

_____ Salta, 20 de octubre de 2017.- _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**H., J. C. vs. M., S. V. y/o cualquier otro ocupante - DESALOJO**" - Expte. N° 488948/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 8º Nominación; **Expte. de Sala**, y _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ I) Contra la sentencia de fs. 139/141 que desestimó el desalojo promovido por el Sr. J. C. H. , interpuso recurso de apelación el actor (fs. 143). Al fundarlo (fs. 146/149), dice que la sentencia es incongruente, arbitraria, ilegítima, carente de fundamentos y sustento jurídico. Que la Sra. Juez en grado se apartó de la pretensión incoada, apoyando lo resuelto en cuestiones ajenas a la relación jurídica sustancial expuesta por las partes. Sostiene que ello viola principios y garantías constitucionales como el debido proceso, igualdad ante la ley y acceso a la justicia. _____

_____ Afirma que la medida de exclusión de hogar dictada en un proceso de familia, de ninguna manera puede constituir un fundamento válido para rechazar la acción de desalojo. Que la mención a su existencia, tuvo por único objeto poner de manifiesto la fecha desde la cual la demandada ocupa el inmueble. Argumenta que la exclusión de hogar es una medida precautoria, dictada en el marco del proceso de violencia familiar de carácter urgente, dispuesta inaudita parte, con anterioridad a la investigación de los hechos denunciados, que ha perdido vigencia y por ello, no resulta idónea para crear derechos a favor de la presunta víctima. _____

_____ Expresa que el fallo viola el principio de congruencia. Que la sentenciante se ha apartado visiblemente de las normas aplicables al caso concreto, demostrando una total desaprensión por la ley y despojando del usufructo sobre el inmueble objeto de litis a su único titular, a pesar de reconocerle ese carácter y el de ocupante, de la demandada. Entiende que la Sra. Juez en grado omitió valorar que la accionada negó su calidad de comodataria respecto del inmueble y que alegó haber realizado aportes para su adquisición, sin probarlo. _____

_____ Se agravia porque la Sra. Juez a quo decide que la cuestión debe ser dirimida en un juzgado de familia. Entiende que ello constituye un supuesto

de denegación de justicia y que traerá como consecuencia, que la pretensión en esa sede sea rechazada in límine en razón de la materia. Que el juez de familia se declarará incompetente y remitirá las actuaciones a un juez civil, que también la rechazará por aplicación del principio non bis in idem. _____

_____ Afirma que si obtiene el levantamiento de la medida cautelar de exclusión de hogar en el proceso de familia, ello no trae como consecuencia inmediata el desahucio de la demandada y que su parte deberá recurrir nuevamente ante un juez civil. Dice que el derecho de usufructo del que es titular su mandante, no exige que éste deba necesariamente residir en el inmueble, ya que su ejercicio puede limitarse a la percepción de los frutos que el bien produzca o la cesión de su uso a terceras personas. _____

_____ Entiende que la atribución de competencia a un juez de familia, resulta absurda, arbitraria, de imposible cumplimiento y que si la demandada considera que necesita de la ayuda del padre de su hijo, para procurarle una vivienda digna, ello sí es materia de un proceso de familia. _____

_____ Reitera su ofrecimiento de proveer a la demandada y a su hijo, un inmueble apropiado para su residencia, mediante el pago de un alquiler a su exclusivo costo. _____

_____ Corrido pertinente traslado, el mismo es contestado por la Sra. S. V. M., a fs. 152/153, quien expone que habita el inmueble porque el menor F. H. M. es titular registral y nudo propietario del mismo. Que existe una medida precautoria para proteger el núcleo familiar y que el apelante no ha acreditado que cesaron las circunstancias que justificaron su dictado, a fin de revertir esa medida. Solicita el rechazo del recurso, con costas. _____

_____ A fs. 166/167 emite dictamen la Sra. Asesora de Incapaces N° 2 y a fs. 171/172 lo hace el Sr. Fiscal de Cámara. Ambos se expiden por el rechazo del recurso. _____

_____ II) No se encuentra controvertido en autos que ambas partes vivieron en unión convivencial, que el inmueble cuyo desalojo se pretende, constituyó la vivienda familia de la pareja y que actualmente, reside allí la demandada junto al hijo de ambos. El niño es además titular de la nuda propiedad del bien. _____

_____ Corresponde poner de relieve que en este proceso, no se encuentra en juego el derecho de la demandada a la habitación del inmueble que fuera el lugar donde residía la familia, antes de la ruptura de la unión convivencial -situación que actualmente se encuentra contemplada expresamente en el art. 526 del CPCC-, sino el derecho del niño, hijo de ambos, a tener garantizado un lugar para habitar. La obligación de proveerlo pesa en cabeza de ambos progenitores, conforme lo establece el art. 659 del CCCN, que determina el contenido de la obligación alimentaria, entre la que se encuentra la habitación.

_____ Frente a esa circunstancia -obligación del actor de prestar a su hijo alimentos, que comprenden la vivienda-, la pretensión de desalojo deducida en este proceso, excede claramente el marco procesal previsto en el art. 691 del CPCC y resulta por ello, improcedente. _____

_____ Esta Sala tiene dicho que el juicio de desalojo podrá ser promovido por quienes tengan derecho a la recuperación de la tenencia de inmuebles urbanos o rurales, contra todo aquel cuya obligación de restituirla fuere exigible. El uso del vocablo tenencia por un lado, como la referencia a una obligación de restituir, por el otro, en el texto del art. 691 del CPCC, descartan el proceso de desalojo allí reglado, contra quien ocupa el inmueble por algún otro título (CApelCCSalta, sala IV, t. XXXIX-S, fº 444). _____

_____ Para la procedencia de la acción pretendida en este proceso, es necesario determinar si la demandada y su hijo, cuentan con derecho a permanecer en el inmueble, en virtud de la obligación alimentaria que pesa sobre el Sr. J. C. H. y tal cuestión -que se encuentra vinculada además a un conflicto familiar-, no puede ser discutida por esta vía. _____

_____ El caso traído a resolver no puede quedar atrapado en el reducido marco de las relaciones jurídicas estrictamente patrimoniales, prescindiendo de la causa fuente de los derechos-deberes derivados del estatuto legal que regula el vínculo familiar que liga a las partes, ya que el mismo desborda los confines de la locación, el comodato y la intrusión. Coincide la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, en excluir la demanda de desalojo, promovida por un concubino, titular del inmueble, contra su pareja e hijos menores: SCBA 5/6/90 en La Ley, 1990-D, 201; ídem 23/4/90, en La Ley, 1990-D, 95; CCC

San Martín, sala II 18/3/03, en LLBA, 2003-774; CCC 1ra. San Nicolás, 29/9/94, en JA, 1995-III-268; CNCiv. sala H 20/4/04, en La Ley, 2004-C, 1056; ídem 27/6/02 en La Ley, 2002-F, 530; CNCiv. sala F, con voto del Dr. Zannoni, del 30/4/03, en Revista de Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, 2004-I-9, con comentario laudatorio de Néstor Solari; CCC San Isidro, sala 1ra., 19/11/02, en Revista de Derecho de Familia, op. cit. 2003-I-95, con nota laudatoria de Jorge Azpiri; CCC San Isidro, sala I, 26/5/98, en JA 1999-II-384, con comentario de Jorge Zago y en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, t. 22, p. 435; CCC San Martín, sala II, 18/2/03, en Rev. Der. Pvd. y Com. cit. T. 2003-3-401; CCC San Isidro, sala I, 19/11/02, en Rev. Der. Pvd. Com., T. 2003-I-476; Salgado: "Locación, comodato y desalojo", Ed. La Rocca 1992, p. 288; Bossert, Gustavo: "Régimen jurídico del concubinato", Ed. Astrea, 2003, ps. 167/69; Kemelmajer de Carlucci Aída: "Protección jurídica de la vivienda familiar", Ed. Hammurabi, 1995, ps. 393/94; citados por CApel. de Concepción del Uruguay, sala Civ y Com; R., P. A. c. S. de G., M. D. y su acumulado - 25/07/2005; cita online: AR/JUR/1897/2005). _____

_____ III) El recurrente se agravia porque considera que se ha violado el principio de congruencia. _____

_____ Es éste un mandato-deber puesto en cabeza del juez, como criterio rector de la función jurisdiccional, al que debe atenderse rigurosamente como imperativo del debido proceso legal. En precedente de esta Sala se sostuvo que de acuerdo al principio de congruencia establecido por los arts. 34, inc. 4 y 163, inc. 6 del CPCC, la sentencia no puede ir más allá de lo que el mismo interesado ha reclamado; entendida la congruencia como la conformidad que debe existir entre el fallo y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto de la litis, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. El principio de congruencia implica que éste no pueda contener ni más ni menos que lo pedido por las partes, ni tampoco algo distinto (ver CJSalta, t. 39, fº 1731/1741; Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial del la Nación, comentado y concordado", ed. Astrea, t. 1, 1993, págs. 138, 139; citados por CApelCCSalta, sala IV, t. XXXII, fº 191; t. XXXVI-I, fº 508). _____

_____ En el caso, no se advierte violación al principio de congruencia, en tanto la problemática familiar que opera de trasfondo de este proceso, ha sido planteada por las partes en sus presentaciones (cfr. fs. 18/21 y 65/69). Corresponde al Juez realizar el encuadre jurídico del conflicto, para lo cual no se encuentra limitado por las argumentaciones de las partes. En el caso, la Sra. Juez en grado advirtió el dictado de medidas cautelares en el proceso de violencia, la problemática familiar subyacente y consideró que ésta no era la vía idónea para ordenar la restitución del inmueble. _____

_____ Tal solución resulta acertada, en tanto el actor se encuentra obligado a prestar alimentos a su hijo y como consecuencia de ello, no es posible establecer en el marco de este proceso sumarísimo, si la demandada carece de título para permanecer en el inmueble, junto al hijo de ambos, cuestión que, tal como lo entendió la sentenciante, excede la competencia de un juez con competencia civil y comercial. _____

_____ Resulta errada la afirmación del recurrente, que sostiene que lo resuelto constituye un caso de denegación de justicia, puesto que la atribución del uso del inmueble cuyo desalojo se pretende, debe ser dilucidada en el marco de un proceso de alimentos, en el que se asegure al menor una vivienda, extremo que no puede ser discutido en este marco, aún cuando el actor ofrezca hacerse cargo del pago de un alquiler (cfr. fs. 148 vta. in fine). _____

_____ Esta Sala tiene dicho que el interés superior de los niños, es la pauta principal que debe tener en cuenta un tribunal en la resolución de los asuntos vinculados a menores. Tal principio se encuentra consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que fuera aprobada mediante la sanción de la ley 23.849, cuyo rango constitucional resulta incuestionable a la luz de lo normado por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación, en cuanto prescribe que en todas las medidas concernientes a los menores que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será “el interés superior del niño” (cfr. CApelCCSalta, sala III, fallos año 2006, fº 731; íd. fallos año 2007, fº 574). La jurisprudencia ha sentado que, aun cuando el inmueble en el cual se asienta el hogar familiar reviste el carácter de bien propio del progenitor que no posee la custodia del menor,

corresponde atribuir dicho inmueble al progenitor que tiene la guarda de mismo, fruto de la unión concubina mantenida entre las partes ya que, el propietario no puede reclamar el desalojo sin dejar satisfecho el derecho a la vivienda de los hijos a quienes debe alimentos. En tal supuesto, sostiene Zannoni, la protección de la vivienda a favor de los hijos menores traslada el centro de la gravedad de la cuestión a lo asistencial y desplaza el puro interés patrimonial determinado por el cese de la convivencia (Derecho Civil, Derecho de Familia, t. II, p. 282, citado por CApelCC. Lab y Min., Trelew, Chubut sala A, 15/12/09, SAIJ, sumario nº Q0023123; íd. La Ley online AR/JUR/47325/2009).

Asimismo, se dijo que es improcedente el desalojo promovido por el ex concubino titular del inmueble contra su pareja e hijos menores, toda vez que cuando se encuentra comprometido el interés de los menores de satisfacer su necesidad de vivienda, se debe hacer prevalecer el interés de los hijos por sobre los derechos de propiedad del progenitor, porque el cónyuge que habita el inmueble sigue ostentando la tenencia de los menores (cfr. CApel. de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 25/07/05, La Ley on line, AR/JUR/1897/2005).

No procede la acción de desalojo cuando los ocupantes del inmueble son la ex concubina y los hijos menores nacidos de la unión de hecho con el actor. Como parte integrante de la obligación alimentaria, los convivientes deben proporcionar vivienda a los hijos comunes menores e incapaces, por lo que cualquier acción de uno de los progenitores tendiente a excluirlos del inmueble donde han quedado bajo la guarda del otro, debe ser declarada absolutamente improcedente. Ello así, pues se encuentra comprometido el interés superior de los menores, tutelado por disposiciones que conforman el orden público constitucional -art. 11, Convención sobre los Derechos del Niño, e inc. 22, art. 75, Constitución Nacional- (CApeldeCircuito, Santa Fe, 28/11/06, Rubinzal Culzoni online, nº 507/07; CApelCCSalta, sala IV, t. XXXI, fº 1094).

Por todo lo expuesto y compartiendo lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces Nº 2 y por el Sr. Fiscal de Cámara, corresponde rechazar

el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 143, con costas (art. 67 del CPCC). _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA CUARTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL** _____

_____ I) **NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 143. Con costas. _____

_____ II) **REGÍSTRESE**, notifíquese y **BAJE**. _____

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: Dres. José Gerardo Ruiz - Soledad Fiorillo SECRETARIA: Dra. María Guadalupe Villagrán - SALA IV, T.XXXIX – S, f° 494/497, 20/10/17.-