

San Antonio Oeste, 28 de Noviembre de 2022.-

Y VISTOS: Los presentes caratulados "WELSCH ANA CRISTINA C/ WELSCH MATIAS NICOLAS Y/O SUBLOCATARIOS OCUPANTES O INTRUSOS S/ DESALOJO (SUMARÍSIMO) (VIRTUAL), Expte. SA-00199-C-0000, traídos a despacho para resolver, y;

RESULTA:

I.- Que, a fs. 01/59 compareció Ana Cristina WELSCH DNI.25.224.917 por derecho propio, y promovió demanda de desalojo contra Matias Nicolas WELSCH DNI. 27.432.279 y/o cualquier otro ocupante cuyo deber de restituir le sea exigible, sobre el inmueble designado catastralmente como NC.17- 1 - C – 415 – 09., ubicado en calle Avellaneda N° 761 de San Antonio Oeste, todo en los términos de los Arts. 1536 inc. e y 1541 inc.b del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC). Acompañó documental, y concretó su petitorio.-

II.- Que, a fs. 60 se inició la presente y se ordenó correr el traslado de la demanda, imprimiéndose al presente el trámite sumarísimo.-

Que, a fs. 61 consta cédula de notificación debidamente diligenciada de conformidad a los Arts. 683 y 684 del CPCC., habiendo recibido dicha cédula la Sra. Viviana Carina Antiqueo. Manifestó en esa oportunidad (22/06/2021) quienes viven en la vivienda (sus hijas de 15 y 9 años, y su esposo) y el carácter en el que lo detenta, y dijo tener la posesión de dicho inmueble toda vez que *"la vivienda habría sido construida tanto por ella como su ex-pareja el Sr. Matias Nicolas Welsch"* (SIC), ello desde el mismo momento en que fue notificada de estas actuaciones 22/06/2021, según acta agregada el 18/11/2022.-

Así, y ante la existencia de niños viviendo en el inmueble en cuestión, se concedió la vista a la Defensora de Menores e Incapaces, quien a fs. 78 asumió la representación y solicitó la intervención de la Senaf de esta localidad.-

III.- Que, a fs. 62/75 se presentó Viviana Carina ANTIQUEO DNI. 29.760.746, por derecho propio, contestó demanda, negó los hechos, ofreció prueba, interpuso excepción de falta de legitimación activa y pasiva, y solicitó que esta causa sea juzgada con aplicación de perspectiva de género en los términos de la Ley 26.485 y Tratados Internacionales, y propuso el rechazo de la acción. Fundó en derecho, ofreció prueba y concretó su petitorio.-

Asimismo, solicitó tener presente la prueba ofrecida en los autos "ANTIQUEO VIVIANA CARINA C/ WELSCH NICOLAS MATIAS S/ ALIMENTOS" Expte.

0642/2017 que tramita en este Juzgado.-

IV.- Que, a fs. 82/89 la actora contestó el traslado de las excepciones opuestas por la demandada.-

Así, a fs. 91 se fijó la audiencia preliminar, la que se celebró a fs. 101 y atento la falta de acuerdo entre las partes, en dicho acto se abrió la causa a prueba.-

V.- Que, a fs. 103 se agregó informe del Correo Argentina S.A.-

A fs. 130/154, se agregó la pericia caligráfica, remitida por el Perito Calígrafo Sergio Gustavo VERA.-

VI.- Que, a fs. 162 la actora solicitó la clausura del término probatorio y se llame a autos para sentencia. A fs. 163 el Actuario certificó la prueba producida, se dispusieron los autos para alegar, por lo que a fs. 164/166 la parte actora acompañó alegato, y a fs. 167/176 lo hizo la demandada.-

VII.- Que, a fs. 179 se ordenó la vista a la Defensora de Menores e Incapaces, quien la contestó y atento a lo dictaminado, en uso de las facultades previstas en el Art. 36 inc. 2 CPCC y como medida para mejor proveer, en los términos de los Arts. 707 CCyC y 12 de la Convención de los Derechos del Niño e 14 inc. e del CPF, se fijó audiencia de escucha de la niña P. y la adolescente T. a los fines de ejercer su derecho a ser oídas, la que se celebró el 02 de Agosto de 2022.-

Así y luego de resolver las revocatorias con apelación y nulidades interpuestas por la actora, se solicitó se dicte sentencia.-

Seguidamente, se llamó a autos para fallar, la que fuera suspendida a los fines de agregar el acta de notificación, y habiéndose cumplido con ello, estamos frente al dictado de la presente:

Y CONSIDERANDO:

I.- Que, de acuerdo a los términos de la litis, la cuestión a resolver radica en determinar la procedencia o no de la acción de desalojo interpuesta por Ana Cristina Welsch contra Matias Nicolas WELSCH y/o sus ocupantes, respecto del inmueble designado catastralmente como NC.17 - 1 - C - 415 -09, ubicado en calle Avellaneda N°761 de esta ciudad.-

II.- En segundo lugar, corresponde precisar qué normas aplicaré para resolverla, toda vez que los hechos han acontecido con anterioridad a la reforma del Código de Vélez.-

Así, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha planteado dos reglas para determinar la ley aplicable conforme a las previsiones del Art. 7 del CCyC y las enseñanzas de Roubier. La primera de ellas consiste en la de aplicación inmediata de la nueva ley, pero

según como se encuentren la situación, relación o las consecuencias, al momento de entrada en vigencia de la misma. En ese sentido, observo que la situación jurídica existente entre las partes fue constituida, y los efectos que en este trámite se debaten si bien se produjeron con la nueva ley se siguen prolongando con la vigencia del CCyC.-

La segunda regla es que la ley es irretroactiva, sea o no de orden público. Regla que está dirigida al juzgador, no al legislador que puede establecer carácter retroactivo de la norma de modo expreso.- (Kemelmajer de Carlucci, Aída. La Aplicación del Código Civil y Comercial a Las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Rubinzal Culzoni. 1era edición. Santa Fe. 2015.-

De este modo, y conforme a las normas invocadas por las partes, en tanto los efectos de la situación jurídica denunciada en autos se extiende a la vigencia del CCyC será esa la ley aplicable.-

III.- A fin de contextualizar este reclamo, primeramente debemos decir que el proceso de desalojo ha sido definido como: *"...aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión"* (Cf. Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", cuarta edición. Ed. Abeledo Perrot. Tomo IV, Pág. 2864).-

Tradicionalmente se sostiene que son legitimados activos quienes: *"...tengan derecho a recuperar total o parcialmente un bien inmueble, por ser titulares de una acción personal del cual derive un derecho de usar y gozar el inmueble. En otras palabras, se otorga a favor de quien tiene la titularidad de un derecho sobre los bienes que autorice a disfrutarlos en concepto de propietario, poseedor, locador, usufructuario, usuario o cualquier otro título análogo"* (CCiv. y Com. La Plata, sala I, 1-9-92, "Gutiérrez, Mercedes c/ Ramallo, Carlos s/ desalojo", Infojus: FA92012284). Conf. Joaquín Salgado, "Locación, Comodato y Desalojo", Ed. Rubinzal Culzoni, 2016, Pág. 526.-

Por su parte, el Art. 680 del CPCC dispone: *"La acción de desalojo procederá contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible", es decir, contra todo el que esté en su tenencia actual ya sea sin derecho originario y regularmente conferido, por abuso de confianza, engaño, clandestinidad o violencia, intrusión propiamente dicha o en virtud de un título que por su precariedad, engendre la obligación restitutoria* (CNEsp. Civ. Com., Sala I, 11-12-80, BCNEC y C, 701, N° 10.523; idem Sala II, 19-3-80, BCNEC y C, 685, N°

10.114)”. Conf. CACivil y Com. de Bariloche "MATAC, Raúl c/ Roa, Eliseo s/ desalojo (Sumarísimo)”, 30/10/2015; entre otros.-

En el punto, interesa poner de resalto que la admisibilidad de la pretensión de desalojo depende de que la obligación de restituir se revele en forma clara en la demanda, y que esta sea real, actual y concreta, Conf. "SEDESA c/ Córdoba, Carlos Ramón y otros s/ desalojo, Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul.-

Jurisprudencia actualizada ha sostenido que: *"...El proceso de desalojo tiene la finalidad práctica del recupero del uso y goce de un bien inmueble de manos de quien no tiene derecho a permanecer en él, pues el debate apunta a determinar quién tiene el derecho al uso y goce del bien (propietario, locador, comodante, etc.) y quien no (locatario, comodatario, intruso, etc.); y se rige por los principios generales de un proceso de conocimiento sumario (las peticiones de las partes definen principalmente el litigio, impulso de parte, quien alega debe probar, entre otros.)..."* Fallo 27/21 de La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes.-

IV.- Expuesto lo anterior, y a los fines de evaluar el desalojo intentado, he de decir que he de analizar los hechos y la situación planteada en autos en un contexto integral, por cuanto a la luz de lo narrado por las partes adelanto que la presente causa (y sin perjuicio de que así fue pedida por la codemandada) ha de analizarse bajo la órbita de la perspectiva de género, y ello así porque el aquí demandado (hombre), haciendo "uso y abuso" de su posición, no ha hecho mas que enfrentar a dos mujeres poniéndolas en condición de desigualdad respecto de él, y violentando las relaciones que no sólo afectaron a los adultos de un grupo familiar, sino también a niñas menores de edad, y para el caso, sus propias hijas.-

En efecto y tal como fuera dicho por mi colega del Juzgado Civil 3 de Gral. Roca en el fallo que fuera citado por la demandada, "PINEDA GUTIERREZ Consuelo C/ YAÑEZ Alicia Beatriz S/ DESALOJO (Monitorio)"EXP. 39374, y "YAÑEZ Beatriz Alicia C/ CHAVEZ BENAVIDES Edgar Francisco S/ ORDINARIO", EXP. 39621, la Convención de Belém do Pará establece que: *"la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" ... "¿Qué significará entonces juzgar... con perspectiva de género?: no confundir el término sexo -como diferencias biológicas y constitutivas de mujeres y hombres- con género y resolver la cuestión sobre la base del derecho a la igualdad".-*

Y eso es lo que hoy debo aplicar en esta causa, "IGUALDAD", además de brindar una

solución fundada al caso bajo estudio (Art. 3 CCyC), y con el debido respeto al principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio (Art. 18 CN).-

Así entonces cabe preguntarse: puede la ex concubina oponerse al progreso de la acción de desalojo intentado por su ex cuñada, cuando la vivienda en cuestión fue sede del hogar de los ex convivientes (demandados en autos) y sus hijas?;

Adelanto que si, y daré fundamentos y razones para ello, en principio a saber:

a.- Ha quedado acreditado en autos que la titular del inmueble es la aquí actora Ana Cristina Welsch (ver título de pre-adjudicación de tierras fiscales).-

b.- Ha quedado acreditado que la actora y el Sr. Matias Welsch son hermanos.-

c.- Ha quedado acreditado el contrato de comodato celebrado entre ambos hermanos respecto al bien objeto de autos. Ahora bien, deberá determinarse si el mismo fue celebrado de buena fe entre las partes, o por si al contrario, fue usado como herramienta para intentar la presente acción.-

d.- Ha quedado acreditado que el Sr. Matias Nicolas Welsch y la Sra. Viviana Carina Antiqueo, fueron pareja, vivieron juntos y tuvieron tres hijas. Esto se desprende no sólo de las manifestaciones de la actora y la demandada a quién se intenta desalojar, sino también de los autos "ANTIQUEO VIVIANA CARINA C/ WELSCH NICOLAS MATIAS S/ ALIMENTOS", EXPTE. 0642/2017, traído como prueba a estas actuaciones, y del resto de los expedientes que unen al Sr. Welsch con la Sra. Antiqueo (violencia, homologación y cese de cuota alimentaria), que sin perjuicio de que no fueron traídos ad effectum videndi et probandi, por pertenecer todos al fuero de familia deben aplicarse los principios del derecho de familia y ser tenidos en cuenta para la resolución de este caso.-

e.- Ha quedado probado que el domicilio del demandado no era Avellaneda 761 dónde se lo notificó de la mediación y del traslado de la demanda de autos. Ello surge plenamente y tal como lo dice la demandada del expediente de alimentos traído "ad effectum videndi et probandi", como así también de los demás expedientes en trámite ante este Juzgado. El Sr. Welsch en todas sus presentaciones denunció domicilio en calle Tierra del Fuego 564 de esta ciudad. Quedará entonces determinar si la actora al haber demandado a su hermano y dirigido las notificaciones en el domicilio del bien objeto de autos, lo hizo de buena fé, o simplemente para desalojar a la ex concubina de este.-

f.- Con las testimoniales aportadas en el expediente de alimentos traído como prueba (declaraciones de Rosana Gonzalez y Sabrina Gonzalez), -siendo ambas contestes-

quedó acreditado que el Sr. Welsch y la Sra. Antiquero adquirieron el inmueble objeto de autos a través del contrato de adjudicación de tierras fiscales celebrado con la Municipalidad de San Antonio Oeste, y que por ser menores de edad en ese entonces (la mayoría de edad se adquiriría a los 21 años), la hermana del Sr. Welsch (actora de estos autos) fue la que figuró en dicho contrato de preadjudicación. Las testigos sostuvieron que los propietarios eran Matias y Viviana.-

Las testigos sostuvieron que dicha vivienda es una casa amplia de dos dormitorios y con todos los servicios, en buen estado de conservación. Que siempre vivió allí el grupo familiar hasta que separaron, quedándose a vivir allí la Sra. Antiquero y sus hijas.-

También fueron contestes las testigos en decir que en relación a otra vivienda que tenían en esta ciudad, era alquilada por el Sr. Welsch y que éste le pasaba parte del alquiler en concepto de cuota alimentaria.-

Las testimoniales son de septiembre de 2017.-

g. Ha quedado probado en autos también con el expediente de alimentos traído como prueba, los distintos acuerdos arribados entre el Sr. Matias Welsch y la Sra. Viviana Antiquero (octubre de 2018 y agosto de 2019). Se destaca en especial un acuerdo presentado dónde el Sr. Welsch ejerciendo el derecho de propiedad sobre el inmueble objeto de autos, se comprometía a hacer la donación del mismo para sus tres hijas reservándose el derecho de usufructo hacia él. Este acuerdo no fue homologado en dicho expediente solicitándole a la partes inicien un incidente de homologación, el que nunca se hizo.-

De lo expuesto entonces, adelanto que no cabe duda de que la prueba instrumental fue relevante y notoria para demostrar que el desalojo que aquí se pretende instar, no reúne las características especiales para que así proceda, pues a los fines de la interpretación de las normas no podemos desentendernos de la vigencia de todas ellas, en especial si se configura en la causa traída a resolver violencia de género; por ello y como dice Cossio –con cita de Fornieles- "no es posible que el intérprete maneje los artículos del código en un estado de indiferencia por los resultados", Cossio Carlos, El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La valoración judicial, Librería El Foro, Bs. As., 2002, p. 90.-

V.- En este contexto, cabe analizar las excepciones opuestas teniendo en cuenta lo dicho en el considerando II de la presente, así:

a.- Falta de legitimación activa:

La acción de desalojo ha sido sustentada por la parte actora hermana de uno de los demandados invocando el derecho de propiedad sobre el inmueble, sosteniendo que construyó allí una vivienda familiar y que habitó allí hasta el año 2010, cuando decidió prestárselo a su hermano mediante un contrato de comodato el que diera motivo al progreso de esta acción.-

La demandada cuestiona la legitimación de la actora, toda vez que sostiene que ésta carece de uno de los requisitos para interponer la acción, el cual consiste en no haber recibido la tradición del inmueble, dado que jamás tomó posesión del bien que pretende desalojar, siendo que solamente su nombre figura en el contrato de preadjudicación por ser en aquel entonces los ex convivientes menores de edad y no poder figurar en el mismo, y ayudarlos así a adquirir una propiedad.-

Entonces a esos efectos, y tal como lo sostiene mi colega de la Unidad Jurisdiccional 3 de Viedma me remito al fallo citado por la demandada, autos "SALAZAR TIMOTEO HIPOLITO C/ PONCE FLORES EVA S/ DESALOJO (Sumarísimo)" Receptoría B-1VI-304-C2018, dónde con cita del fallo de la Cámara de esta Circunscripción, dijo: *"(...) reproduciendo las enseñanzas de los maestros Colombo y Kiper - la legitimación activa en el juicio de desalojo existe a favor de quien tenga una relación sobre los bienes y que la misma autorice a disfrutarlos en concepto de propietario, poseedor, locador, usufructuario, usuario o de cualquier otro análogo. Es una acción de carácter personal, destinada a recuperar el uso y goce de una cosa y no admite discusión del dominio ni es apta para reclamar la posesión, ya que el locatario sólo goza de la presencia (Carlos J. Colombo -Claudio M. Kiper. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Comentado y anotado. 3era Edición. Ed. La Ley). Continúan diciendo los autores que "El juicio de desalojo es un acto de administración, y responde a un acto simplemente conservatorio. (Conf. CACivil de Viedma, en autos caratulados "Queirolo Hugo Darío y otros c/ Chazarreta Alrededor y/o quien resulte ocupante s/ desalojo, 03/09/15)".-*

Y continúa diciendo allí: *"... no puedo soslayar que dicha figura en el C.C. de Vélez se encontraba prevista en el art. 2462 inc. 3. En consecuencia, he de recordar lo que la doctrina ya había dicho con relación al art. 2462 inc. 3 del Código Civil (Ley 17.711): "En esta figura se produce una situación inversa a la contemplada en la traditio brevi manu. Mientras en ésta el tenedor se convierte en poseedor, en el constitutio posesorio el poseedor desciende a la categoría de tenedor. Tampoco es necesario que se realice la tradición porque la cosa continúa bajo el poder de quien la poseía. Se trata de un*

modo de adquirir la posesión y de perderla para el hasta entonces poseedor, en forma bilateral, sin que sea necesaria la realización de actos materiales, pues basta con la celebración del acto jurídico respectivo. La posesión se pierde y la tenencia se adquiere por el acuerdo de voluntades. Así, por ejemplo cuando el dueño de una cosa decide enajenarla a otro sujeto pero continúa usándola como locatario (tenedor), si se exigiese la realización de la tradición sería menester que dicho dueño le entregue la cosa al nuevo poseedor, y que después éste se la devuelva para transmitirle la tenencia. La figura del constitutio posesorio evita la realización de esta doble operación de entrega, incómoda y poco práctica". Código Civil y leyes complementarias, Comentado anotado y concordado. T. 10. Belluscio, Augusto. Director. Zannoni Eduardo. Director. Editorial Astrea. Bs. As. 2.005. Pág. 470. "El código admite el constitutio en "concreto" (no abstracto), pues para que la figura produzca efectos se requiere la existencia de dos actos jurídicos independientes: Uno por el cual se transmita la posesión al adquirente (v. gs. contrato de compraventa), y otro que justifique la tenencia de quien se desprende de la posesión (v. gr. contrato de locación); o sea, no es suficiente la "sola declaración" (art. 2378). Código Civil y leyes complementarias, Comentado anotado y concordado. T. 10. Belluscio Augusto. Director. Zannoni Eduardo. Coordinador. Editorial Astrea. Bs. As. 2005. Pág. 471. En síntesis, el constitutio posesorio es un modo excepcional de obtener la posesión y debe valorarse de modo estricto, siempre ha de ir acompañado de dos actos, uno de transmisión del dominio (escritura pública e inscripción registral) y un contrato de locación, comodato, etc. O en su caso, como en la actualidad lo plantea directamente el CCyC en sus artículos 1706 y 1968, como constitutio posesorio creado por virtualidad de la ley".-

En consecuencia y a la luz de lo expuesto, corresponderá evaluar en el caso para que proceda la excepción planteada conforme a la prueba producida en autos, el constitutio posesorio con relación a los aspectos relacionados con la tradición del inmueble en cuestión a la actora.-

Así, y sien bien es cierto que existe el título de pre-adjudicación (contrato celebrado), como así también el contrato de comodato celebrado entre hermanos, cabe valorar que su contenido fue desconocido por la Sra. Antiqueo, y que seguramente ello no sólo se debió a que según sus manifestaciones allí construyeron su vivienda, se criaron sus tres hijas, vivieron juntos unos años, y luego ella junto a las niñas desde que se separaron, sino que las manifestaciones del actor en los acuerdos celebrados de los cuales de ellos algunos no fueron homologados (en especial aquel dónde el demandado decía donar la

vivienda a sus hijas y él reservarse el derecho de usufructo), dan y dieron cuenta que la ex pareja allí tenía la sede de su hogar, y que disponían del bien como propio, y en particular en beneficio de las hijas. Estos hechos relatados como así también las manifestaciones de la voluntad de las partes en los acuerdos plasmados, quedaron también acreditadas con las declaraciones testimoniales aportadas en el expediente de alimentos traído ad efectum videndi et probandi, Las testigos declararon que allí vivió la ex pareja y en especial la Sra. Antiqueo y sus hijas luego de la separación.-

Esto permite entonces inferir que la actora jamás tuvo posesión de dicho inmueble, y que inició estas actuaciones para desalojar a su ex cuñada en beneficio de su hermano. Por eso resulta dudosa la denuncia del domicilio al inicio de estas actuaciones sosteniendo que su hermano vivía allí, cuando sabía que así no era.-

Lo expuesto permite valorar que el contrato de comodato fue confeccionado y hecho de mala fe entre ambos hermanos, sólo en el afán del demandado Welsch de desalojar a su ex concubina, y ello quizás como lo dice Antiqueo por el monto de la cuota alimentaria reclamada. Además y también como lo sostiene la demandada, si el contrato fue celebrado en el año 2010, no se condice que haya pasado para su sellado por rentas el mismo día en que se solicitó la mediación, a la que el demandado no se presentó y la actora inmediatamente desistió.-

Amén de ello, nótese incluso que tampoco se ha presentado en autos, su hermana la actora no ha requerido la declaración de rebeldía, y al contrario de toda lógica, si se presentó espontáneamente a hacer la pericia caligráfica.-

Por lo expuesto entonces, y habiendo quedado acreditado que la actora nunca tuvo la posesión del bien, y que esta acción ha sido iniciada en pos de desalojar a la ex concubina de su hermano, adelanto que esta excepción opuesta será admitida. Ello por cuanto además se advierte la mala fe en el obrar de estas partes, por lo que la violencia de género resulta manifiesta y corresponde tener en mira la aplicación de los tratados internacionales (en especial CEDAW, Convención de Belem Do Para y Declaración Universal de los Derechos Humanos -Art. 75-, y Convención de los Derechos del Niño - Art. 3 Interés Superior-), a los fines de evitar la vulneración de derechos de una mujer en condición de desigualdad respecto de los otros.-

b.- Falta de legitimación pasiva:

"La acción de desalojo procederá contra locatarios, sublocatarios, tenedores precarios,

intrusos y cualesquiera otros ocupantes cuyo deber de restituir sea exigible", Art. 680 del CPCC. ... "la acción de desalojo de inmuebles urbanos o rurales procede cuando el tenedor que ha contraído la obligación de restituirlos, salvo un supuesto de excepción en que no existe esa obligación de dar cosa cierta, cuando el ocupante es intruso, cuando ha penetrado en el inmueble sin derecho, por la fuerza, o por la vía de los hechos, cuando el apoderamiento se consuma contra la voluntad del poseedor".-

A esos efectos sostuvo la Sra. Antiqueo que no es intrusa ni detenta el mero carácter de ocupante, sino que tiene la posesión toda vez que dicha propiedad fue adquirida por ella y su ex concubino en el año 1999 y que, por ser ambos en aquel entonces menores de edad, la hermana de su ex pareja (la actora) se ofreció a ponerse como titular. Nunca - sostiene la demandada- la Sra. Welsch vivió allí. Ellos comenzaron a construir su vivienda en aquel entonces, y la finalizaron en el año 2013, momento en el cual se mudaron definitivamente junto a sus hijas. Por eso no comprende y desconoce el contrato de comodato, porque según ella en el año 2010 todavía la vivienda estaba sin terminar y no era habitable.-

Por su parte además sostiene que al ser ex concubina y haber ayudado a construir la casa, ha realizado actos de conservación, de los cuales entiende que previamente a ser desalojada debiera iniciarse las acciones pertinentes, amén claro está de que dicha vivienda es el centro de vida de las hijas que tuvo con el codemandado, sobrinas de la aquí actora.-

Como ya he dicho, lo manifestado por la Sra. Antiqueo, quedó probado con las declaraciones testimoniales brindadas en el expediente de alimentos y por el mentado acuerdo nunca homologado, donde ambas partes disponían de la vivienda como propietarios.-

No resiste mayor análisis dicha excepción para hacerle lugar a la misma. La prueba la sustenta. La Sra. Antiqueo ha demostrado no ser una intrusa, no ha ingresado a dicho inmueble de manera violenta o por la vía de los hechos, y mas aún si fuera el caso, no ingresó a dicha vivienda contra la voluntad de la actora.-

Ella ha sido la ex concubina del hermano de la actora y madre de sus tres hijas, quienes vivieron en esa vivienda desde el año 2013 una vez finalizada la construcción.-

A tales efectos cabe recordar lo que ya disponía la legislación anterior en relación a la protección de la vivienda que fuera sede del hogar (Arts. 211 y 1277, C.C), y que actualmente continúa siendo protegida (Art. 552 del CcyC). En el plano normativo el

proceso de constitucionalización y los cambios paradigmáticos son *"la incorporación a la tutela de aquellos más vulnerables, en clara superación de una regulación estructurada en función de la igualdad abstracta de las personas, ciega a la realidad y complejidad de la sociedad contemporánea"*, La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial, por Marisa Herrera y María Victoria Pellegrini.-

De todo lo expuesto además cabe que me pregunte, a dónde iría esta mujer y sus hijas si son desalojadas de la vivienda que fue y sigue siendo sede del hogar y el centro de vida de esta niñas?. Y ello en función a que la otra vivienda que si figura a nombre de los aquí demandados (plan de viviendas -expediente de alimentos traído como prueba-), ha sido administrada de manera unilateral por el Sr. Welsch, alquilándola y disponiendo de ese ingreso para aval de la cuota alimentaria de sus hijas, hasta que dejó de hacerlo también según surge de esos autos por voluntad unilateral.-

Una vez mas, no cabe duda y ha quedado probado que la Sra. Antiqueo tuvo y tiene la posesión de dicho inmueble del que se la intenta desalojar. Allí ha vivido y vive con sus hijas.-

Por ello, y citando lo expuesto por mi colega de Viedma en el fallo citado precedentemente, éste dijo: *"En ese sentido ha de tenerse presente que "La calidad de propietario en nuestro derecho no se adquiere antes de la tradición (art. 750 , Cód. Civ. y Com) de modo que, en rigor, ha sentenciado la SCBA que no se puede llamar de esta manera a quien no se le haya hecho la tradición del inmueble mediante el concurso de dos voluntades (la del tradens y la del accipiens) coincidentes, proyectadas en un acto revestido de materialidad. Consecuentemente quien alega su calidad de propietario demandando por intrusión a quien se titula poseedor debe demostrar, si le es negado, que tiene efectivamente aquella calidad, esto es que alguna vez se le hizo tradición del inmueble. Por otro parte, quien invoca la calidad de propietario, y ésta le es refutada por los emplazados, en principio debe acompañar el título de propiedad del inmueble, y acreditar también, también, la posesión de la cosa. Sin embargo, la falta de cumplimiento de estos extremos no determina la improcedencia de la acción, si el intruso u ocupante no ha invocado, a su vez la calidad de poseedor, esgrimiendo un legítimo interés" Conf. Joaquín Salgado, "Locación, Comodato y Desalojo", Ed. Rubinzal Culzoni, 2.016 Pág. 310.-*

Así y porque la interpretación de todas las normas debe hacerse en un dialogo de fuentes (Art. 2 del CCyC), por aplicación de los tratados reseñados en el punto a,

corresponde también admitir la excepción opuesta, atento la violencia de género que se manifiesta en estos autos.-

VI.- La escucha de las Niñas.-

Niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios con jerarquía Constitucional (Art. 75 inciso 22), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento. En consecuencia, tanto la Constitución Nacional como las diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas de los Estados en favor de niños, niñas y adolescentes.-

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos/as está explícitamente contemplado en la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto reconoce que estos tienen derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les conciernan, y en especial a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecten (Art 12). El Comité de los Derechos del Niño ha advertido que *"el derecho de los niños y niñas a ser oídos/as y tomados/as en serio es uno de los valores fundamentales de la CDN, junto con los principios generales de no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño"*. Por tal razón, resalta que: *"el artículo 12 de la Convención no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos"* (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, "El derecho del niño a ser escuchado", 20 de julio de 2009, CRC/C/GC/12, párr. 2).-

Es cierto que esta judicatura rechazó la escucha de las niñas hijas de las partes en la audiencia de apertura a prueba, pero ello lo fue en el sentido de que así había sido ofrecida por la demandada. La escucha de un niño, niña o adolescente no es una prueba, sino un "DERECHO" como sujeto y ser humano que es y tiene, y debe ser tenido en cuenta por los jueces/as en todos aquellos procesos en los que se ven involucrados y afectados.-

Se advierte entonces que esto no escapó a la Defensora de Menores e Incapaces que estaba en la obligación de solicitarlo, y a la suscripta de otorgarlo, sin perjuicio de que las partes no lo hayan planteado correctamente y que con posterioridad no se haya vuelto a requerir. Resulta indudable que esta acción afecta a las hijas de los demandados y sobrinas de la actora.-

Al margen de eso, las niñas vinieron y querían hablar, querían ser escuchadas. Allí ellas expresaron su postura, y en especial su realidad respecto a la de sus padres. No solo se manifestaron respecto a este desalojo con una opinión formada al respecto, sino también a todo aquello que las involucra, y especialmente el trato entre sus padres debido a la falta de dialogo y comunicación.-

Se respetará su deseo de no transmitir a los adultos esta opinión, pero ello no implica que la suscripta la valore y la tenga en cuenta, pues a la luz del análisis de la cuestión traída a resolver sobre la base de la igualdad, ellas ven vulnerados sus derechos con el accionar del progenitor y su tía, quienes no hacen mas que ponerlas en condición de riesgo al sacarles el hogar en el que han vivido -primero junto a sus padres, y luego junto a su madre-.-

Además su tía (la actora), ante el ejercicio de esta acción, agrava aún mas el conflicto familiar existente.-

Por ello, y evidenciando entonces también violencia (psicológica, patrimonial, emocional) para con las mismas, queda claro que en protección al Interés Superior consagrado en el Art. 3 de la CDN, toda vez que son damnificadas directas de este accionar, esta acción también será rechazada.-

VII.- El desalojo de la conviviente en clave de género y Derechos Humanos.-

En los autos "B. M. Y OTRO C/ C. P. Y OTRO S/ DESALOJO" EXPTE LM 46126, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de la Matanza - Sala Primera-, sostuvieron en relación a este tema que: *"La SCBA, recogiendo la doctrina emanada de la corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Campo Algodonero Vs. México", estableció que juzgar con perspectiva de género es una obligación ineludible asumida internacionalmente por el estado argentino (SCBA, causa P. 133.042, "Altuve, Carlos Arturo, Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa n° 95.429 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a Cejas, César Fabián")... Juzgar con perspectiva de género implica dar cumplimiento con las normas locales e internacionales en materia de género, efectuando un debido control de convencionalidad. Asimismo, implica tener en cuenta el principio de razonabilidad en tensión con las categorías sospechosas para analizar los supuestos en donde se justifica la inversión de la carga de la prueba, conforme las directrices emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta postura que pretendo asumir, trasciende lo legal y constituye un compromiso activo con un cambio cultural urgente que revela las necesidades que la categoría género demanda*

desde un punto de vista interseccional (Facio, Alda ENGENERANDO NUESTRAS PERSPECTIVAS. Otras Miradas)... Todo ello se orienta a cuestionar también la caracterización neutral y objetiva del derecho para -de ese modo- explicitar desde que paradigma interpreta la norma quien juzga (conf. Costa, Malena (2016), "Feminismos jurídicos", Ediciones Didot, Buenos Aires). En el caso concreto, el paradigma de interpretación de la ley aplicable a la solución que propondré es el de los Derechos Humanos en clave de género (conf. art. 75 inc. 22 C.N, CEDAW, Belen do Pará, ley 26.485, art. 2, 3 y ccdtes. CCCN)... Recordemos que el CCCN consagra el diálogo de fuentes, al que ya me he referido ampliamente en mi voto "Fca Compañía Financiera S.A C/ Rueda Myrna Sabrina S/ Acción De Secuestro. (Art. 39 Ley 12962)" (Expediente N° 5716/I RSD N°110/19 sentencia del 26 de junio de 2019)... En este contexto, la aplicación del artículo segundo del CCCN obliga a poner en diálogo las normas de fondo con los estándares que se desprenden del ordenamiento supranacional, en el campo de los Derechos Humanos.... En este sentido, la perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres. (TC0006 LP 69965 381 S 05/07/2016 L.,S. B. s/ Recurso de Casación interpuesto por Particular Damnificado JUBA B5024753)... La jurista Graciela Medina, con gran elocuencia ha sabido destacar que "Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto." (Medina, Graciela, "Juzgar con Perspectiva de Género" "¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?" Publicado en: DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015, 3 Cita Online: AR/DOC/3460/2015)... En definitiva, se trata de observar atentamente a los institutos jurídicos con otros ojos. En otras palabras, proponemos cultivar una mirada que contemple las desigualdades desatendidas que provocan soluciones injustas, para así combatirlas en forma definitiva".-

Lo expuesto entonces permite inferir que la mayoría de los tribunales tratan y "según el caso" al desalojo de la concubina bajo las nuevas normas imperantes (Tratados

Internacionales -Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por Ley No 23054, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida por sus siglas en inglés como "CEDAW" ratificada por Ley 23179, ambas con jerarquía constitucional conf. Art. 75 in. 22 CN, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer conocida como "Convención De Belem Do Pará" ratificada por Ley 24632, Ley Nacional de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26485, y Convención de los Derechos del Niño-), puesto que este tipo de casos implica estar frente al derecho de familia (sin perjuicio de que la acción sea civil).-

Debe analizarse entonces a la luz de su integralidad, con aplicación de las normas internacionales citadas y porque el derecho privado de familia al ser dinámico requiere de una mirada que va mucho mas allá de las normas procesales estrictas. ello simplemente es para dar una justa y equitativa solución al conflicto.-

En este aspecto, cabe recordar que en la Provincia de Río Negro ha creado el Código Procesal de Familia, y dentro de sus principios está *"juzgar con perspectiva de género"* (Art. 5), y que: *"En todo proceso regido por este Código se procura la pacificación del conflicto familiar, así como el adecuado equilibrio de los derechos e intereses involucrados, de conformidad con las garantías constitucionales. Es obligación esencial de quienes intervienen en procesos de familia, no agravar con acciones u omisiones el conflicto familiar motivo del proceso"*, (Art. 7).-

Por eso, en este sentido distintos fallos se han expedido respecto al desalojo de la ex concubina, como los citados por la demandada y sostenidos por esta Judicatura dictados en esta Provincia, o por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires como el citado fallo de Cámara precedentemente y otros que allí se indicaron, a saber: *"corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda de desalojo toda vez que el demandado no está encuadrado dentro de las figuras expresadas por el art. 676 del Cód. Procesal dado que no se encuentra acreditado que haya penetrado en el inmueble sin derecho sino que ingresa en el mismo como consecuencia de una relación afectiva concubinaria con la actora"* (CACC La Plata, sala III, 24/08/04, LLBs.As 2005 (marzo),199, AR/JUR/4510/2004); también se dijo 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" (Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell, 23/06/2010, LL Online AR/JUR/26255/2010)(...). También se resolvió que aunque la condición de concubina no basta para repeler por sí la acción de desalojo y sus aportes no llevan a considerar la existencia de una sociedad de hecho, su conducta denota ejercicio de la posesión del bien con ánimo de dueño, sin considerar que sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe, por lo que no procede el desalojo (C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1ª, Causa 83.373)" (conf. causa "Sosa" cit), citados en el fallo de Cámara expuesto ut supra".-

Entonces, y mas allá de la figuras procesales y de fondo típicas de la acción de desalojo, analizando cuidadosamente las particularidades de este caso, lo cierto es que estamos primero en presencia de un conflicto familiar. Segundo, que la conducta ejercida por el Sr. Matias Nicolas Welsch, (quién como ya dijera ha puesto en pugna a dos mujeres -su hermana y tía de sus hijas, y su ex concubina-), denota que él efímero y desresponsabilizándose de todo, no ha hecho mas que ejercer violencia de género, económica, simbólica, patrimonial, psicológica y emocional sobre su ex concubina y principalmente sobre sus tres hijas, hoy dos de las cuales todavía son menores de edad, al intentar esta acción por medio de su hermana, por lo que en atención a ello, resulta de aplicación obligatoria para esta Judicatura los Tratados Internacionales en dicha materia citados precedentemente.-

Tercero y porque se meritúa y corresponde dictar una sentencia basada en la equidad, y porque la perspectiva de género permite ver la realidad con un criterio de justicia e igualdad, esta acción de desalojo será rechazada.-

VIII.- Costas y honorarios.-

Que, las costas de este proceso serán compartidas entre la actora y el demandado Matías Nicolas Welsch, Art. 68 del CPCC. En relación al Sr. Welsch, no sólo porque no se presentó a autos deliberadamente, sino porque como lo he sostenido desde el inicio, la violencia psicológica, económica, patrimonial y simbólica que ha ejercido merecen un reproche a los fines de que cese en las mismas y adecúe su accionar a recomponer y apaciguar el conflicto familiar que lo une a su ex concubina.-

La regulación de honorarios se diferirá para cuando existan pautas para ello, Art. 24 de la Ley G 2212 -cf. Art. 27 de tal norma.-

Por los fundamentos expuestos, FALLO:-

I.- Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por la demandada Viviana Carina ANTIQUEO, por las razones esgrimidas en los respectivos

considerandos, rechazando en consecuencia la acción de desalojo promovida en relación al inmueble objeto de autos.-

II.- Imponer las costas a la actora y al demandado Matías Nicolas Welsch, por los fundamentos dados en el considerando respectivo.-

III.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto existan pautas y base para ello.-

IV.- Regístrese, protocolícese y notifíquese, y a la Defensora de Menores e Incapaces.-

K. Vanessa Kozaczuk

Jueza