

## Desalojo Usufructuario Obligacion Alimentaria De Los Abuelos

### JURISPRUDENCIA

### Desalojo. Usufructuario. Obligación alimentaria de los abuelos

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda de desalojo. En la ciudad de Corrientes, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diez y siete, encontrándose reunidos en el Salón de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala N° 1, los señores Jueces Dres. Analía I. Durand de Cassís y Julio Eduardo Castello, con la Presidencia de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni, asistidos de la Secretaria autorizante, tomaron en consideración el Expte. N° 74293 (J.C.C. N° 2), caratulado: ?ARNAUDO HILARIO DOMINGO C/ ARANDA MARIA LAURA S/ DESALOJO?; venido a esta Sala por el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 228/232), contra la Sentencia N° 17 de fecha 01-III-16.- Que conforme a las constancias de autos, corresponde que emitan voto en primero y segundo término, los Dres. Julio Eduardo Castello y Analía I. Durand de Cassís respectivamente (fs.311).- Eduardo Castello formula la siguiente: A continuación el señor Vocal Dr. Julio RELACION DE LA CAUSA La señora Juez a quo ha relacionado detenidamente en su fallo los antecedentes obrantes en autos. A ello me remito "brevitatis causa". S.Sa., en su pronunciamiento hace lugar a la demanda promovida en autos por HILARIO DOMINGO ARNAUDO y, en consecuencia, condenando a MARIA LAURA ARANDA y/o cualquier otro ocupante a desalojar el inmueble de calle San Lorenzo N° 1189 de esta ciudad, dentro de los 10 (diez) días de notificados de la presente, bajo apercibimiento de desahucio. Impone las costas a la demandada y difiere la regulación de honorarios para cuando los profesionales intervinientes observen el art. 9 de la Ley 5822. A 228/232 apela la demandada. Corrido el pertinente traslado, el mismo fué contestado a fs. 262/265. Concedido el recurso libremente y en ambos efectos se elevan a la Excma. Cámara las presentes actuaciones. A fs. 340 se llama Autos para Sentencia, integrándose la Sala con sus miembros titulares. Dicha integración se encuentra firme y consentida y la causa en estado de resolución.- La señora Vocal Dra. Analía I. Durand de Cassís presta conformidad a la precedente relación de la causa.- A continuación la Excma. Cámara plantea las siguientes: CUESTIONES PRIMERA: ¿Es nula la sentencia recurrida? SEGUNDA: ¿Debe ser confirmada, modificada o revocada? A la primera cuestión, el señor Vocal Dr. Julio Eduardo Castello dijo: I.- Que el recurso de nulidad implícito en la apelación (art. 254 C.P.C.) fue expresamente sostenido en el largo memorial de agravios. Esta extensa exposición puede resumirse en dos aspectos referidos -ambos- al procedimiento de la primera instancia. El primero de ellos es la queja referida a la actuación del Ministerio Público y al proveimiento que tuvieron las peticiones de dicho órgano. El segundo motivo se refiere a la falta de intervención del ex - esposo de la demandada y padre de la menor Malena Arnaudo. A este respecto señala el nulidisciente que el Juez a quo omitió hacer comparecer a esta persona. Es decir que los fundamentos del recurso de nulidad de la demandada son -con toda evidencia- vicios de forma. Errores ?in procedendo? que son considerados pacíficamente como materia de nulidad (conf. Couture, Fundamentos, N° 241, pág. 382, ?Depalma?, Bs.As., 1964). Dentro de este ámbito se perfilan dos tipos de nulidad que surgen del art. 254 C.P.C.: la nulidad por defectos de la sentencia (Loutayf Ranea, El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil, T. II, pág. 426, ?Astrea?, Bs.As., 1989) y la nulidad por defectos del trámite (Loutayf Ranea, op. y t. cit., pág. 430). II.- Que en el caso de autos surge con toda claridad que los vicios apuntados por la demandada recurrente se refieren al trámite. Concretamente: a la falta de proveimiento de pretensiones de la parte del Ministerio Pupilar, además la ausencia de citación al juicio del ex - esposo de la demandada, padre de la menor Malena Arnaudo. III.- Que en estos autos, clausurado el período probatorio, el Juez llamó autos para sentencia conforme al art. 483 C.P.C. Esta providencia está firme y consentida. En estos casos, es criterio invariable de esta Sala en su actual integración, que ?...Al respecto es criterio ?nemine discrepante? que ?como bien enseña Peyrano, "el consentimiento de la providencia que llama los autos para dictar sentencia o que de otro modo advierte a las partes acerca de que la causa pasará a despacho para ser resuelta, purga las irregularidades procedimentales de que pudiera adolecer el trámite" (Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, N° 610, pág. 173, Rosario, 1983; conf: Alsina, Tratado, T. III, pág. 716, Bs.As., 1961; Colombo, Código de Procedimiento Civil Comentado, T.I, pág. 378, Bs.As., 1965). Y esta convalidación se produce, repito, con el consentimiento del llamamiento de autos para resolver (conf. Arazi-Rojas, Código Procesal Civil Comentado, T.II, pág. 541, Santa Fé, 2001; Fenochietto, Código Procesal Civil Comentado, pág. 439, Bs.As., 2000 Interlocutorio N° 74 de 1°-IV-03, expte. N° 464, fallo N° 9 de 16-II-11, expte N° 11458, fallo n° 22 de 12-IV-13, expte N° 30653, Sala N°1) IV.- Que el segundo fundamento de nulidad es, como dije precedentemente, la falta de intervención del ex - esposo de la demandada, quien sería, además, hijo del actor. Como la parte demandada, ni en primera instancia ni ahora, al recurrir de nulidad, específica a qué efectos se pretende esta citación, ello determina que no podemos saber si pretendía una integración de litis (Martínez, Procesos con Sujetos Múltiples, pág. 190 y 191, La Rocca, Santa Fé, 1987) o se requería una intervención obligada de tercero (conf. Martínez, op. y t. cit. pág. 330 y sig.) De todos

modos esta situación ya está perimida conforme al art. 94 C.P.C. IV.- Que conforme a lo que va dicho, se advierte que el recurso de nulidad de la demandada es improcedente y así voto. A la misma cuestión, la Dra. Durand de Cassis dijo: Que adhiere.- A la segunda cuestión, el Dr. Julio Eduardo Castello dijo: I.- Que Hilario Domingo Arnaudo, por apoderado, demandó a María Laura Aranda y a cualquier otro ocupante, por desalojo del inmueble de la calle San Lorenzo 1189 de esta ciudad. Invoca su calidad de usufructuario. Explica que la demandada es comodataria precaria de esta finca. Narra que Arnaudo había donado este inmueble a sus hijos, con reserva de usufructo vitalicio. Explica que un hijo suyo estaba casado con la demandada y que por ello autorizó la ocupación del matrimonio a título de comodato precario. Sigue relatando que el matrimonio tuvo una hija y que luego se disolvió la unión por divorcio. Explica que requirió la devolución de la finca, a lo cual la demandada se negó. II.- Que María Laura Aranda, se presentó por apoderado contestando la demanda. Reconoce habitar el inmueble reclamado, así como la entrega por su ex - suegro. Pero se niega a devolver con dos fundamentos: a) que no tiene a donde ir; b) que le corresponde el comodato a título de obligación alimentaria de su ex - suegro, a favor de su nieta, hija del matrimonio de la demandada con un hijo del actor. III.- Que así trabada la litis se rindieron pruebas que fueron agregadas. Luego se llamaron autos para sentencia. Posterior a este llamado pero anterior a la sentencia, se dió intervención al Ministerio Pupilar. IV.- Que el Juez a quo dictó la sentencia N° 17 de 1°-III-16 de fs. 212/215 por la cual hizo lugar a la demanda con razones serias y bien expuestas. En primer lugar establece que decidirá conforme a las disposiciones del Código Civil abrogado por ser -dice- la ley vigente al tiempo de producirse los hechos y actos sobre los cuales se está litigando. Y ello es, a mi entender, totalmente conforme a derecho, habida cuenta las exposiciones de ambas partes. Se trata de la aplicación de los arts. 3° del Código Civil de Vélez que concuerda con el art. 7° del Código nuevo y que ambos tienen su origen en una constitución de Teodosio y Valentiniano recogida por Justiniano en su Código (Libro I, tít.14, const. 7ª.) A este respecto, Rivera y Crovi dicen que ?la relación jurídica procesal se constituye con la demanda y contestación (y eventual reconvencción y contestación). De modo que ?cambiar el derecho aplicable a esa relación jurídica importaría tanto como volver sobre su constitución, lo que incluso violentaría el criterio inspirador del art. 7°? (Parte General, N° 8, pág. 137, ?Abeledo-Perrot?, Bs.As., 2016; conf. Causse-Pettis, Código civil y Comercial Explicado, T. I, pág. 17, ?Estudio?, Bs.As., 2015). Conforme a lo dicho, y compartiendo el enfoque del Juez a quo, procederé aplicando el Código abrogado. V.- Que en cuanto a la legitimación activa, está fuera de toda duda que el usufructuario la tiene para esta acción, conforme lo dispone el art. 2876 del Código de Vélez (conf. Lafaille, Derecho Reales, Tomo II, n°s 135 a 137, pág. 429, ?Ediar?, Bs.As., 1944; ídem Areán, Juicio de Desalojo, pág. 222, ?Hammurabi?, Bs.As., 2004). Por lo cual coincido con el Juez a quo. VI.- Que otro fundamento -tal vez el más importante- es que el Juez a quo considera probada la existencia del comodato. Se basó para ello en la circunstancia de que la demandada no objetó su existencia. Ello es correcto. Y además la demandada no solo no refuta la relación contractual comodataria, sino que la invoca cuando pretende extender los efectos de este contrato con el fundamento de la obligación alimentaria que, dice, el actor tiene para con su nieta que convive con la demandada. Este contrato de comodato precario está pues, plenamente probado. VII.- Que en lo que respecta la obligación alimentaria que tiene el abuelo, es de tener en cuenta que, en primer lugar, la menor hija de la demandada no fue, a su vez, demandada por reconvencción. La contrademanda es admisible en el juicio de desalojo pues se rige por las normas del juicio sumario (art. 670 C.P.C.) y entonces se puede reconvenir (conf. Arean, op. cit. págs. 438 y sig.). Por supuesto que la menor no podía reconvenir por sí, pero podía hacerlo su madre como representante legal. En cuanto a las extensas citas de disposiciones fundadas en la convención internacional aprobada por ley 23. 849 es de tener en cuenta que estos derechos, como todos los derechos en la Argentina se ejercen ?conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio? tal como el reza el art. 14 de la Constitución Nacional. Y en el caso de los alimentos, la proximidad en el parentesco determina el orden de prestación (art. 367, inc. 1° Código de Vélez). Es decir que el de grado más cercano tiene la carga de probar su imposibilidad (art. 370 del Código de Vélez). Y esto no se ha dado en el caso de autos. VIII.- Que en cuanto a la presentación de fs. 208 del Ministerio Pupilar, la misma es inadmisibles. Es de señalar que el cuidado de los hijos es una obligación de los padres (art. 265 del código abrogado, art. 646 C.U.) Y respecto de la gestión ante el Consejo Provincial de la Niñez se trata de un tema totalmente ajeno a la competencia de la Cámara (art. 30 del decreto-ley N° 26/2000). Tal es el criterio de esta Sala en sentencia N° 33 de 27-V-16, expte N° 2018. Y es coincidente con el criterio expuesto por el suscrito en sentencia N° 74 de 6-XII-16, expte N° 2295 con voto del suscripto y de la Presidencia de la Cámara. IX.- Que por lo expuesto me expido por la confirmación de la recurrida con costas a la apelante y así voto. La señora Vocal Dra. Analía I. Durand De Cassis dijo: I.- Compartiré las conclusiones a que arriba el Sr. Vocal preopinante en relación al tema sustancial a resolver en este proceso, considerando pertinente agregar las siguientes argumentaciones, referidas a los agravios de la recurrente. Formularé disidencia en lo que refiere a la intervención del Ministerio Pupilar. II.- Los agravios de la recurrente giran en torno a un tema central que es la ?discriminación positiva? invocada como vulnerada, en relación con la interpretación y aplicación del art. 75 inc. 23 de la CN, en la valoración de la situación de la menor Malena Josefina Arnaudo. Esta norma constitucional incorpora lo que los constituyentes han denominado también, ?discriminación inversa?, ?acciones positivas? para calificar a aquel grupo o categoría de

personas que reúnen determinadas condiciones - de vulnerabilidad - lo que hace que se les brinde cierta preferencia en su tratamiento legislativo y en el diseño de las políticas de Estado al respecto. Lo que se pretende es igualar el punto de partida en la competencia con aquella otra categoría que tiene, o se presume, mayores posibilidades. En la regla que analizamos son cuatro: los niños, ancianos, mujeres y personas con discapacidad. (Sabsay Daniel - Dcho. Const. De la Nación Argentina, hammurabi, Bs.As. 2010, T.3, p.758/92). Es decir que el caso de autos estaría dentro de esa distinción. III.- En la norma en cuestión se hace referencia a dos conductas requeridas al estado, ¿legislar y promover?; es decir que está mayormente dirigida al legislador, vista la ley como herramienta para clasificar, crear disparidad en pos de la igualdad y a través de la ley. En relación a los alcances y operatividad de la norma podemos coincidir - con moderado entusiasmo - con Barbaroch cuando sostiene que si bien no se incorpora el ¿igualitarismo?, en nuestra Carta Magna, sí se advierte una noción de justicia que las políticas gubernamentales deben considerar, con antelación a la eficacia económica de la medida. (Nota N°98 de la obra supra citada - La igualdad real de oportunidades en Estudios sobre la reforma constitucional de 1994, direcc. G. Bidart Campos, ed. 1995). El legislador sí ha respondido al mensaje del constituyente. A nivel nacional con el dictado de la ley 26.061, a nivel provincial con la ley de adhesión N° 5773 t el Dto. 257/08 (creación del COPNAF), para destacar normas esenciales en la temática, además de la incorporación de los nuevos paradigmas al CUN, que la jurisprudencia ha ido elaborando. Cabe formular el interrogante de cómo debe conducirse la judicatura ante los casos sometidos a su jurisdicción. Sin dudas que debe actuar y decidir a la luz de las directivas que emanan de esta norma rectora y de las que son su derivación, tendiéndose siempre presente otra regla directriz para la interpretación jurídica, que es aquella también de rango constitucional que consagra el principio de razonabilidad; es decir que los derechos se gozan y ejercen conforme las leyes que reglamenta su ejercicio, art. 28 CN. Con estas normas elementales se realiza la interpretación del caso, donde no se advierte vulnerado el principio invocado. IV.- En primer término, no se advierte desatención del Ministerio Pupilar, organismo que ha propiciado medidas complementarias que fueron ordenadas por el Juzgado, pero no cumplimentadas por ninguna de las partes. Se interpreta que la Sra Juez de grado dictó su sentencia sin esas medidas, partiendo de un presupuesto relevante para la solución del caso; la obligación de proveer vivienda a la menor es en primer lugar de los progenitores y, solo de manera subsidiaria, de los ascendientes. Siendo que el accionante viene a ser su abuelo paterno, no tiene esa obligación como principal y no es este el ámbito para discutir -en su caso- si los progenitores se hallan o no en condiciones de proveerla, para en su caso, excluirlos y recurrir a la línea de parentesco ascendente (arts. 658; 668 del CUN, en concordancia con el art 265 CC y demás normas referidas a alimentos entre parientes). Por lo tanto, en autos no hay déficit en la interpretación y aplicación de la normativa pertinente al caso, al tipo de proceso, el recupero del uso de un bien respecto del cual el accionante es usufructuario, en relación con la situación de la menor Malena Arnaudo, planteada en autos y la consideración que su situación requiere desde la óptica que brinda toda la normativa relacionada. El Estado Argentino ha legislado en consecuencia y se opera al respecto con criterios interpretativos y orientadores allí fijados, considerando el ¿interés superior del niño?. Mas, esos derechos se relacionan con todos otros, como el de la responsabilidad parental, arts. 638 y 646 del CUN, los cuales tienen como fuente los arts. 264 y 265 del CC, a los que hemos hecho referencia precedentemente. Por lo tanto la ¿discriminación positiva? señalada, no se observa, pues las políticas que implementa el Estado al respecto, son proactivas, sin que se advierta la necesidad en caso de la existencia de ambos progenitores, de suplir sus obligaciones. V.- Si hubiera deficiencias u omisiones al respecto, discurrirán por las vías pertinentes, pues no se debe perder de vista que los derechos se ejercen conforme a las normas que regulan su ejercicio, como reiteradamente se ha dicho. Por lo tanto, sin entrar a meritarse la fortaleza de los vínculos familiares invocados en autos, ya que no es el tema principal en tratamiento, el actor tiene derecho al recupero del uso y goce del bien, no siendo este proceso con un objeto específico el indicado para discutir el acceso a vivienda digna de la joven Malena Arnaudo., y las obligaciones al respecto de los progenitores. En lo que refiere a la intervención del Ministerio Pupilar propiciaré que se ejecuten las medidas dispuestas en primera instancia, congruente con la posición adoptada en cuanto a las conductas proactivas a implementar en relación a esta categoría de personas; además ello no incidirá en el resultado de la decisión final. Así visto el tema este aspecto no devine extraño a la temática abordada, pues como se ha visto, una joven habita el lugar con la demandada y pese a no ser traída al proceso como parte en el sentido estricto procesal, le afectará la decisión directamente, como surge de las constancias de autos, por lo que no advierte, en este contexto, como innecesarias o extrañas las mismas. Por ello formulo disidencia en este puntual aspecto, proponiendo se concreten las medidas dispuestas, en la instancia de origen y una vez firme la presente. Así voto. La Sra. Presidente Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni dijo: Dado que los votos son coincidentes en confirmar la orden de desalojo, entiendo que ello me exime de expedirme al respecto. Lo que sucede es que la Dra. Durand de Cassis, propone además, a raíz del pedido efectuado a fs. 208/vta. por el Asesor de Menores e Incapaces, poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Provincial y Municipal la situación que atraviesa la demandada (nuera del actor) y su niña (nieta del actor) que convive con ella a fin de que, a través de sus organismos competentes COPNAF, Secretaría de Desarrollo Humano de la Provincia y Subsecretaría de Coordinación de Políticas Sociales de la Municipalidad de esta

capital, tomen a su cargo la instrumentación de acciones positivas para la protección de estas. Voy a acompañar este agregado por las razones que a continuación expongo: Últimamente ha cobrado particular desarrollo una extensa bibliografía en derredor de los alcances, validez y efectos que tienen las sentencias que dictan los tribunales para decidir cuestiones de gran trascendencia pública, abogándose -inclusive- desde algún sector de la doctrina, a favor de nuevos tipos o modalidades de sentencias, a las que se ha dado en llamar sentencias exhortativas, diferenciándolas de los modelos clásicos de sentencias. La solución que propicia la Dra. Durand de Cassis, se trata de una decisión prudente, que mide las consecuencias políticas de la orden de desalojo que involucra a una madre y su hija, y que prefiere evitar males mayores, brindando una solución equilibrada que atiende a los derechos sociales involucrados. De este modo se compatibiliza el respeto a la orden jurisdiccional con el principio constitucional de funcionalidad del sistema judicial. Adhiero al voto de la Dra. Durand de Cassis y me expido en idéntico sentido. Así voto.- Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, pasado y firmado, todo por ante mí, Secretaria autorizante, de lo que doy fe.- SENTENCIA Corrientes, 02 de agosto de 2017.- Por los fundamentos de que instruye el Acuerdo precedente; SE RESUELVE: 1º) No hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar el Fallo Nº 17/2016.- 2º) Poner en conocimiento de la situación al Poder Ejecutivo, a fin de que a través de sus organismos competentes, tome a su cargo la instrumentación de acciones positivas de protección.- 3º) Imponer las costas de alzada a la apelante.- 4º) Insértese copia al expediente, regístrese, notifíquese y oportunamente vuelva al juzgado de origen. FDO. DRA. MARIA EUGENIA SIERRA DE DESIMONI (PRESIDENTE DE CAMARA) - DR. JULIO EDUARDO CASTELLO - DRA. ANALIA INES DURAND DE CASSIS (JUECES DE CAMARA) - DRA. MARIA SILVINA CARDOSO (SECRETARIA).- 021119E