



Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Dolores.

Belgrano N° 160 - 7100 Dolores (Bs. As)- Tel-Fax: (02245) 441592 / 441990 / 446343

Pagina web: www.colabdol.com.ar E mail: colabdol@fairweb.com.ar

CIRCULAR N° 559/02

UNREGISTERED

Dolores, 05 de diciembre de 2.002.-

Created by Unregistered Version

**REF: “ Jurisprudencia de San Isidro (Cám. Apelac. Civ. y Com. Sala I);
DESALOJO - POSESION - CONCUBINATO -VIOLENCIA;
Fallo, JAUN Alicia Mercedes c / ACUÑA Juan Bautista s-desalojo ”.-**

1. El concubino no es intruso, ni comodatario, ni tenedor de lo cual se deriva que no existe a su respecto un título autónomo de detención del inmueble de propiedad de su concubina y **puede ser en principio desalojado por quien se fue de su propiedad por ser sometida a violencia** ya que "la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo, permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a "cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible"
2. La mera existencia del concubinato no da derecho a uno de los concubinos a continuar ocupando el inmueble propiedad del otro, máxime cuando la propietaria tuvo que abandonarlo por haber sido sometida a violencia por parte de su pareja.
3. No es suficiente para impedir el desalojo alegar la existencia de la convivencia ya que la sola existencia de concubinato no hace presumir una sociedad de hecho, ni **concubinato con convivencia**.
4. Para evitar el desalojo el concubino que alegue ser condómino, por haber realizado aportes para la compra del bien comprado debe iniciar la acción de división de condominio unido a la acción por interposición de persona o simulación, solicitar en ellas una medida de no innovar con respecto al uso del inmueble, y probar los aportes.

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de noviembre de dos mil dos, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. CARMEN CABRERA DE CARRANZA y GRACIELA MEDINA, para dictar sentencia definitiva en el juicio: "JAUN Alicia Mercedes c — ACUÑA Juan Bautista s-desalojo", y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. MEDINA, CABRERA DE CARRANZA, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Debe modificarse la sentencia apelada?

VOTACION

A LA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DRA. MEDINA:

I.-

La sentencia de fs. 224/227 hizo lugar a la demanda promovida por Alicia Mercedes Jaun contra Juan Bautista Acuña y lo condenó a desalojar el inmueble y el garaje de la calle Urquiza 2245 de la localidad de Florida, partido de Vicente López, provincia de Buenos Aires.

Contra ella se alza el demandado quien a fs. 236/239 se queja de que: 1) el juez lo haya condenado a desalojar en inmueble sin tener en cuenta que su parte está casada en la República del Paraguay con la actora, circunstancia que no ha podido acreditar debidamente, porque se ordenó el desglose de las partidas; 2) en la sentencia no se haya tenido en cuenta que su parte vivió 25 años en concubinato con la accionante, lo que debió hacerle presumir al juez que su parte hizo aportes para la compra 3) que se haya condenado al desalojo de los hijos menores que son beneficiarios del bien de familia inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble; 4) que no se lo haya juzgado tenedor del bien

UNREGISTERED

Created by Unregistered Version

Para dar respuesta al interrogante inicial, previo a todo voy a realizar un relato de los hechos, luego haré algunas consideraciones teóricas en torno al difícil tema del desalojo de un concubino para fundamentar las razones de mi voto

II- HECHOS

Alicia Mercedes Jaun vivió en concubinato, aproximadamente, durante 20 años con Juan Bautista Acuña, a los 54 años de edad denuncia ante la Policía ser víctima de violencia familiar y ante la negativa de su concubino de retirarse del inmueble de su propiedad se retiró de la casa habitación en agosto de 1997.

Alicia Mercedes Jaun es la propietaria del inmueble que se ubica en la calle Gral. Urquiza 2239, según constancia de la escritura que se agrega a fs. 44/45.

Este inmueble fue inscripto por Alicia Mercedes Jaun como bien de familia siendo sus beneficiarios sus hijos Maximiliano Acuña Jaun, y Cristian Acuña Jaun.

En su carácter de titular registral del bien, la propietaria intimó de todas formas a su ex concubino, para que se retirara del inmueble sin lograrlo, y firmó un contrato de comodato del garaje.

El concubino no restituyó el bien, ni restituyó la vivienda, ni tampoco devolvió el garaje entregado en comodato, motivo por el cual la Sra. Jaun inició proceso de desalojo solamente contra Acuña y no contra sus hijos que permanecieron viviendo en el inmueble con su padre.

El juez hizo lugar a la demanda y esta es la resolución que se encuentra apelada.

III- DEL CARACTER DE EX CONCUBINOS DE ACTOR Y DEMANDADO

Aunque el demandado alegue que existía un matrimonio entre su parte y la Sra. Alicia Mercedes Jaun no existe ninguna prueba de ello, estando por el contrario acreditado que las partes se encontraron unidas en concubinato durante largo tiempo y que tuvieron dos hijos en común.

La prueba más evidente de que no existía matrimonio entre las partes surge de la absolución del demandado quien afirma que estaba casado con la Sra. Elena Robak a fs. 174, y de la partida de matrimonio que se agrega a fs. 57, de donde surge que el divorcio vincular entre Robak y Acuña se dictó en el año 1996.

Ello así si el Sr. Acuña afirma que estaba casado con otra mujer, mal puede sostener estar legítimamente unido en matrimonio con la accionante.

IV- PROCESO DE DESALOJO

El proceso de desalojo, previsto en el artículo 676 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires tiene por objeto lograr la recuperación del uso y goce de un bien inmueble, cuando media una obligación de restituir exigible; es un proceso especial que resulta de una acción personal.

En el presente voy a adentrarme a tratar de si la concubina puede desalojar a su concubino cuando finalizada la unión de hecho ésta continua habitando la vivienda de propiedad de su ex compañera.

Concretamente, voy a analizar cual es el carácter por el cual el concubino detenta el inmueble, a fin de precisar si la actora está legitimada activamente para lograr su desahucio

a) Concubino como intruso.

La intrusión carece de una caracterización legal. Según la Doctrina es intruso quien ilegalmente y careciendo de derecho se introduce en un inmueble. Por ende, quien tuvo el consentimiento voluntario de su propietario, no podrá ser calificado de intruso aun cuando permanezca en la detentación de la tenencia. (Alvarez Alonso, S, "El desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación.", Bs. As, 1966, p 57.)

En la década pasada múltiples pronunciamientos judiciales hicieron lugar a la demanda por desalojo contra el concubino por considerarlo un intruso (Cnpaz, Sala VI, 17/11/69, LL 140-124)

La Jurisprudencia, después de sufrir una evolución en este aspecto estableció que "no es aceptable sostener que a la concubina se la pueda considerar intrusa porque se niega a desocupar el inmueble cuando así se lo requiere su compañero, después de haber convivido con el.". Hoy en día la mayoría de los tribunales del país rechazan la acción de desalojo instaurada contra la concubina cuando se la pretende excluir del uso del bien inmueble alegando su carácter de intruso.

Coincido con tal solución porque intruso es quien ha entrado en la cosa contra la voluntad del dueño e innegablemente la concubina ingresa al inmueble contando con la expresa conformidad de su compañero.

b) Concubino como tenedor

Según Alsina el tenedor es quien ha entrado a ocupar un inmueble por efecto de tradición, como consecuencia de un contrato que le acuerda la tenencia de la cosa quedando comprendidos: el locatario, el colono parciario, el comodatario, el depositario, mandatario, administrador, gestor, guardador, y todo aquel que reciba la cosa con obligación de restituirla(ALSINA, Hugo "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T III, p.407, Buenos Aires 1943.)

Arazi y Rojas recuerdan la opinión de Salgado quien destacaba un aspecto importante de la figura del intruso, que era el consentimiento, sosteniendo que si el propietario lo había dado no se podía justificar el carácter de intruso del ocupante, pues la intrusión se genera por " Introducirse sin derecho" o por la fuerza o vías de hehos o apoderarse de una cosa inmueble contra la voluntad de su dueño(SALGADO, Alí " Locación, comodato y desalojo" La Rocca, Buenos Aires, 1994, p 289, cit. por ARAZI — ROJAS EN Código Civil Comentado, ed. Rubinzal Culzoni, T III- p 340)

De esto se deduce que es requisito para la tenencia, la entrega del bien y la posterior obligación a restituirla. Por lo tanto, quien ocupa la cosa en razón de una relación concubinaria con el propietario, no es en principio un tenedor y no pesa sobre el la obligación de restituir correlativa impuesta por el artículo 2465 del CC. La falta de entrega del bien impide configurar al concubino como tenedor en tanto prescribe el Art. 2460 CC. Ya que la simple tenencia de las cosas si se la puede perder por el Art.

c) Concubino como comodatario

Tal como señalé previamente, no existe en el caso del concubinato un acto de entrega del bien. Al quedar incumplido dicho presupuesto no se accede a la cosa en los términos del Art.2255/6 CC aplicable al supuesto del Art. 2285 CC. (Causse Federico Javier, "El desalojo del concubino, una aproximación necesaria" T 1997-B Sec. Doctrina Pág. 1359)

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en jurisprudencia que comparto dijo que "No reviste carácter de comodataria quien convivió con el actor como su concubina y por lo tanto no puede ser sujeto de la acción de desalojo (arts 1141, 2255,2256 y concs., Cod Civil; 676, Cod de Procedimiento Civil)" (Guevara, Teresa G. c. Puig Hugo H (Ac 43.952) del 5/6/90 LA LEY ,1990-D, 201).

Por otra parte me permito agregar que el comodato es un contrato real que se perfecciona con al entrega de la cosa que se presta gratuitamente con la facultad de usarla, mientras que en un concubinato no se entrega el inmueble en préstamo gratuito de uso, porque las partes convivieron en el.

Ello implica que con relación a la vivienda el concubino no es un comodatario, pero si lo es con relación al garaje.

V- LA EXISTENCIA DE CONCUBINATO NO DA DERECHO A CONTINUAR EN LA VIVIENDA

Estoy convencida que el concubino no es intruso, ni comodatario, ni tenedor de lo cual se deriva que no existe a su respecto un titulo autónomo de detención. Naturalmente tiene la cosa, pero la circunstancia no conforma el corpus posesorio, no alcanza a la efectividad que prescribe el 2352 del Cod Civil.

No obstante no ser intruso, comodatario, ni tenedor el concubino no propietario puede ser en principio desalojado ya que "la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo, permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a

"cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible"

En definitiva considero que el concubino no tiene título para quedarse en el inmueble por eso es susceptible de la acción de desalojo del Art. 676 del Cod Proc Nac., ya que está comprendida en la categoría de "cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible" del mencionado artículo.

En conclusión la mera existencia del concubinato no da derecho a uno de los concubinos a continuar ocupando el inmueble propiedad del otro, máxime cuando la propietaria tuvo que abandonarlo por haber sido sometida a violencia por parte de su pareja, según surge de los testimonios que se agregan a fs. 179/180, 182/183.

Debo poner de relevancia la declaración de Marta Ferro quien afirma que Acuña era agresivo y sometía a maltrato a su concubina y que en una oportunidad en que fueron con su esposo a la casa donde convivían Alicia Mercedes y Juan Bautista se encontraron con que el demandado estaba con el cinturón en la mano dispuesto a agredir a la actora, que esta situación fue muy desagradable para ella y su esposo.

VI - LA EXCEPCION DE POSESION

La principal crítica a la sentencia realizada por el apelante radica en que el juez no ha considerado que su parte sea poseedor.

Este Tribunal ha dicho que "La acción personal de desalojo, no procede contra la persona que invoca y prueba un derecho real (usufructuarios, usuarios) o contra quien resulta poseedor con animo de dueño-animus domine- del bien de litigio. (...)contra los poseedores, sea que medie posesión legítima o ilegítima, de buena o mala fe caben las acciones posesorias o petitorias, pero no el desalojo." C.Civ y Com.San Isidro, sala 1, 5/2002, Storino, Ottavio y otros c/ Trujillo, Hortencia A. S/ desalojo).-

Considero que no corresponde hacer lugar a los agravios del demandado porque no es un poseedor ya que al haber firmado un contrato de comodato ha reconocido en otro la posesión.

VII — LA ALEGADA COTITULARIDAD SOBRE EL BIEN.

El demandado se queja de que el juez no haya presumido que por haber vivido tantos años en concubinato su parte era condómino mueble y que este había sido inscripto a nombre de su ex pareja por razones impositivas.

Si los concubinos aportaron fondos para la adquisición de bienes corresponde solicitar su división. Perteneciendo la propiedad a ambos concubinos, no podrá solicitarse la exclusión del otro hasta tanto se materialice la división del condominio con la venta del bien. Si los bienes se encuentran bajo el nombre de uno de los concubinos cabe recordar que podrá investigarse si fueron comprados con fondos comunes o si pertenecían solo a uno de ellos. (Alicia A. Hortolana y Carlos Enrique Rivera "Atribución de la vivienda al concubino". p 15.)

Si el demandado consideraba que era condómino del bien debió iniciar la acción de división de condominio unido a la acción por interposición de persona o simulación y solicitar en ellas una medida de no innovar con respecto al uso del inmueble, y por supuesto probar los aportes.

Nada de ello ha hecho el demandado quien se limita a pretender que del hecho de la convivencia el juez deba presumir el condominio, lo que resulta imposible, porque de la sola existencia de concubinato no hace presumir una sociedad de hecho, ni de un condominio, ni de una cotitularidad.

Por el contrario la actora si ha demostrado en este proceso de desalojo su solvencia económica, cosa que el demandado no ha realizado.

En conclusión el apelante no ha probado ningún derecho para mantenerse en el uso del bien que ha sido condenado a desalojar.

VIII - DE LA LIMITACION DE LAS PERSONAS A DESALOJAR.

El demandado pone de relieve que se ha condenado al desalojo a sus hijos que son los terceros ocupantes, al contestar agravios Alicia Mercedes Jaun aclara que nunca demandó a los hijos quienes son además beneficiarios del bien de familia, existiendo acuerdo entre ambas partes con respecto a que la acción sólo ha sido dirigida contra Juan Bautista Acuña corresponde modificar la sentencia en tal sentido.

En definitiva valorando todas las circunstancias del caso, estimo oportuno confirmar la sentencia apelada, salvo en lo relativo a la condena al desalojo de los hijos comunes de la pareja.

Por todo lo expuesto, voto por la AFIRMATIVA.

Por iguales consideraciones, la señora Juez Dra. Cabrera de Carranza votó también por la AFIRMATIVA.

El Dr. Arazi no firma el presente por hallarse ausente del Acuerdo (art. 47 de la ley 5827).-

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se modifica la sentencia apelada y se aclara que se condena a Juan Bautista Acuña a desalojar el inmueble y el garaje de la calle Urquiza 2245 de la localidad de Florida, Partido de Vicente López, Pcia. De Buenos Aires, en el plazo de 10 días de quedar firme este pronunciamiento, bajo apercibimiento de disponer el lanzamiento respectivo con el auxilio de la fuerza pública. Se aclara que esta condena no es extensiva a Maximiliano Acuña Jaun y Cristian Acuña Jaun, hijos de Juan Bautista Acuña y Alicia Mercedes Jaun.

Costas de esta instancia a cargo del demandado vencido (art. 68 del CPCC).

Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art- 51 de la ley 5827).-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.