

## Desalojo Procedencia Menor De Edad Relaciones De Familia Divorcio Vincular Acuerdos Oponibilidad

### JURISPRUDENCIA

Desalojo. Procedencia. Menor de edad. Relaciones de familia.

Divorcio vincular. Acuerdos. Oponibilidad      Se revoca la sentencia apelada, y se admite la demanda de desalojo interpuesta contra el yerno divorciado que habita el inmueble con la nieta menor de la accionante, al probarse su condición de precariedad y su obligación de restituir. Asimismo, se aclara que la existencia de un menor no es óbice para la procedencia del desahucio, pues tal circunstancia no lo convierte en parte ni merece una primordial tutela, al tratarse de una ocupación derivada de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental impuestos a sus progenitores.      En la ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúnen los Señores Miembros de la Excma. Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Dres. Ana Clara Pauletti, Gustavo A. Britos y Guillermo Oscar Delrieux, para conocer del recurso interpuesto en los autos caratulados:- "AUZQUI OLGA MERCEDES C/ MARTÍNEZ JOSÉ MARÍA S/ DESALOJO", respecto de la sentencia de fs. 84/86. De conformidad sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden:- Sres. Vocales Dres. GUILLERMO OSCAR DELRIEUX, ANA CLARA PAULETTI y GUSTAVO A. BRITOS.      Estudiados los autos la Excma. Sala propuso la siguiente cuestión a resolver:- ¿Es justa la sentencia apelada?      A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO OSCAR DELRIEUX, DIJO:-

1.- En la sentencia recaída a fs. 84/86, el Señor juez a quo rechazó la demanda de desalojo incoada por OLGA MERCEDES AUZQUI, contra JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ; impuso las costas a la perdedora y difirió la regulación de honorarios.      Para así resolver, juzgó que la ocupación del inmueble en cuestión por parte del accionado y su hija, había sido consentida por la accionante, lo cual descartada que pudiera considerarse tenedor precario al demandado. Apuntó además que el litigio revelaba la existencia de aspectos que excedían el ámbito propio del proceso de desalojo, por lo cual con cita del precedente de esta alzada (in re:- "De la Cruz Rodolfo Antonio c/ Amarillo Elvira Hortensia S/ Desalojo", 21/3/2013, Expte. N° 3483/C), entendió que la discusión debía ser formulada en el ámbito del fuero de familia, de manera tal de preservar adecuadamente los intereses de la menor. Destaca que la reforma implementada por el nuevo Código Civil y Comercial impone como método de interpretación el que favorezca el "superior interés del niño" (art. 639 inc. a), en función de lo cual y de la responsabilidad parental que interpreta alcanza a la accionante (abuela de la menor), en virtud del consentimiento brindado por María Eugenia Preiss en el juicio de divorcio (hija de la propietaria del bien y madre de la menor), impedían calificar la tenencia de precaria, obstando ello a la procedencia de la acción.      2.- Contra lo resuelto se alza la actora (fs. 89), concediéndose el recurso a fs. 90, en relación y con efecto suspensivo.      3.- En el memorial de fundamentación obrante a fs. 91/94, el Dr. RAÚL ALBERTO ORCESE, quien actúa en representación de OLGA MERCEDES AUZQUI (Poder Especial de fs. 1), critica el rechazo de la demanda, afirmando que la decisión se sustenta en una incorrecta valoración de la prueba y en una errónea aplicación del derecho, vulnerando el derecho de propiedad de su mandante. Asevera que la obligación de restituir es exigible, que la propietaria del bien intimó su desocupación y reintegro; que en el caso no resulta aplicable el precedente de esta alzada citado por el a quo; que en el comodato de uso del inmueble acordado en el juicio de divorcio, Martínez se obligó a restituir la casa a su dueña "...a más tardar el 01 de noviembre de 2013...", agregando que si bien en la audiencia celebrada a fs. 19 de dichas actuaciones Preiss indicó que "permitía" que el nombrado y la hija de ambos continuaran viviendo en dicho inmueble, lo cierto es que el propio juez aclaró allí que ello debía ser tratado con Auzqui, por no podían disponer de un bien correspondiente a un tercero. Aduce que luego de varios reclamos verbales, el 9 de abril de 2014 se intimó formalmente a Martínez para que desocupe la vivienda. Objeta la obligación impuesta a la actora, sin atender que la obligación de los abuelos es subsidiaria y que en este caso Martínez tiene un trabajo en blanco, subrayando que se trata de una persona ajena a los acuerdos celebrados por los progenitores de la menor, que no tiene ninguna obligación con el demandado, mucho menos de proveerle el uso y goce gratuito de su propiedad, e incluso sin plazo. Insiste en que el pronunciamiento puesto en crisis viola el derecho de propiedad de su mandante. Cuestiona también la imposición de costas, explicando su principal tiene razones suficientes y justificadas para accionar como lo hizo, que eventualmente posibilitarían apartarse del principio objetivo de la derrota. En resumen, pide se admita el recurso y se revoque la sentencia de primera instancia, haciéndose lugar a la demanda; en su caso, se la exima de las costas.      4.- En el responde de fs. 95/97, el demandado JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ, con el patrocinio letrado del Dr. CLAUDIO MARÍA FARÍAS, básicamente solicita el rechazo del recurso, afirmando en síntesis que en el expediente se produjo prueba que demuestra la razón por la cual no tiene obligación de restituir el inmueble; que las mejoras introducidas al mismo fueron el resultado de su esfuerzo de años, estando reconocido su carácter de ganancial en la expediente de divorcio apiolado; que la posesión del inmueble voluntariamente le

fue entregada para construir la vivienda que hoy ocupa. Refiere que han sido negativas las distintas tratativas realizadas para poner fin al diferendo; compartiendo la decisión del juez de grado en cuanto a que al estar involucrados los intereses de una menor, la cuestión debe ventilarse ante el juzgado de familia. En cuanto a la condena en costas, apunta que el principio objetivo de la derrota apareja la consecuente imposición de costas, no existiendo ninguna razón valedera para su exoneración. En suma, interesa el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia; con costas.

5.- Resumidos de tal modo los antecedentes del caso, corresponde a continuación abordar el examen de las quejas vertidas. En dicho cometido, no está demás repasar que la finalidad de la acción de desalojo no es otra que el obtener el recupero del uso y goce de un bien inmueble ocupado por quien carece de título para ello, que se confiere a aquel que invoque un título del cual derive el derecho de usar y gozar de un inmueble (propietario, locador, locatario principal, poseedor, usufructuario, comodante), resultando procedente contra los locatarios, sublocatarios, tenedores precarios, intrusos o cualquier otro ocupante cuya obligación de entregar o restituir sea exigible (art. 663 CPCyC), es decir contra todo aquel que detente la tenencia actual del inmueble y se encuentre obligado a restituir (PALACIO, "Derecho Procesal Civil", Tomo VII, pág. 77, tercera reimpresión, Abeledo-Perrot, 1990; ARAZI-ROJAS, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo IV, pág. 133, tercera edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2014).

En la especie, OLGA MERCEDES AUZQUI invocando el carácter de propietaria del inmueble ubicado en calle Moseñor Angelelli N° ... de esta ciudad, inscripto en el Registro Público local bajo Matrícula N° ..., promovió la presente demanda procurando obtener la desocupación y restitución de dicho bien, explicando que el mismo es ocupado ilegítimamente por el cónyuge de su hija, de quien se encuentra divorciado, y la hija menor de ambos, puntualizando que han sido infructuosos los reclamos verbales efectuados para que desocupe la vivienda, teniendo idéntico resultado negativo el emplazamiento cursado por carta documento el 9 de abril de 2014 (fs. 2/3). A su turno, el demandado resiste la pretensión alegando que dicho inmueble les fue dado, a él y a su entonces cónyuge, por la actora en el año 2006, constituyendo allí el asiento del hogar conyugal, que con la venta de un terreno de su propiedad introdujeron mejoras en el mismo y que producida la ruptura del vínculo matrimonial, se retiró de dicho domicilio junto a su hija mejor Ana Laura. Añade que luego su esposa se fue a vivir a Buenos Aires y la casa quedó sola, por lo que decidió recuperarla, ocupándola nuevamente con su hija. Reseña que iniciado el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, se formalizaron los convenios respectivos, entre los cuales se estipuló la desocupación del inmueble y el depósito de las llaves, sin que la propietaria desconociera las mejoras introducidas y el carácter ganancial de las mismas. Afirma que no existe ninguna obligación de su parte a restituir el inmueble y que no es este el ámbito donde debe discutirse esta cuestión, sino en el expediente de divorcio. Reclamó la intervención de María Eugenia Preiss (su excónyuge) y del Ministerio Pupilar (fs. 20/24 vta.).

A fs. 25, el juez de grado desestimó la intervención peticionada. Finalmente, en la sentencia de fs. 84/86, la acción fue rechazada, haciéndose básicamente hincapié en que no puede calificarse de precaria la tenencia del bien, descartando por ello exista obligación de restituir, añadiendo que la cuestión debatida, que involucraba derechos de una menor, nieta de la accionante, alcanzada por ende por la responsabilidad parental contemplada por el art. 640, 641 inc. b), 646, 658 y 659 del Código Civil y Comercial, excedía el marco de este limitado proceso, debiendo ser planteado en el ámbito del fuero de familia.

Establecido lo anterior, entiendo necesario aclarar, dado la mención realizada por el a quo en torno al precedente de este tribunal (in re: "De La Cruz Rodolfo Antonio c/ Amarillo Elvira Hortensia S/ Desalojo", 21/3/2013, Expte. N° 3483/C), que la situación aquí planteada no guarda similitud con la verificada en dicho antecedente, donde los litigantes involucrados habían sido concubinos (unión convivencial según la denominación actual del Código Civil y Comercial) cuya relación había cesado, habiéndose descartado la condición de intrusa endilgada a la accionada, precisándose que en función de la no controvertida relación concubinaria, las consecuencias patrimoniales derivadas "...debían ser discutidas en otro pleito del que pueda extraerse si en verdad existe una obligación exigible de restituir por parte de la demandada en los términos previstos en el art. 663 del código de rito", desestimándose bajo esas particularidades que pudiera considerársela como tenedora precaria, habida cuenta haberse pactado incluso la "indisponibilidad" del inmueble.

En la especie, el carácter de propietaria del inmueble objeto del pleito alegado por AUZQUI, además de no haber sido controvertido por el accionado, aparece debidamente corroborado a través del primer testimonio de la Escritura Pública N° ..., que luce incorporado en el legajo de documental de la actora agregado por cuerda. A su vez, en el escrito de inicio de los autos apiolados caratulados: "PREISS María Eugenia y MARTÍNEZ José María S/ Divorcio por mutuo consentimiento", expresamente se reconoció a la aquí actora como propietaria del inmueble asiento del hogar conyugal, que las llaves se depositarían en el domicilio indicado "...a más tardar el 1 de noviembre de 2013", aclarándose que la dueña del bien conocía "...las mejoras realizadas como bienes gananciales del matrimonio" (ver fs. 4, Apartado IX). Posteriormente, en la audiencia celebrada el 16 de diciembre de 2013, los entonces cónyuges dejaron constancia del no retiro de Martínez de la vivienda, mencionando el interés de la hija de ambos Ana Laura de permanecer allí, así como también de la necesidad de instrumentar la continuidad "...con la titular del inmueble..." (fs. 28/28 vta.). Al dictarse la sentencia decretando el divorcio vincular, el juez de familia dejó sin efecto lo acordado respecto al retiro de Martínez de la vivienda asiento del último hogar conyugal,

"...conforme lo acordado en acta de audiencia señala- da" (cfr. fs. 25/25 vta., Punto III in fine de la parte resolutive). Ahora, de la lectura de las enfrentadas tesis expuestas por los litigantes se colige que el matrimonio conformado por María Eugenia PREISS (hija de la actora) y José María MARTÍNEZ (demandado) fueron a vivir a la vivienda cuyo desalojo se persigue, ubicada en calle Monseñor Angelelli N° ... de esta ciudad; siendo evidente además, ante la ausencia de prueba en contrario que en este caso debió aportar el demandado, la precariedad de dicha ocupación. Así las cosas, es indudable que lo actuado en el juicio de divorcio supra referido, en relación a la atribución en favor del aquí demandado de la vivienda asiento del hogar conyugal -es decir el inmueble objeto de este pleito-, resulta inoponible a la actora, única propietaria del mismo, quien claramente no ha tenido intervención en dichos actuados ni tampoco ha brindado su consentimiento o conformidad a ese respecto. Es que, tratándose de un inmueble propiedad de un tercero, esto es ajeno al dominio de los excónyuges, las estipulaciones y/o acuerdos que pudieren formular a su respecto, por su naturaleza y fundamento, únicamente pueden relacionarlos a ellos, más no pueden perjudicar -ni indirectamente- el derecho de la propietaria de la vivienda, ni tampoco modificar el carácter precario que amparaba la ocupación durante la convivencia (KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", págs. 298/299, Hammurabi, 1995); inoponibilidad que se mantiene aun luego de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), que comenzó a regir a partir del 1 de agosto de 2015 (art. 1 Ley 27.077), ya que según el art. 443 la atribución de la vivienda familiar podrá ser requerida por uno de los esposos a condición que el inmueble sea propio de uno de ellos o ganancial, carácter que claramente no reviste el de marras. Bajo los lineamientos explicitados, no existe óbice para la procedencia del desalojo impetrado, en tanto la situación del demandado debe encuadrarse en el concepto de ocupante, que por su precariedad engendra la obligación de restituir (art. 663 párrafo primero última parte del CPCyC; KENNY, "Proceso de desalojo", págs. 75 y 111, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2006 y sus citas), sin que ello le impida encauzar por la vía pertinente el reclamo que eventualmente decidiera efectuar respecto el valor de las mejoras (huérfanas aquí de toda prueba) que dijo haber introducido en dicho bien. Tampoco resulta un impedimento para la admisibilidad de la acción incoada la presencia en la vivienda de la nieta de la actora, por cuanto como lo hemos señalado (Expte. N° 5122/C, 21/10/2015), tal circunstancia no los convierte en parte, resultando terceros ajenos a la relación procesal, en tanto no se trata de una ocupación autónoma sino que es derivada de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental impuestos a sus progenitores (arts. 638, 641, 646, 658 y 659 del Código Civil y Comercial; MIZRAHI, "Responsabilidad parental", págs. 88/ 89, Astrea, 2015); lo cual no quiere decir que no merezcan una primordial tutela (C.S.J.N., "E., S. y otros", 1/8/2013; LL 2013-E, 335), ni que eventualmente no puedan reclamar alimentos a los ascendientes (art. 668 CCyC), que abarca lo atinente a "habitación" (art. 659 código citado), cuya obligación sigue manteniendo un carácter subsidiario (MIZRAHI, ob. cit., pág. 347; BOSSERT-ZANNONI, "Manual de Derecho de Familia", pág. 40, §33, 7ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 2016). Consecuentemente, a fin de no desnaturalizar esta clase de procesos, de verificarse inacción en sus progenitores, la medida de protección idónea en este caso estará dada por garantizar la intervención del Ministerio Público de la Defensa en la eventual etapa de ejecución, más propiamente de manera previa al lanzamiento, para que conjuntamente con el órgano administrativo de protección, adopten los recaudos necesarios tendientes a evitar la vulneración de derechos fundamentales de la persona menor de edad comprometida. Acorde los argumentos expuestos y entendiendo demostrado el título precario de la ocupación del demandado, que lo ubica dentro de los sujetos pasivos señalados en el párrafo primero del art. 663 del CPCyC, a la cuestión propuesta al inicio voto por la negativa y de ser ello compartido por quienes me siguen en el orden de votación, propongo se haga lugar al recurso interpuesto a fs. 89 y se revoque la sentencia dictada a fs. 84/86, haciéndose lugar al desalojo incoado por la actora en relación al bien inmueble descripto en el escrito de inicio; con costas de ambas instancias al demandado perdedor (arts. 271 y 65 CPCyC), por no encontrar razones que justifiquen apartarse del principio de la objetiva derrota. Por último, conforme a principios de economía y celeridad procesal, se dejarán fijados los honorarios por la labor profesional desarrollada en esta alzada para que los calcule el juez de grado al estimar los de primera instancia. ASI VOTO. A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:- Que por compartir sus fundamentos, adhiero a la solución impulsada por el vocal preopinante. ESE ES MI VOTO. A LA MISMA CUESTIÓN PROPUESTA EL SR. VOCAL DR. GUSTAVO A. BRITOS, DIJO:- Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234). Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente:- GUILLERMO OSCAR DELRIEUX ANA CLARA PAULETTI GUSTAVO A. BRITOS (abstención) ante mí:- DANIELA A. BADARACCO Secretaria SENTENCIA:- GUALEGUAYCHU, 5 de mayo de 2016. Y VISTO:- Por los fundamentos del Acuerdo que antecede; por mayoría, SE RESUELVE:- 1.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 89 y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia dictada a fs. 84/86 en lo que ha sido materia de agravios, admitiendo la demanda promovida a fs. 2/3 por OLGA MERCEDES AUZQUI, condenando a JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ y/o a cualquier otro ocupante a desalojar el inmueble ubicado en calle Monseñor Angelelli N° ... de esta ciudad,

inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble local bajo MATRÍCULA N° ..., en fecha 6 de octubre de 2006, dentro del término de DIEZ DÍAS de notificado, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se procederá a su lanzamiento por medio de la fuerza pública, a su costa (art. 667 CPCyC); debiendo en todo caso, previo disponerse las medidas pertinentes para el desahucio, dar intervención al Ministerio Público de la Defensa a los fines indicados en el párrafo décimo quinto del Considerando 5. 2.- IMPONER las costas de ambas instancias al demandado perdidoso (arts 271 y 65 del CPCyC); y ESTABLECER los honorarios correspondientes a la tarea profesional desarrollada en esta alzada en un ...% de los importes que correspondan a la regulación de primera instancia, encomendándose su cálculo al Señor juez de grado para cuando estime estos últimos. REGÍSTRESE, notifíquese y, en estado, bajen. ANA CLARA PAULETTI GUSTAVO A. BRITOS GUILLERMO OSCAR DELRIEUX ante mí:- DANIELA A. BADARACCO Secretaria En .../.../2016 se registró en soporte informático (Acuerdo S.T.J N° 20/09 del 23/06/09 Punto 7). Conste.- DANIELA A. BADARACCO Secretaria

Correlaciones: Cufari, Ezequiel L. - LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO EFECTO DEL DIVORCIO - Erreius Online - Junio 2016 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - LIBRO SEGUNDO - TÍTULO II - CAPÍTULO 1 - Disposiciones comunes a todos los regímenes (arts. 454 a 462) - 010072E