de entrega del bien. Al quedar incumplido dicho presupuesto no se accede a la cosa en los términos del Art. 2255/6 CC aplicable al supuesto del Art. 2285 CC. (9)

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en jurisprudencia que compartimos ha sostenido que "No reviste carácter de comodataria quien convivió con el actor como su concubina y por lo tanto no puede ser sujeto de la acción de desalojo (arts. 1141, 2255, 2256 y concs., Cód. Civil; 676, Cód. de Procedimiento Civil)". (10) Por otra parte me permito agregar que el comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa que se presta gratuitamente con la facultad de usarla, mientras que en un concubinato no se entrega el inmueble en préstamo gratuito de uso, porque las partes convivieron en el.

Ello implica que con relación a la vivienda el concubino no es un comodatario.

### 5. La existencia de concubinato no da derecho a continuar en la vivienda

Estamos convencidos que el concubino no es intruso, ni comodatario, ni tenedor de lo cual se deriva que no existe a su respecto un título autónomo de detención. Naturalmente tiene la cosa, pero la circunstancia no conforma el corpus posesorio, no alcanza a la efectividad que prescribe el 2352 del Cód. Civil.

No obstante no ser intruso, comodatario, ni tenedor el concubino no propietario puede ser en principio desalojado ya que "la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo, permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a "cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible".

En definitiva consideramos que el concubino no tiene título para ocupar el inmueble por eso es susceptible de la acción de desalojo del Art. 676 del Cód. Proc. Nac., ya que está comprendida en la categoría de "cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible" del mencionado artículo.

En conclusión la mera existencia del concubinato no da derecho a uno de los concubinos a continuar ocupando el inmueble propiedad del otro, porque el concubinato es un hecho que no genera derechos ni de propiedad, ni de posesión sobre la vivienda del otro conviviente. (11)

Por otra parte hay que destacar que la relación convivencial no da derecho a la continuación del uso del inmueble luego de su finalización, dado que la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al unido de hecho, cuando se refiere a cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entrega sea exigible. (12)

### 6. La excepción de posesión

El desalojo, no procede contra la persona que invoca y prueba un derecho real (usufructuarios, usuarios) o contra quien resulta poseedor con ánimo de dueño -animus domine- del bien de litigio (...) contra los poseedores, sea que medie posesión legítima o ilegítima, de buena o mala fe caben las acciones posesorias o petitorias, pero no el desalojo (13), pero lo que ocurre es que la concubina no es poseedora porque ha reconocido en otro la posesión.

Por otra parte hay que tener en cuenta que la prueba de la posesión no se logra con los simples recibos de pago de impuestos de tasa municipales, impuestos y expensas porque estos pagos 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. (14)

### **7. La reconversión en el juicio de desalojo**

Cabe preguntarse cómo puede defenderse la concubina en el proceso de desalojo y si le es posible plantear la reconversión, para alegar el derecho de retención o la existencia de una cotitularidad sobre el bien, que se escondió mediante un acto simulado.

Consideramos que el desalojo es un proceso especial en el que no es admisible, en principio, la reconversión por razones de buen orden y celeridad. De ahí que la admisibilidad de la reconversión se debe apreciar con criterio restrictivo. Por ende el conviviente que pretende alegar que en realidad es cotitular del bien del que se lo pretende desalojar debería en principio plantear en proceso separado la acción de división de condominio y de simulación acompañado de una medida precautoria.

Estas acciones serán las que mejor defenderán su derecho atento a la escasa posibilidad de defensa que presenta el proceso de desalojo.

### **8. La cotitularidad sobre el bien**

Cabe señalar que la mera convivencia no permite presumir que exista comunidad sobre el bien que fue sede del domicilio convivencial, aunque en algunos casos realmente existe tal copropiedad, la que deberá ser acreditada para que se acepte su vigencia y validez.

En tal sentido la Sala K de la Cámara Civil de la Capital ha afirmado que "El título de concubina no resulta suficiente por sí mismo, para rechazar el desalojo, pues 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". (15)

En casos de existir copropiedad, perteneciendo la propiedad a ambos concubinos, no puede solicitarse la exclusión del otro hasta tanto se materialice la división del condominio con la venta del bien. Si los bienes se encuentran bajo el nombre de uno de los concubinos cabe recordar que podrá investigarse si fueron comprados con fondos comunes o si pertenecían solo a uno de ellos. (16)

Si el demandado consideraba que era condómino del bien debió iniciar la acción de división de condominio unido a la acción por interposición de persona o simulación y solicitar en ellas una medida de no innovar con respecto al uso del inmueble, y por supuesto probar los aportes.

Cuando demandado en el juicio de desalojo no demuestra haber iniciado otro juicio donde intente la división de la cosa común y solo se limite a pretender que del hecho de la convivencia el juez deba presumir el condominio, la acción de desalojo va a prosperar porque la sola existencia de concubinato no hace presumir una sociedad de hecho, ni un condominio, ni una cotitularidad.

### **9. Conclusión**

El fallo en comentario ha sido correctamente resuelto de acuerdo a las reglas de derecho privado vigente, donde no existe ninguna protección al conviviente que le otorgue derecho a la vivienda a la finalización del concubinato ni por decisión de las partes o ni por muerte.

Las uniones de hecho han merecido atención del legislador desde hace más de cincuenta años, primero fue con relación a las leyes previsionales que otorgaron el derecho a pensión a la concubina (17), luego con respecto a la continuación de la locación (18) y finalmente en estos últimos años con relación a la salud. En este aspecto el concubinato es tenido en cuenta en la ley de trasplante, en la ley de derechos del paciente, en la ley de muerte digna y en la ley de fecundación asistida. En cambio la familia de hecho es silenciada por la legislación que protege el derecho a la vivienda, así no es tenida en cuenta por el régimen del bien de familia, ni por el régimen sucesorio, ni en el régimen de la vivienda del Banco Hipotecario Nacional Ley 22.232. (19) Creemos que estas omisiones deben ser salvadas por el legislador en el futuro ya que la familia extramatrimonial es una realidad creciente que requiere de una regulación equitativa que contribuya a dar una solución pacífica a los conflictos entorno a la vivienda familiar.

(1) "N. A. M. c/ P. M. S. — Recurso Apelación Exped. Interior (Civil)" — Cámara Segunda de Apelaciones en Lo Civil y Comercial de Córdoba — 27/03/2013.

(2) En Igual sentido Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Balcarce, Avelino Rafael c. Yucra Cacharana, Gladys s/ desalojo — comodato — tenencia precaria. 22/11/201.

(3) KOZAK DE VALDÉS, Verónica, "Comodato, interversión de título y los actos exteriorizantes que viabilizan su configuración", LLC, 2011-1193).

(4) ÁLVAREZ ALONSO, S, "El desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación.", Buenos Aires,

1966, p. 57, FERNÁNDEZ, Julia PEÑA, Santiago L. Consideraciones sobre posesión, tenencia y derecho de atención en el proceso de desalojo contra el concubino. Publicado en: DFyP 2012 (junio), 111 Fallo Comentado: Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ~ 2011-11-22, Balcarce, Avelino Rafael c. Yuca Cacharana, Gladys s/desalojo — comodato — tenencia precaria.

(5) CNPaz, sala VI, 17/11/69, LA LEY, 140-124.

(6) Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell. 23/06/2010. Duarte, Ramón Mario c. Stadler, Elba Amalia. La Ley Online. AR/JUR/26255/2010, CAUSSE, Federico "Técnica Jurídica del juicio de desalojo" publicado por La Ley Online y "El Desalojo del concubino" LA LEY, 1997-B, 1357 y ss.).

(7) ALSINA, Hugo "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. III, p. 407, Buenos Aires 1943.

(8) SALGADO, Alí, "Locación, comodato y desalojo" La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 289, cit. por ARAZI — ROJAS EN Código Civil Comentado, Rubinzal Culzoni, t. III p. 340.

(9) CAUSSE, Federico Javier, "El desalojo del concubino, una aproximación necesaria", t. 1997-B Sec. Doctrina p. 1359.

(10) Guevara, Teresa G. c. Puig Hugo H. (Ac. 43.952) del 5/6/90, LA LEY, 1990-D, 201.

(11) El concubinato es un hecho, que como regla no produce efectos jurídicos... Como dice Zavala Rodríguez, aunque no los genera "per se" durante el concubinato pueden establecerse numerosos vínculos patrimoniales... (Doctrina Judicial - Solución de casos p. 197... (CCivCom. y Cont., Adm. de Río Cuarto, 1º Nom., "T.M.A. c. F., S. R.", LLC, 2010-342). Ver también BOSSERT, Gustavo A., "Régimen Jurídico del concubinato", Buenos Aires, 2006, Astrea, p. 167.

(12) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I. 08/06/2010. D. G., M. E. c. P., M. LLOnline. AR/JUR/38979/2010.

(13) C.Civ y Com. San Isidro, sala 1, 5/2002, Storino, Ottavio y otros c. Trujillo, Hortencia A. s/ desalojo, FLAH, Lily R. - SMAYEVSKY, Miriam, "Procedencia de la acción de desalojo contra el concubino", LA LEY, 1990-D, 140.

(14) Código Civil y Leyes complementarias, Zannoni, Astrea, pp. 290/291; doct. Art. 2384 del Cód. Civil; v. Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, p. 555 y ssgtes. En consecuencia, debe desecharse el agravio propuesto y confirmar la sentencia en este punto.

(15) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K Benítez, Adriana Graciela y otro c. Jesusi Santos, María Magdalena y otro. 25/08/2010. AR/JUR/71215/2010.

(16) Alicia A. Hortolana y Carlos Enrique Rivera "Atribución de la vivienda al concubino" p. 15.

(17) MEDINA, Graciela, "Uniones de Hecho...", Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 105.

(18) MEDINA, Graciela, "Uniones de Hecho...", Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 143.

(19) MEDINA, Graciela, "Protección de la vivienda familiar por ley 22.232". DFyP 2011 enero-febrero.