

Acciones posesorias. Restitución de la tenencia de un inmueble. Derecho de habitación gratuito. Prueba. Procedencia de la demanda. Conducta procesal. Deber de lealtad, probidad y buena fe*

Hechos:

El curador de una incapaz promovió demanda contra el hijo de ésta con el fin de que se le restituyera la tenencia del inmueble de propiedad de aquélla, el accionado en su defensa adujo que su madre le había concedido sobre el bien en cuestión el derecho de habitación gratuito con los alcances de los arts. 2948 y siguientes del Cód. Civil. La Cámara, confirmando la decisión de primera instancia, hizo lugar a la demanda interpuesta.

Doctrina:

- 1) *Debe admitirse la demanda interpuesta por el curador de una incapaz contra el hijo de ésta con*

el fin de que le restituya la tenencia del inmueble de propiedad de aquélla, pues el ocupante sin título alguno tiene una mera tenencia precaria con obligación de restituir, susceptible de ser exigida por el dueño o su legítimo sucesor –arts. 2465, 3264, 3267 y concs. del Cód. Civil–.

- 2) *Es procedente la demanda interpuesta por el curador de una incapaz contra el hijo de ésta con el fin de que le restituya la tenencia del inmueble de propiedad de aquélla, con sustento en el art. 2460 del Cód. Civil, pues resulta improcedente la versión del accionado que intentó ampararse en el derecho de habitación gratuito contemplado en los arts. 2948 y*

*Publicado en *La Ley* del 2/2/2005.

siguientes del cuerpo normativo mencionado, ya que correspondía a dicha parte soportar la carga de la prueba de los hechos alegados en su defensa y ninguna prueba aportó al respecto.

- 3) *Es indebida, negligente y/o dilatoria la conducta del demandado y de su letrado patrocinante, toda vez que obstaculizaron el proceso de restitución del inmueble de*

propiedad de una incapaz con el objeto de obtener la mayor cantidad de tiempo disponible para burlar los derechos de la actora, poniendo en juego los pocos años de vida útil que le restan, por lo cual corresponde imponerles un severo llamado de atención.

Cámara Nacional Civil, Sala D, abril 27 de 2004. Autos: “B., M. c. F., C. M.”

2ª Instancia. — Buenos Aires, abril 27 de 2004.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Mercante* dijo:

La sentencia de fs. 151/153 hizo lugar a la demanda interpuesta por el curador Dr. A. M. G. en representación de M. B., condenando a C. M. E. F. a restituir la tenencia de la UF 23 del piso 7º de la finca sita en esta ciudad calle A... dentro del plazo de diez días bajo apercibimiento de lanzamiento.

A fs. 215/217 el demandado vencido hizo expresión de los agravios que le producía la decisión, la que recibió contestación del accionante a fs. 220/224.

A fs. 225 dictaminó el Señor Defensor de Menores de Cámara solicitando la confirmación de la sentencia.

I. Desarrollo de la litis

1. La demanda: relata el curador que su representada es propietaria del inmueble cuya restitución intenta; que el hijo de la misma fue a vivir con su madre en la unidad inmueble señalada; que con posterioridad se promovió un juicio por insania contra M. B., la que así fue declarada en los autos respectivos en los términos del art. 141 del Código Civil; que una vez curada de su afección, su hijo se negó a recibirla en su casa solicitando su internación en un hogar geriátrico dependiente del PAMI, institución que, al negarle la internación, la introdujo por más de un año en el Hospital Lanari. Que, finalmente y mediante orden judicial, se venció la negativa del PAMI y la internación se trasladó al “Establecimiento Geriátrico Carmen V”, sito en la calle Francisco Bilbao 1862 de esta ciudad, en el que se encuentra en la actualidad. Que, en tanto, su hijo sigue habitando exclusivamente el departamento de la calle A... cuya restitución solicita, sin abonar canon alguno por esa ocupación ni abonando los impuestos que gravan al bien ni las expensas comunes que se devengan. Que habiendo sido designado curador de su madre, ante actitudes reñidas con su misión, fue removido cautelarmente por el Sr. Juez interviniente en los autos respectivos. Que su representada es propietaria, además, de otro departamento sito en la calle C... piso 6º “D” y percibe un monto jubilatorio de \$392. Que a poco de asumir sus funciones de curador tomó conocimiento de una ejecución por expensas comunes promovida por el Consorcio de la ca-

lle A..., el que se encontraba en trámite de subasta, habiendo arribado a una conciliación con el ejecutante. Que el de la calle C... se encuentra ocupado por doña M. B., ex pareja del demandado, quien no abona los alquileres desde junio de 1999. Que ante el comportamiento del demandado, en la insania el señor juez actuante dictó resolución intimándolo a restituir el inmueble en el término de veinte días, de lo que hizo caso omiso. Adjudica al requerido la calidad de “simple tenedor” de la unidad que ocupa, fundando su derecho en lo dispuesto en los arts. 2460, 2465 y ccs. del Código Civil.

2. La contestación: a continuación de una negativa genérica, dice el demandado que fue introducido al inmueble por voluntad de su madre encontrándose ésta en perfecto uso de sus facultades mentales y volitivas. Que es el único hijo de la actora, por lo que debe interpretarse que le ha concedido el derecho de habitación gratuito, con todos los alcances de los arts. 2948 *in fine*, 2950, 2952/54, 2964 y ccs. del Código Civil. Que la voluntad del curador no puede tergiversar la de su madre. Que cuenta en la actualidad con 49 años de edad con un gravoso condicionamiento negativo para obtener empleo; que a los 39 y 40 años padeció sendos infartos, dolencias que fueron obviamente conocidas por su madre; que dados los fundamentos alegados solicita el rechazo de la demanda con imposición de las costas al curador personalmente. Ofrece su prueba; pide como queda dicho.

3. Las pruebas: la actora agregó los expedientes tramitados en la insania de la actora proveniente del Juzgado N° 25 de este fuero, así como de los remitidos en fotocopia por los Juzgados 89 sobre ejecuciones de montos debidos en concepto de alquileres por el Consorcio de propietarios C... y el 94 sobre igual fundamento por el Consorcio de Propietarios A... En tanto el demandado fue declarado negligente en la producción de la única prueba que había ofrecido, cual era la informativa al Instituto Cardiovascular Buenos Aires en requerimiento de su historia clínica.

4. La sentencia: consideró el señor juez *a quo* que la cuestión debatida en autos es resuelta en el art. 2461 del Código Civil, cuando alguien, “por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”. Que el demandado reconoció revestir esta simple calidad al afirmar que habita en ese lugar por decisión de la actora, no habiendo podido acreditar debidamente la gratuidad que manifiesta haber recibido, encontrándose así comprendido dentro de alguno de los supuestos enunciados en el art. 2462 Cód. cit. (sic). Que asimismo se ha dicho que la responsabilidad probatoria no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica. Si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos, soportará la carga de la prueba de ellos. Corresponde entonces –finaliza el sentenciante– tener por reconocidos los hechos invocados en el escrito liminar y la documental acompañada a fs. 26/31 en virtud de lo expuesto y establecido en el art. 377 del Código Procesal. Hace lugar a la demanda con costas a la demandada.

5. Los agravios de la demandada: comienza atacando el encuadre legal hecho por el señor juez *a quo* poniendo la cuestión a la luz de lo dispuesto en el art. 2461 del Código Civil, insistiendo en que debe habérselo hecho a la del art. 2948, porque lo decidido no permite incluir la cuestión en el art. 680 del Código Procesal. Que el ingreso al inmueble cuya restitución se solicita lo fue con la voluntad en ese sentido de la actora y su expreso deseo. Que tal actitud fue ocultada al promover la demanda, por lo que constituye un hecho no invocado en la misma, y que tal circunstancia ha relevado a su parte de la obligación de producir prueba alguna de acuerdo con lo dispuesto en el art. 377 del Código citado. Que se han dejado de lado los elementos de convicción que surgen del proceso de insania, por lo que lo afirmado por el curador no se ajusta a la verdad de lo acontecido, lo que explica con un detallado examen de las sucesivas internaciones de la actora. Que la pretensión del curador es incompatible con la voluntad de su madre ejercitada estando en ejercicio normal de sus facultades, por lo que significa, lisa y llanamente, arrojarlo a la calle. Que es erróneo al omitir todo análisis de lo actuado por el curador con fundamento en el art. 481 del Código Civil, porque la obligación primordial del curador será cuidar que el insano recobre su capacidad y contradice lo dispuesto en el art. 473 del mismo cuerpo legal. Pide la revocatoria de la sentencia, plantea y reserva el caso federal.

6. La contestación del curador de la actora: apoya el fundamento legal de la sentencia, destacando que la pretensión del demandado carece de la contratación exigida por el art. 2949 del Código Civil, pues como surge del art. 2812, el derecho de habitación podría constituirse por contrato oneroso o gratuito, por actos de última voluntad en los casos que la ley designe y por prescripción adquisitiva. Que al afectar bienes inmuebles, el contrato alegado debió haberse celebrado, indefectiblemente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1184, incisos 1 y 8, por escritura pública. Que la finalidad del demandado no tiene otro fundamento que dilatar la indebida ocupación del inmueble, pues su representada no sólo no recibe renta alguna, sino que debió destinar sus escasos ingresos al pago de expensas adeudadas que por monto de importancia F. se abstuvo de hacer efectivos. Pide se apliquen, tanto al demandado como a su letrado, las sanciones previstas en el art. 45 del Código Procesal. Acude a las constancias del proceso por insania para acreditar lo fundado de la sentencia, y acusa a su contraria de hacer limitada interpretación del art. 481 del Código Civil, al no referirse que el objeto del curador se debe lograr con “aplicación, con preferencia, de las rentas de sus bienes”, actitud que el demandado no ha asumido manteniendo a la incapaz al margen de sus ingresos y demás necesidades. Pide la confirmación de la sentencia.

A fs. 225 dictaminó el Señor Defensor de Cámara en coincidencia con los términos de la sentencia apelada, y a fs. 226 se llamaron estos autos para dictar sentencia definitiva.

II. La revisión

1. “Los elementos de convicción que surgen del proceso de insania”: esta

imputación es formulada por el demandado agraviado al señor juez *a quo* a fs. 216 (Cap. III, párr. 1º), acusándolo de que no los ha ponderado debidamente. Trataré de reparar este agravio.

A fs. 20/21 del expte. 65.764/97, el señor C. M. E. F. se presenta por su derecho promoviendo la declaración de insania de su madre, doña M. B., en los términos de lo dispuesto en el art. 141 del Código Civil. En el Cap. V, como bienes de la causante hace saber que “si bien es propietaria del inmueble que constituye su domicilio real (calle A... 7º “23”) se trata de un departamento modesto de tan sólo dos ambientes; que también es titular del dominio del inmueble denunciado como domicilio real del presentante (C... 6º “D”), por lo que éste no genera renta alguna y sin existir otra posibilidad, en tanto y en cuanto al suscripto tiene una precaria situación laboral, lo que le impide arrendar vivienda...”, agrega un monto jubilatorio de la denunciada que alcanza a la suma de \$392,46 mensuales. A fs. 47/48, previo el examen médico correspondiente, el Juzgado declara incapaz en los términos del art. 141 citado y designa curador definitivo a su hijo F.

A fs. 64 se presenta la Asistente Social del Poder Judicial, doña M. V. manifestando su preocupación por la causante, dado que hace aproximadamente dos meses está dada de alta y su hijo no la retira del Hospital, y que en el tiempo en que ha estado internada no se ha ocupado de sus necesidades. A fs. 65 la Sra. Asesora de Menores e Incapaces solicita se cite a F. para que dé explicaciones sobre el informe precedente, haciéndolo el Juzgado a fs. 65 vta. A fs. 70/74 se presenta F. promoviendo un profundo ataque contra la Asistente Social informante tachando de falsas sus afirmaciones.

Con posterioridad a un juego de acusaciones de la Asistente Social nombrada y contraataques de F., el Juzgado ordena a fs. 98 un informe de los médicos forenses, el que se produce a fs. 100/101: que M. B. reviste la forma clínica de síndrome demencial debiendo permanecer internada con persona responsable de su permanente cuidado. A solicitud de la Sra. Asesora de Menores, el Juzgado fija audiencia que se celebra a fs. 117; requerido F. sobre la capacidad económica de la causante a fin de dar cumplimiento a las exigencias del PAMI para su internación, manifiesta que “solicitó autorización para promover un juicio de desalojo respecto de uno de los inmuebles de la causante; respecto del restante manifiesta que se hace cargo de todos los gastos que produce, lo que acreditará en autos en el plazo de diez días”. Cumple con su compromiso a fs. 118/119 practicando las cuentas que la Sra. Asesora rechaza por carecer de toda documentación.

A fs. 141/151 obra agregada en copia una causa penal promovida por el Asesor Letrado del Instituto de Investigaciones Médicas Alfredo Lanari, denunciando a F. por el delito de abandono de persona. Hace saber que la señora B. fue dada de alta del Instituto, poniéndose el hecho en conocimiento del denunciado en forma reiterada, habiendo éste hecho caso omiso de la intimación a retirarla; que no sólo le ha negado alimentación diaria sino también el refuerzo de vestimentas llegado el invierno. El Sr. Titular del Juzgado Nacional de Instrucción N° 21, Dr. Mauricio Zamudio, rechazó la acción “por no

haberse dado en el caso los requisitos exigidos para la configuración del tipo penal en trato” (v. fs. 150).

Con el oficio de fs. 170 la señora titular del Juzgado de este fuero N° 106 remite copia de la demanda entablada por doña C. A. A. contra la incapaz, M. B., exigiéndole, en su carácter de abuela paterna de su hijo menor P. F., el pago de alimentos que su padre, el aquí actor, no hace efectivos desde hace más de dos años. A fs. 174 el Juzgado decide que, existiendo intereses contrapuestos entre la causante de autos y el curador, corresponde designar un segundo a fines de que asuma la representación de la causante en el juicio por alimentos, a cuyos fines designa al doctor A. M. G. Llamadas las partes a audiencia, a fs. 193 F. se excusa de concurrir por razones laborales. Las audiencias con la Sra. A. se suceden con los incumplimientos del obligado, el que agrega, por fin a fs. 230, escrito de rendición de las cuentas con el que no acompaña documentación probatoria alguna, resultando intimado a hacerlo a petición de la Sra. Defensora de Menores, agregando “algunos de ellos” a fs. 260/262 aduciendo que los restantes “no ha podido localizarlos”. Pasible de nueva queja la presentación por la Sra. Defensora, a fs. 264 se remueve de su cargo a F. designando en su reemplazo al Sr. curador ad-hoc doctor A. G. Notificado de la remoción el día 11-11-99, a fs. 270 interpone contra ella recurso de apelación “por haberse transcrito en la cédula sólo la parte dispositiva de la resolución sin sus fundamentos” (sic); funda su derecho en lo dispuesto en el art. 485 del Código Procesal el cual, aun refiriéndose a sentencias definitivas, indica en el 2° apartado que “en la cédula se transcribirá la parte dispositiva”, entregándose copia al litigante que lo pidiere.

Los incumplimientos de F. se repiten aun todo a lo extenso de estos autos sobre insania; no sólo los emergentes de su carácter de curador, puestos sobre sus espaldas por disposición de la ley, sino –y aun con mayor intensidad– los de su carácter de hijo único de la incapaz que le imponen reglas éticas y elementales de moral. Claro ha quedado que los autos sometidos a examen en esta causa a los fines de dictar sentencia definitiva no son, justamente, los de insania con los que se lo está haciendo a solicitud expresa –repito– del apelante, sino aquellos en los que debe decidirse sobre la restitución a la actora incapaz de uno de los inmuebles que obra en poder de su hijo curador, pero no debe ponerse fin al examen de esta causa agregada sin destacar que es la muestra más cabal que pueda solicitarse de claras violaciones a lo dispuesto en los arts. 266 y 481 del Código Civil, lo que ha quedado claramente acreditado con la resolución dictada a fs. 394 por medio de la cual el señor juez de la causa intima a C. M. E. F. para que en el plazo de veinte días proceda a restituir el inmueble que ocupa en la calle A... 7° “23” bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales correspondientes.

Igualmente, cabe tomar nota aún de la presentación de F. obrante a fs. 403/405 de la citada insania, con el agregado de su acta narrativa de fs. 405/407. Impugna de nulidad y apela la disposición referida que lo intima a restituir la unidad funcional de propiedad de su madre arriba referida. “Sin haberse oído previamente al suscripto” (sic) violando –dice– el derecho cons-

titucional a una vivienda digna y aun contra el derecho de propiedad, ya que el decreto atacado “persigue lanzarme a la calle sin darme el menor derecho a defenderme” (sic). Considera incomprensible el apercibimiento formulado, pues no es ni locatario, ni sublocatario, ni tenedor precario, ni intruso, ni reviste la calidad de ocupante cuyo deber de restituir sea exigible, pues (su posición) no se encuadra en ninguno de los supuestos de procedencia de la acción de desalojo (según art. 680 del Código Procesal). En el acta narrativa que adjunta a estas expresiones, “viene a dar explicaciones” (oportunamente solicitadas por el Juzgado) acerca de por qué no acompañó el contrato de locación del departamento sito en C... 6° “C”. Explica que el hecho concreto, real y simple (así lo califica) “es que dicho contrato no existe”, y ello es así “debido a que la actual ocupante, M. L. B., nunca me lo devolvió firmado”. “Que para hallar la verdad de las cosas debemos remitirnos tiempo atrás; y continúa: En mayo de 1996... como resultado de la presentación que de ella le hizo el garante, surgió una relación amorosa entre la citada y el suscripto, lo que trajo aparejada la convivencia entre ambos y, por consiguiente, la suspensión del pago de los alquileres correspondientes; que posteriormente le solicitó nuevos comprobantes que le permitieran juntar dinero... y cometí el error de firmar recibos y notas complaciendo su requisitoria, pero los pagos nunca se produjeron, ni las expensas ni los impuestos... Que hacia marzo de 1998, el ex garante me solicitó una renovación de la relación, pues la moradora estaba dispuesta a empezar a cumplir con sus obligaciones... y nuevamente no hubo pago alguno... los resultados son los actuales: la propiedad aún ocupada, ilegal e inmoralmemente (la calificación se imputa a la ocupante, excluyéndose a sí mismo), y aclara que el vínculo amistoso que lo ligó a B. está roto a perpetuidad”.

Demás está agregar que presentación de tal magnitud perturbó grandemente los denodados esfuerzos del nuevo curador ad hoc, Dr. A. M. G., para intentar la defensa de los derechos de la incapaz (v. fs. 412), el que a fs. 461 rinde cuentas sobre el desastre económico administrativo en el que permaneció incurso F. durante el tiempo que desarrolló lo que debió haber sido su noble finalidad. A fs. 464, a solicitud de la Sra. Defensora de Menores formulada a fs. 463, el Juzgado dicta la remoción definitiva de F. en su carácter de curador de su madre reemplazándolo por el citado Dr. G.

Cierra este triste e incomprensible cuadro el informe de los médicos forenses de fs. 528 solicitado por el Juzgado sobre el estado de la incapaz: “79 años de edad... sin signos de actividad psicótica... es ostensible el deterioro de su personalidad... adaptada al medio institucional que la aloja...”

Es visitada por un amigo y cuenta con permiso de salida en compañía de persona responsable...”.

2. La restitución del inmueble: en el Capítulo I de la presente, que titulé “desarrollo de la litis” con la consideración de los siguientes acápite que completaron la causa origen de la presente, quedaron descriptas con claridad las sucesivas estaciones procesales cumplidas en la misma. Corresponde, por lo tanto, proceder al análisis del contenido de la sentencia en apelación, los agra-

vios que ella produce al demandado vencido y arribar a la consecuente sentencia definitiva.

2 a) El ingreso de F. al inmueble a restituir: no está en discusión la calidad de titular dominial que doña M. B. reviste sobre la unidad funcional N° 23 del piso 7° de la finca sita en esta ciudad, calle A... Tampoco difieren ambas partes en que, en tal carácter, la propietaria admitió el ingreso de su hijo C. M. E. F. a convivir con ella en el mencionado inmueble; los motivos de tal admisión resultan inconducentes a los fines de calificar jurídicamente tal admisión, y además –y en beneficio de obtener claridad al respecto– el mismo ingresante lo hizo al manifestar reiteradamente que “sus 49 años de edad le impedían obtener un trabajo que lo capacitara para adquirir una vivienda propia”. Resulta inadmisibles, por lo demás, que una posterior ausencia de la propietaria fundada en razones de salud y su consecuente internación transformara tal invitación previa en alguna forma distinta de la de simple alojamiento ante la imposibilidad –solamente temporal– de carecer al momento de la admisión de algún trabajo que un joven individuo le impidiera, al menos, locar una vivienda. Estas circunstancias condujeron en su oportunidad al curador de M. B. a encuadrar la acción restitutoria del inmueble de la calle A... en la figura del art. 2460 del Código Civil (v. fs. 52/56).

Sin embargo, ejercitada la acción de restitución, el requerido, a fs. 66/68 sostiene haber ingresado a la propiedad de su madre amparado por el derecho de habitación gratuito protegido y con los alcances de las disposiciones de los arts. 2948 *in fine*, 2950, 2952/54, 2964 ccs. del mismo cuerpo legal referentes a los derechos de uso y habitación, es decir, un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro y que, tratándose de una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación (v. art. 2948 citado en su parte final por el demandado).

2 b) La tenencia: aparece la tenencia cuando una persona tiene una cosa bajo su poder físico; puede disponer físicamente de ella, pero reconociendo en los hechos un señorío superior en otro. Es decir, tiene el *corpus*, pero carece del *animus domini* (Bueres-Highton, *Código Civil, Análisis...*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997, 5-94, colaboración de Marina Mariani de Vidal, CNCiv., Sala C, 13-9-79, *La Ley*, 1980-A, 80; *íd.*, Sala E, 14-11-85, *JA*, 1986-IV-463).

El art. 2461 del Código Civil expresa claramente que “cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa”. Se trata del concepto de “tenencia relativa”, que es la única que regula nuestro Código Civil y que supone siempre la existencia de un poseedor a quien el tenedor representa.

El art. 2462 siguiente enumera los supuestos de tenencia, y a pesar de ser meramente enunciativa, cabe poner de resalto para el caso el contenido del inciso 6°: “El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”. A partir de ese momento ya no se comporta como quien pretende la posesión exclusiva de la cosa, sino co-

mo quien la detenta o tiene a nombre de otro (Borda, Guillermo, *Tratado... Derechos Reales*, Ed. Perrot, Bs. As., 1975, I-211).

2 c) El uso y la habitación: adquirido más arriba el concepto de “uso y habitación” que el art. 2948 ofrece de ambas figuras, claro surge que el “usuario”, al contrario de lo que ocurre con el “usufructuario”, sólo tiene el uso de la cosa; no tiene derecho a aprovecharse de ella económicamente ni la facultad de percibir los frutos.

El derecho de uso tiene los siguientes caracteres: es un derecho real constituido sobre la cosa de otro (art. 2948); como en el usufructo, la relación se produce en forma directa e inmediata entre el titular y la cosa. La cuestión tiene importancia porque la defensa del derecho compete directamente al titular, y no pesa sobre el propietario la obligación de garantizarle el uso de la cosa luego de haberle entregado la posesión. Ambos derechos son estrictamente personales, puesto que no pueden ser cedidos; inclusive la facultad de dar la cosa en locación está sumamente restringida, siendo además derechos temporarios.

Dispone el art. 2949 que el uso y la habitación se constituyen del mismo modo que el usufructo, con excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes. Esta disposición reenvía al art. 2812, la constitución por contrato oneroso o gratuito, por actos de última voluntad, surgir de la ley o adquirirse por prescripción. También –al igual que con el usufructo– el contrato requiere la tradición de la cosa o derecho (art. 2820), agregando a este requisito inexcusable, si se tratase de inmuebles, la escritura pública (art. 1184, inc. 1º) y, para que el acto quede perfecto y sea oponible a terceros, el registro (art. 2505 del Código Civil y 21 ley 17801).

2 d) Otras diferencias entre la simple tenencia y el uso y la habitación: en caso de tenencia, el tenedor debe reputarse guardián de la cosa y, por consiguiente, es responsable a tenor del art. 1113 por los daños ocasionados por ella; vale decir, el principio es la responsabilidad, a menos que demuestre que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (Borda, op. cit. I, pág. 218, Nº 252).

Y resta, por fin, como cierre de las precedentes consideraciones y apertura de la viabilidad de esta acción, el contenido del art. 2465 como carga ineludible del tenedor, imagen configurada claramente a esta altura en la persona del demandado C. M. E. F. respecto de la unidad funcional Nº 23 del piso 7º de la finca calle A...; señala el art. 2465 del Código Civil que el tenedor “debe restituir la cosa al poseedor a cuyo nombre posee, o a su representante, luego que la restitución le sea exigida conforme a la causa que lo hizo tenedor de la cosa”. El ocupante sin título alguno tiene una mera tenencia precaria con obligación de restituir, susceptible de ser exigida por el dueño o su legítimo sucesor –args. arts. 2465, 3264, 3267 y ccs.– (CNCiv., Sala C, JA 15-1972-338), todo lo que hace viable la confirmación de la sentencia apelada según propongo a esta altura del examen.

3. Sobre la carga de la prueba: integran los agravios de la demandada lo que denomina “un hecho nuevo no invocado en la demanda”, cual sería haber ocultado por parte de la accionante el ingreso de su hijo al inmueble con anterioridad a su enfermedad e internación. Desde ya corresponde destacar que las expresiones volcadas a fs. 52 vta., Cap. III, denominado “Hechos”, acápite II2 y II3, muestran la falsedad de tal afirmación, pues claramente surge de aquéllas la autorización otorgada por doña M. B. a su hijo al ingreso al inmueble y su posterior enfermedad que la llevó a la declaración de incapacidad. Ello aparece aun confirmado por el demandado al dar razón de su alojamiento en casa de su madre en el hecho de que su edad –que fija en ese entonces en los 49 años– le impedía conseguir un trabajo conducente a obtener una vivienda, lo que sí le permitió, por el contrario, no sólo apoderarse ilegítimamente de la que ocupaba la actora, sino también hacerlo con otra similar en amparo de la que reconoce como su concubina y procediendo al despojo de las rentas de ambos bienes de su madre incapaz, dejando de atenderla en su enfermedad y apartando su producido del destino que les fija el art. 481 del Código Civil, sumiéndola, por el contrario, en deudas inmerecidas.

Que tal hecho –a fuer de falso– imprime igual calificación a que el mismo lo relevaba de su obligación de producir prueba alguna en el sentido de lo dispuesto en el art. 377 del Código Procesal, pues la responsabilidad probatoria, en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica; si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos –como lo hizo el demandado al intentar ampararse en una figura jurídica diferente de la que en rigor de verdad correspondió en el caso– soportará la carga de la prueba de ellos, y a este respecto el quejoso dio muestra cabal de su total falta de interés al no producir prueba alguna en estos autos incurriendo en una actitud contemplativa merecedora de la sanción jurídica cual es la pérdida del juicio (v. a este respecto, Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Comentado...*, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, comentarios al art. 377, 2 págs. 465/486). Por lo expuesto, propondré también el rechazo de este agravio.

4. La solicitud de calificación del art. 45 del Código Procesal: a fs. 221 el señor curador definitivo Dr. A. M. G., en contestación a los agravios manifestados por la demandada, solicita se impongan, tanto al demandado como a su letrado las sanciones por temeridad y malicia que prevé el art. 45 del Código Procesal.

Es deber del juez (arts. 34, inc. 6º; 163, inc. 8º) proceder a tal declaración en oportunidad de la sentencia definitiva tanto en casos de inconducta procesal genérica como específica. Este juzgamiento es independiente de la petición de la contraparte, pues en el fondo, presenta un verdadero abuso de la jurisdicción (CNCiv., Sala H, 24-6-97, *La Ley*, 1998-B, 928 S-12.575). Y por cierto que el caso presente muestra una de las oportunidades en las que tal calificación resulta de clara aplicación.

Reconozco que pondré el mayor de mis esfuerzos para alejar de mi ánimo

toda actitud asumida por el letrado doctor J. S., inscripto en la Matrícula al Tomo 11, Folio 551 y por su patrocinado, don C. M. E. F., en aquellas actividades desplegadas tanto en estas actuaciones como en las de insania de doña M. B. que las originaron que se encuentren alejadas de sus comportamientos procesales, prescindiendo, por lo tanto, de toda actitud personal que sumieron a la incapacitada en la oscura escena de soportar sus sufrimientos durante los últimos siete años, pues las acciones solicitando su incapacidad datan del 13-8-97, cuando contaba con 74 años de edad, y finalizan (?) hoy, ya cumplidos sus 81 años. Durante todos ellos, y contando con un haber jubilatorio y la propiedad de dos inmuebles, se vio obligada a recorrer distintas instituciones de internación hasta llegar, casi anciana y en la miseria, a la de menor calidad, consumidos ocultamente sus haberes en beneficio propio por su único hijo y la concubina de éste, y reclamados de ella aun por hijos extramatrimoniales alimentos en su carácter de abuela, dejando ambas unidades funcionales deudoras de toda clase de obligaciones, aún hoy impagas y en estado de ejecución, habiendo recibido como toda excusa de tal comportamiento por parte de su hijo actor que “ya tenía 49 años, lo que le impedía obtener una vivienda para alojarse”. Pero aun apartando de mi mente tales hechos en beneficio de la objetividad de mi decisión, difícil resultará no establecer una íntima relación entre los intereses inaceptables de su hijo y los mostrados en la dilación de ambas causas, coadyuvantes de las desgracias de doña M. B.

Habiendo controvertido los fundamentos jurídicos de la acción de restitución del inmueble, no se produjo en autos prueba alguna a pesar de haber sido ellas ofrecidas. No se hizo en autos una sola rendición de las cuentas sobre las percepciones de los alquileres que deberían haber devengado los dos inmuebles de propiedad de la incapaz, y en las dos oportunidades en las que se lo intentó, sufrieron legítimas impugnaciones oficiales por falta de documentación que se denunciaba simplemente como “faltante”, al extremo de haber provocado la remoción del cargo de curador provisional del Sr. F. Fue desobedecida la orden de restitución del inmueble decidida por el señor Juez de la causa ignorándola maliciosamente y, ante la citada remoción, promovió el demandado incidente de nulidad contra la misma y recurso de apelación subsidiario.

A fs. 206 de la presente, sorteado este Tribunal para dictar sentencia definitiva, se promovió recusación sin causa de sus tres integrantes, sabiendo que sólo podía hacérselo con uno solo de ellos según el art. 14 del Código Procesal, y siguieron lográndose de esta manera dilaciones progresivas con evidente perjuicio de la actora a pesar del estado en el que permanecía y mantiene aún.

Comportamientos tales me llevan a concluir que el demandado y su letrado han utilizado este proceso en contra de sus fines, obstaculizando su curso con el objeto de obtener la mayor cantidad de tiempo disponible para burlar los derechos de la actora, poniendo en juego los pocos años de vida útil que le restan con el claro fin de aparear la causa judicial a su desaparición física, to-

do lo que demuestra que esta parte y su letrado han adoptado una conducta procesal indebida, negligente y/o dilatoria.

En consecuencia, propondré que se imponga al demandado y su letrado un severo llamado de atención, exhortándolos para que en lo sucesivo se abstengan de proceder en forma inadecuada contribuyendo a mantener el buen orden y decoro en la tramitación del proceso, con estricto estilo forense (cfr. art. 35 del Código Procesal).

5. Conclusiones: por todo lo expuesto y analizado, compartiendo las conclusiones a las que arriba el Sr. Defensor de Menores de Cámara y si el mío lo resulta también por el plenario, propongo confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, con las costas del juicio a cargo del demandado vencido (art. 68 del Código Procesal). Así lo voto.

Los doctores *Martínez Álvarez* y *Bueres*, por análogas razones a las aducidas por el Señor Juez de Cámara doctor *Mercante*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, con las costas del juicio a cargo del demandado vencido (art. 68 del Código Procesal).

Regulados que sean los honorarios se fijarán los correspondientes a la Alzada. — *Domingo A. Mercante*. — *Alberto J. Bueres*. — *Eduardo M. Martínez Álvarez*.