



1-59643-2014 -

"M. M. C. Y OTROS C/ C. S. Y OTRO S/ DESALOJO"
JUZGADO DE PAZ - RAUCH

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los .10. días del mes de Marzo de 2015 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**M. M. C. Y OTROS C/ C. S. Y OTRO S/ DESALOJO** ", (**Causa Nº 1-59643-2014**), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI-COMPARATO-BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 74/75?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

I.a) El presente proceso es iniciado por M. C. M., H. C. M. y J. A. M., en su carácter de herederos de sus padres M. M. y A. C., promoviendo demanda de desalojo de un inmueble individualizado catastralmente como Circ. I, Secc. C, Qta. 44, Fr. 2, Parc. 4, Partida 865, inscrita al Folio 97/1959 de Rauch.

Relatan los actores en el escrito de inicio que el día 14.11.2012 promovieron el juicio sucesorio de sus padres por ante el Juzgado de Paz Letrado de Rauch, en cuyo marco con fecha 19.03.2013 se dictó declaratoria de herederos –cuya copia adjuntan a fs. 10- a favor de los dos primeros coactores, obteniéndose luego, con fecha 28.05.2013, una ampliación de dicha resolución –de la que se agrega copia a fs. 11- por la cual se reconoció idéntico carácter al tercer coactor.

Prosiguen diciendo que en esos actuados luce el informe del que surge que su progenitora era titular del dominio inscripto al folio 97 del año 1959 del Registro del Partido de Rauch. Adjuntan copia de dicho informe a fs. 13.

Mencionan también que en el marco del sucesorio se libró un mandamiento de constatación sobre el referido bien, a través del cual pudo establecerse que el mismo está ocupado por S. C. y su familia, integrada por su esposo F. A. T. y sus hijos menores L. F. y J. Y.. Agregan que al diligenciarse dicho mandamiento –cuya copia obra a fs. 12- la ocupante manifestó que vivía en ese inmueble con su abuela y que ésta antes de morir le manifestó que se quedara a vivir allí.

Sobre tales bases afirman los actores que no existe ninguna constancia que ni siquiera acredite el carácter precario de la ocupación, por lo que –a su entender- el desalojo es procedente.

b) A fs. 21 se imprimió al proceso el trámite sumario, y en la misma resolución se fijó audiencia para designar un Asesor de Incapaces Ad Hoc, lo que se concretó a fs. 22, recayendo tal designación en el Dr. Luciano Nicolás Martín.

c) A fs. 25/27 obra la cédula por la cual se notificó a los accionados el traslado de la demanda. El Oficial de Justicia fue atendido por S. C., quien reiteró lo ya dicho en oportunidad de librarse el mandamiento de constatación respecto a la composición de su grupo familiar y los antecedentes que la llevaron a habitar dicho inmueble (conf. fs. 12 y 27).

d) A fs. 28 aceptó el cargo el Sr. Asesor de Menores e Incapaces Ad Hoc.

e) A fs. 51 se dispuso devolver “la contestación de fs. 32/34” –puede inferirse que se trataba de la contestación de demanda– por resultar la misma extemporánea, en los términos del art. 38 inc. 1ro. del C.P.C.C. Sin embargo, dicha providencia fue rectificadora a fs. 62, aclarándose que la documentación a desglosar era la de fs. 32/50. A su vez, a fs. 63 se dejó constancia de que la letrada patrocinante de los demandados retiró dicha documental.

f) No obstante lo anterior, con posterioridad al dictado de la providencia de fs. 51 se presentaron los codemandados S. C. y F.o A. T., acompañando un convenio de fecha 29.04.2014 –a cuyo contenido me referiré a continuación– y solicitando la suspensión del trámite de este proceso de desalojo (conf. fs. 52/60).

Explican los codemandados en esa presentación que del matrimonio C. – M. nacieron nueve hijos, todos los cuales revisten el carácter de herederos forzosos. Afirman, en tal sentido, que, además de los actores, de dicha unión nacieron también M. Á. M., J. A. M., M. J. M., Á. A. M., R. L. M. y A. M..

El convenio que se adjunta a esa presentación, obrante en original a fs. 52/53/54 y en copias a fs. 55/56/57, contiene una manifestación de voluntad según la cual los Sres. M. Á. M., J. A. M., M. J. M. y Á. A. M., en su carácter de herederos del matrimonio M.-C., se comprometen a ceder por escritura pública todos los derechos y acciones

que les corresponden en las sucesiones de sus padres, otorgando la misma una vez finalizados los trámites respectivos en dichas sucesiones (cláusula primera).

A su vez, en la cláusula segunda se consigna que el proceso sucesorio se encuentra tramitando en el Juzgado de Paz Letrado de la ciudad de Rauch, comprometiéndose los “cedentes” a realizar los trámites necesarios para obtener la declaratoria de herederos, formular cuerpo de bienes y todo cuanto fuere necesario para culminar el proceso.

En la cláusula tercera los herederos firmantes hicieron constar que el inmueble dejado en sucesión es ocupado actualmente por la Sra. C. y el Sr. T., a quienes les entregan la posesión en ese acto, renunciando a cualquier reclamo judicial o extrajudicial.

Finalmente, en la cláusula cuarta se deja constancia de que el bien posee deudas por impuestos, tasas y servicios, que serán abonados por la Srta. C. y el Sr. T., y reconocen que éstos introdujeron mejoras al mismo, las que serán oportunamente tasadas.

Es dable aclarar que dicho convenio fue extendido en un instrumento privado, con las firmas de S. C., M. J. M., Á.A. M. y J. A. M. certificadas por la Actuaría del Juzgado.

Volviendo a la presentación a través de la cual se incorpora tal convenio (fs. 58/60), en ella se solicita la suspensión del presente desalojo hasta tanto se resuelva en el proceso sucesorio sobre el pedido de ampliación de la declaratoria de herederos.

También se sostiene en esa presentación que el convenio se encuentra plenamente vigente, y se ofrece el testimonio de los herederos firmantes para que declaren sobre su contenido.

En otro pasaje afirman los codemandados que tienen la posesión del inmueble en representación y con el consentimiento de los herederos forzosos. Y agregan que esa posesión también es ejercida por la Srta. C. en representación de otra heredera forzosa que es su madre

(aunque no se aclara en esa presentación, me anticipo a decir que en la expresión de agravios sí se aclara que la progenitora de la Srta. C. sería R. L. M., conf. fs. 91vta.).

También aducen que las cuestiones relativas al uso o entrega de porciones ideales sobre un bien que forma parte de un acervo hereditario deben discutirse en el mismo proceso sucesorio.

Alegan también que su parte no se encuentra en obligación de restituir la tenencia del inmueble, ya que cuando uno de los herederos utiliza la cosa común en forma exclusiva, esa ocupación se realiza a título de propietario. En ese marco –agregan- el único derecho que asiste a los demás coherederos es el de solicitar la fijación de un valor locativo hasta que el bien se liquide o se modifique la situación de la ocupación.

g) A fs. 61 se confirió traslado a la actora de la antedicha presentación y de su documental adjunta, el que fue contestado a fs. 65/66.

En esta presentación los accionantes se oponen a la solicitud de suspensión del proceso de desalojo, alegando, en primer lugar, que la defensa de los accionados fue extemporánea.

Como argumentos de fondo, alegan que los codemandados no son poseedores, lo que ha quedado demostrado con las propias manifestaciones vertidas por la accionada ante el Oficial de Justicia explicando que habitaba el inmueble con el permiso de su abuela. Agregan que los demandados no han acreditado su calidad de herederos, ya que en el proceso sucesorio se notificó a todos los herederos pero éstos no concurrieron a solicitar declaratoria a su favor.

h) A fs. 69/72 obra un esmerado dictamen del Sr. Asesor de Menores Ad-Hoc, en el cual se expone sobre la situación de los menores ante los procesos de desalojo y su necesaria protección.

i) A fs. 73 se declaró la cuestión de puro derecho y se llamó autos para sentencia.

ii) De este modo se arriba al dictado de la sentencia de fs. 74/75, cuya apelación genera la actual intervención de este tribunal. Dicho decisorio admitió la demanda, condenando a los accionados y a cualquier otro ocupante a desalojar el inmueble en el término de diez días bajo apercibimiento de ordenar su lanzamiento. Se impusieron costas a los vencidos y se difirió la regulación de honorarios para la oportunidad en que se acredite el valor locativo del bien.

Para así decidir, el Sr. Juez “a quo” señaló, como punto de partida, que si bien la incontestación de demanda crea una presunción a favor de la actora respecto a los hechos que allí se exponen, el juez no está obligado a acceder automáticamente a las pretensiones deducidas.

Sobre tal piso de marcha, el anterior sentenciante afirmó a continuación que la presentación de fs. 52/60vta. no logra desvirtuar la base fáctica de la acción. Ello así –explica- pues ningún elemento avala la coposesión del inmueble que pretenden transmitir los presuntos herederos a los demandados, a lo que se suma que no se acredita en autos su condición de tales y las pruebas testimoniales propuestas no serían conducentes.

Contrariamente –prosigue diciendo el “a quo”- los actores sí acreditaron su condición de herederos con las copias de las declaratorias de fs. 10/11, el certificado de dominio de fs. 13 y la escritura de fs. 14/17.

Sigue diciendo el anterior sentenciante a continuación que para que progrese el desalojo basta que los actores sean titulares de dominio del inmueble y que los demandados carezcan de título para oponerse, lo que ocurre en el caso dado que no puede considerárseles más que tenedores precarios.

Aduna que cada heredero está legalmente autorizado a ejercer las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, y el presente procedimiento es un acto conservatorio que procura preservar un valor patrimonial.

Finalmente, señala que el desahucio no puede obstaculizarse por el hecho de que en la finca también habiten menores, ya que de lo contrario las familias con niños se encontrarían en desventaja para alquilar viviendas.

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por los demandados a fs. 76, recurso que se les concedió libremente a fs. 77.

Arribados los autos a esta instancia, los únicos apelantes expresaron agravios a fs. 91/94, adjuntando a esta presentación un testimonio de una escritura pública de fecha 16.10.2014 en la cual el Sr. J. A. M. confiere poder especial a S. C. para que en su nombre y representación ceda y transfiera todos los derechos y acciones hereditarios que tiene y le corresponden en la sucesión de sus padres M. M. y A. C.. Sin perjuicio de ello, también la faculta para celebrar otros actos en su nombre.

En lo que hace a los agravios propiamente dichos, mediante el primero de ellos los recurrentes expresan que la demanda de desalojo fue iniciada únicamente por tres de los nueve herederos del matrimonio M.-C., destacando además que dentro de los seis herederos que no iniciaron el desalojo se encuentra la madre de la co-demandada S. C., es decir, la Sra. R. L. M., respecto de quien su hija S. detentaría la representación.

Agregan que en autos se acompañó un convenio suscripto por las partes (se entiende que la referencia es a la parte demandada) y tres de los herederos forzosos donde claramente se los pone en posesión del inmueble que se pretende desalojar.

Finalmente, reiteran que la vía escogida por los actores no fue la correcta, ya que la cuestión se debería haber dilucidado en el marco del proceso sucesorio o en su caso de una división de condominio.

Pasando al segundo agravio, los recurrentes se desconforman de que se los haya obligado a restituir la cosa pese al dictamen del Asesor de Menores.

Luego insisten en que en estos casos la vía no es la acción de desalojo, sino que lo que se debe es pedir la fijación de un canon locativo hasta tanto se resuelva la situación del bien.

Argumentan que si bien el “a quo” sostiene que los herederos están autorizados a ejercer acciones conservatorias, ellos también han conservado el inmueble efectuándole mejoras.

Finalmente, los recurrentes se agravian de que no se haya tenido en cuenta el convenio suscripto por los coherederos y la parte demandada, en virtud del cual se solicitaba la suspensión del proceso. Afirman que en su momento se acompañó copia de ese convenio, con firmas certificadas, atento que por falta de tiempo no pudieron hacerse las respectivas escrituras de cesión de derechos y acciones.

IV) A fs. 95 se corrió traslado de la expresión de agravios y de la documental acompañada, en los términos de los arts. 255 inc. 3ro. y 256 del C.P.C.C.

El informe de Secretaría de fs. 96 da cuenta de que dicho traslado no fue contestado.

En la misma foja se llamó autos para sentencia y a fs. 98 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V.a) Previo a todo, advierto en este estado que aún no se resolvió acerca de la admisibilidad formal de la documental que la parte demandada acompaña a su expresión de agravios (art. 263 del

C.P.C.C.), cuestión que, por motivos de economía y concentración procesal, estimo conveniente abordar en esta resolución (art. 34 inc. 5to. ap. “a” y “e” del cód. cit.).

Así las cosas, siendo que la escritura cuya copia se acompaña a fs. 88/90 fue extendida el día 16.10.14., por lo que es de fecha posterior al llamado de autos para sentencia de primera instancia (conf. fs. 73), su agregación es formalmente procedente (art. 255 inc. 3ro. del C.P.C.C.).

b) Incursionando en los agravios, asiste razón a los recurrentes al señalar que los tres co-actores no son los únicos herederos de los causantes M. M. y A. C.. Ello es así pues tanto en el proceso sucesorio que se tiene a la vista, como en estos actuados, los mismos co-actores reconocieron la existencia de otros herederos (fs. 45 y 65/66, respectivamente).

Previo a seguir avanzando, es necesario abrir un paréntesis para clarificar cuál es la situación de los restantes herederos en el proceso sucesorio. Dicho proceso universal fue iniciado por dos de los co-actores en este desalojo, Sres. M. C. M. y H. C. M., a través de su letrado apoderado Dr. José Gabriel Dumón (fs. 23). Se dictó declaratoria de herederos a su favor (fs. 44) y luego se amplió a fs. 54 a favor del tercer co-actor del desalojo, Sr. J. M., quien se había presentado a fs. 51 del sucesorio con el patrocinio letrado del mismo profesional. A su vez, los herederos que iniciaron el sucesorio denunciaron la existencia de otros coherederos, más puntualmente de sus hermanos Á. A. M., M. A. M. y R. L. M., cuya citación se dispuso a fs. 46 en los términos del art. 735 del C.P.C.C. Sin embargo, las cédulas diligenciadas a esos fines arrojaron resultado negativo (conf. fs. 77/92). Con posterioridad se presentaron espontáneamente –aunque con defectos formales– los coherederos M.I. Á. M., J. A. M., M. J. M. y Á. I. A. M., con el patrocinio letrado de la Dra. Olga Carina Ballester, y a su vez denunciaron la existencia de los coherederos R. L. M. y A. M., aunque también aclararon que éste último habría fallecido

(escrito obrante a fs. 100/101 del sucesorio, de fecha 23.05.14.). De todos modos, a este escrito no se le dio curso por no estar firmado por todos los interesados (arts. 118 inc. 3ro. del C.P.C.C.; conf. fs. 102), y desde ese momento no hubo más actividad en el proceso sucesorio.

Retomando la idea central, y sin perjuicio de que la declaratoria de herederos podría eventualmente ser ampliada a pedido de los interesados (art. 738 del C.P.C.C.), el hecho de que el presente desalojo haya sido promovido por algunos de los coherederos no se erige en un obstáculo para su progreso, aun cuando ellos hayan reconocido la existencia de otros coherederos.

En efecto, el art. 3450 del Cód. Civil autoriza a cada heredero, en el estado de indivisión, no únicamente a reivindicar sino también a ejercer hasta la concurrencia de su parte todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios; todo, sujeto al resultado de la partición. Asimismo, se entiende que la demanda por desalojo es un acto de administración conservatorio de los intereses del sucesorio (conf. Cám. Civ. y Com. de San Isidro, “Estevez c/ Galeano s/ desalojo”, del 31.05.05, base JUBA; ver también Ramírez, Jorge Orlando; “El juicio de desalojo”, p. 113 y jurisprudencia reseñada por el autor).

En idéntica tesitura se sostiene que el coheredero puede ejercer las acciones que de la posesión emanan, sin que sea dable oponerle la falta de adjudicación en su hijuela del bien sobre el cual pretende derechos; además se ha dicho que la pretensión de desalojo procede por carecer de derecho el locatario a permanecer en la vivienda, pese a accionar en la causa dos coherederos condóminos no otorgantes del contrato de locación y no hacerlo la locadora (conf. Kenny, Héctor Eduardo; “Proceso de desalojo”, pág. 76 y jurisprudencia citada: Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, Sala J, causa “Levis...”, del 28.07.89.; esta Sala, causa n° 58178, “Castro”, del 06.02.14.).

c) Sin perjuicio de lo anterior, y analizada la cuestión desde la óptica de la legitimación pasiva, es correcto el argumento

reiteradamente empleado por los recurrentes, según el cual el proceso de desalojo es inviable entre coherederos o entre condóminos, ya que en tales casos la cuestión relativa al uso o entrega del bien debe ventilarse en el marco del trámite sucesorio (arts. 1830, 3450, 3503, 3529 C.C.) o, en su caso, en el de la división de condominio que cualquiera de los cotitulares pueda requerir (arts. 2680, 2692 C.C.; Excma. S.C.B.A., C. 103177, sentencia del 30.03.2011, “Giménez”; esta Cámara, Sala II, causa n° 56.456, “Bruno”, del 06.09.2012, con cita de Beatriz Areán, “Juicio de desalojo, pág. 206).

Más aún, en la misma pág. 206 de la obra doctrinaria recién citada se trae a colación un fallo que aborda una cuestión similar a la que en este caso plantean los recurrentes, emitido por la prestigiosa Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, que contó con primer voto de la Dra. Graciela Medina. Allí se sentó como doctrina que *“El cesionario de los derechos hereditarios de la causante de la actora forma parte de la comunidad hereditaria conjuntamente con ella y puede gozar de la cosa común siempre que no la deteriore (art. 2684 Cód. Civil) por lo que la actora no puede demandar el desalojo del inmueble que ocupa el cesionario sin perjuicio de su derecho a reclamar una compensación en dinero por el uso exclusivo mientras dure la comunidad, es decir hasta tanto se realice la partición”* (Cám. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, 24/10/96, “Lindvay, María y otra c/ De Posfay, Tomás y/u ocupantes”, LLBA, 1997-495).

Ahora bien, en el caso de autos queda claro que la co-demandada S. C. no es co-heredera de los causantes M. M. y A. C. (es decir, sus abuelos maternos), sino que sería hija de una de las hijas del citado matrimonio y consecuente heredera, la Sra. R. L. M.. Esta circunstancia fue mencionada por S. C. en la presentación de fs. 58/60 (puntualmente a fs. 59vta. 2do. párrafo), donde afirmó que también detentaba la posesión en representación de su madre, quien era heredera forzosa. Esa referencia a la “representación”, sumada a que en ese pasaje

no se aclaraba quién es la madre de S. C. ni a qué tipo de representación se refería, pudo llevar a pensar que la misma había prefallecido y que su hija estaba alegando un derecho de representación, lo cual, ciertamente, la hubiera convertido en coheredera (art. 3549 y sig. del Código Civil). Sin embargo, en la expresión de agravios se aclara que S. C. es hija de la Sra. R. L. M. (fs. 91vta.), quien estaría viva a estar a los dichos de su propia hija (fs. 59 de este proceso) y de los otros co-herederos presentados en el sucesorio (fs. 100/101).

Descartado entonces que la co-demandada S. C. sea heredera de los causantes, y siendo que además no ha alegado interversión del título por el cual ocupa la propiedad –tema sobre el cual volveré-, resulta claro que su defensa sólo podría fundarse en el carácter de cesionaria de los derechos hereditarios de algunos de sus tíos (M. Á. I. M., J. A. M., M. I. J. M. y Á. A. M.), circunstancia que pretendió acreditar con el convenio agregado a fs. 52/53/54 y la copia de la escritura de fs. 88/90, la cual –es útil recordarlo- no instrumenta la cesión propiamente dicha sino un poder especial para llevar a cabo la misma.

Ahora bien, no obstante que en doctrina y jurisprudencia se discutió mucho acerca del carácter de la formalidad impuesta por el art. 1184 inc. 6to. del Código Civil para la cesión de derechos hereditarios, hoy es mayoritariamente aceptado que se trata de un contrato formal solemne relativo, de lo que se sigue que la cesión que pretendiera formalizarse en otro instrumento público (acta judicial) o instrumento privado protocolizado es ineficaz como tal y sólo produce los efectos previstos en el art. 1185 del Código Civil (Cabulli, Ezequiel “Forma de la cesión de derechos hereditarios”, LL 2011-F, pág. 1102).

La postura que antecede fue adoptada en un plenario de la Cámara Nacional Civil (“Rivera de Vignatti María F. M. s/ Suc.”, del 24.02.1986, LL 1986-B-155), por la Excma. Suprema Corte Provincial (Ac. 90.994, “G., P. s/ Sucesión”, del 09.11.05.) y es también seguida por las dos Salas de esta Cámara (esta Sala, causas n° 46990

“Lourtau”, del 04.03.04.; n° 46331, “Arla”, del 10.03.04.; n° 59048 y 59092, “Yaben” –acumuladas-, del 03.10.14., entre otras; Sala II causas n° 49586, “Domínguez” del 04.06.06.; n° 52.562, “Cunioli”, del 16.09.08.).

Sumamente esclarecedores son los párrafos pertinente del precedente de la Excma. Suprema Corte antes citado (Ac. 90.994, “G., P. s/ Sucesión”, del 09.11.05.), pues no sólo sientan una doctrina legal clara sobre los alcances de la exigencia formal del art. 1184 inc. 6to. del Código Civil, sino que también definen la posición del cimero Tribunal provincial acerca de la naturaleza jurídica del acto que carece de tal formalidad, tema que también ha sido ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia. Puntualmente, un sector entiende que el contrato celebrado por instrumento privado es el contrato definitivo y que la escritura pública posterior –junto a la tradición- sirve básicamente para la transmisión del dominio, mientras que otro sector –al que claramente adhiere la Corte provincial en el precedente citado- afirma que los actos enunciados en el art. 1184 que no cumplen con la formalidad de la escritura pública son nulos como tales por defecto de forma y sólo valen como un “antecontrato”, “precontrato” o “contrato preliminar” (puede verse a Jorge Mosset Iturraspe, comentario a los arts. 1185 y 1187 del Código Civil en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Bueres (dir.) - Highton (coord.), T. 3-B, págs. 674/676 y 681; también el excelente análisis de David Esborraz –referido al boleto de compraventa pero aplicable analógicamente a todos los actos mencionados en el art. 1184- en “Fundamentos de Derecho Contractual. Parte Especial”, dirigido por Noemí L. Nicolau, La Ley, T. II, págs. 121 a 128).

Como antes decía, estas cuestiones han quedado dilucidadas por la Excma. Suprema Corte Provincial. Así, en un pasaje del voto del Dr. Negri, que logró las adhesiones de sus colegas Dres. Kogan y Genoud, se dice lo siguiente: *“Ahora bien, la cesión requiere siempre la escritura pública. Cierta jurisprudencia, interpretando mal los alcances de los arts. 3346, 3347 y 3349, que admiten la renuncia hecha por instrumento*

*privado con eficacia entre coherederos, ha resuelto que a la cesión de derechos hereditarios, se le aplican estas normas, de modo que el acto auténtico sólo se le requeriría a los efectos de su oponibilidad a terceros. Disentimos de esta apreciación, por contrariar las normas expresas sobre las formas y por aplicar las disposiciones relativas a un supuesto distinto como lo es la renuncia de derechos adquiridos por la aceptación previsto en los arts. 3346, 3347 y 3349 (...). Del contexto resulta que la forma no obsta a que la cesión realizada en instrumento privado esté sujeta a las disposiciones generales del art. 1185. **O sea que constituiría un típico precontrato o antecontrato de cesión que faculta a las partes a exigir el otorgamiento de la misma en forma**". (el destacado me pertenece).*

Por su parte, en el voto coincidente del Dr. Hitters, que contó con la adhesión del Dr. Soria, puede leerse: **"en el caso no hubo una cesión hereditaria concretada en términos formales (art. 1184, inc. 6, Código Civil), por lo que el negocio no tiene eficacia como tal (es decir, como cesión) ni aún entre las partes. De conformidad con lo dispuesto en el art. 1185 del Código Civil, el contrato así celebrado (instrumento privado) sólo genera la obligación de suscribir el instrumento mediante las formalidades respectivas (escritura pública), pero no constituye en "cesionarios" a los recurrentes, ni en "cedentes" a quienes reclamaron la partición, ya que no se perfecciona el efecto traslativo propio de dicho contrato.**" (el destacado me pertenece).

Así las cosas, siendo la cesión hereditaria un contrato formal solemne de solemnidad relativa, lo que implica que el incumplimiento de la formalidad exigida por la ley (escritura pública) impide que el contrato produzca sus efectos propios y sólo genera la obligación de suscribir dicho instrumento (arts. 1184 inc. 6to., 1185 y 1187 del Código Civil), ha de concluirse que la codemandada en autos Soledad Couso no puede válidamente alegar la calidad de cesionaria que invoca.

Sentado lo anterior, resultará clarificador dilucidar cuál es el carácter de la ocupación del inmueble por parte de la Sra. S. C. y

su grupo familiar. A esos fines -y sin perjuicio de otras consideraciones que efectuaré más adelante- resulta útil recordar que tanto al practicarse el mandamiento de constatación en el proceso sucesorio (fs. 63) como al notificarse la demanda en el presente desalojo (fs. 27), la nombrada manifestó habitar en la vivienda desde hace 35 años junto con su abuela – en referencia a la causante A. C.-, y que ésta, antes de fallecer, le ofreció que se quedara a vivir allí. Esta versión de los hechos no es modificada por las presentaciones ulteriores de S. C. en el proceso, ya que –como vimos- en éstas alega, al menos como argumento primario, que resultaría cesionaria de los derechos y acciones hereditarios de algunos coherederos. Frente a tal situación fáctica, y descartada –por los fundamentos antes vertidos- la eficacia de la mentada cesión de derechos hereditarios, ha de concluirse que la Sra. S. C. habita en esa vivienda merced a un acto de tolerancia de su abuela materna, lo que la convierte en tenedora precaria del inmueble y por ende en legitimada pasiva del proceso de desalojo (art. 676 del C.P.C.C.; esta Cámara, Sala II, causa n° 55842, “Daulerio”, del 08.03.12., recaída en un supuesto similar al presente, con citas de Palacio “Derecho Procesal Civil”, T. VII, pág. 95 y de Álvarez Alonso, “El desalojo por intrusión, precario, comodato y usurpación”, págs. 185 y sig.).

d) Si bien con lo dicho hasta aquí entiendo que se ha dado respuesta a los agravios medulares esgrimidos por los recurrentes, resulta necesario abordar otros argumentos que podrían considerarse subsidiarios de aquellos pero igualmente importantes.

Así, en algunos pasajes de la pieza recursiva se alega como defensa que del convenio agregado por los recurrentes –en referencia al de fs. 52/53/54- surge que quienes prometen la cesión de derechos y acciones hereditarios también entregan en ese acto la posesión a la Sra. C. y su grupo familiar, lo cual es exacto (conf. cláusula 3ra. de dicho instrumento).

Es sabido que los descendientes del causante adquieren la posesión de los bienes que conforman el acervo de pleno

derecho, de modo que por una ficción legal se los considera poseedores aunque no hayan tomado efectiva posesión de la cosa (arts. 2373 última parte, 3410, 3417, 3418 y conc. del Código Civil; Areán, Beatriz, “Derechos Reales”, T. 1, pág. 154). Partiendo de esta premisa, en principio los herederos podrían haber transmitido la posesión de la cosa a quien hasta ese momento la ocupaba a título de tenedora precaria, es decir, la co-demandada Soledad Couso.

Ahora bien, conforme hemos visto, esa cláusula tercera está inserta en el convenio de fs. 52/53/54, por el cual cuatro de los coherederos prometían ceder los derechos y acciones hereditarios a la Srta. Soledad Couso.

De modo que el argumento empleado por los demandados nos remitiría al instituto de la “traditio brevi manu”, regulado en el art. 2387 del Código Civil, el cual, en su primera variante –que es la que aquí interesa- permite prescindir de la tradición como medio de adquisición de la posesión “... cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que poseía a su nombre...”.

Ahora bien, un primer interrogante que se nos genera, es si el contrato de cesión de derechos hereditarios es un acto jurídico que produzca el efecto de transferir el dominio de la cosa, tal como lo exige el art. 2387 recién citado para que sea de aplicación dicho instituto (“... pasa el dominio de ella...”). La doctrina más calificada parecería afirmar lo contrario. En tal sentido, se ha dicho que *“El objeto transmitido consiste en el todo o una parte alícuota de los derechos sobre los bienes que componen el haber relicto de una sucesión. No hay derechos transmitidos sobre bienes individuales, de modo tal que un cesionario de los derechos correspondientes a una sucesión en la que hay un inmueble que era del causante no podrá considerarse titular dominial del inmueble por el simple hecho de la cesión sino que su situación es la de titular de los derechos hereditarios sobre la universalidad jurídica que es la herencia. Esos derechos hereditarios le permitirán concluir el proceso sucesorio,*

pagándose las eventuales deudas que pesen sobre la sucesión y transfiriéndose a posteriori el inmueble a los herederos, ahora sí, en carácter de titularidad dominial, cuando se realice la partición. Se ha sostenido que estos derechos atribuyen expectativas para recibir por partición los valores de esa cuota” (Ariel Ariza, “Fundamentos de Derecho Contractual. Parte Especial”, obra colectiva dirigida por Noemí L. Nicolau, pág. 229, con cita de Zannoni).

Sin embargo, dadas las razones prácticas que inspiran al instituto de la “*traditio brevi manu*”, el cual tiende a evitar desplazamientos inútiles de la cosa (Beatriz Areán, “Derechos Reales”, T. I, pág. 162), estimo que el mismo resultaría aplicable a los contratos de cesión de herencia. Por lo demás, si bien el heredero, o el cesionario, en rigor son titulares de derechos hereditarios, o propietarios “de la herencia” (arg. art. 3420 del Código Civil), en un sentido más amplio también son propietarios de todo aquello de lo que el causante era propietario (arts. 3417 y 3418 del cód. cit.). Esto es lo que explica que, al hilo de lo dispuesto por el art. 3503 del Código Civil, la mayoría de la doctrina argentina entienda que la partición es declarativa de derechos; no obstante, un sector muy calificado, atendiendo precisamente a que durante la comunidad hereditaria los coherederos solo tienen derecho a una porción ideal de la totalidad de la herencia, ha señalado que sería más apropiado sostener que la partición es “determinativa, distributiva o especificativa de derechos” (Graciela Medina, “Proceso sucesorio”, T. II, págs. 318/319).

Sin embargo, la conclusión arribada en el párrafo anterior –esto es, que la “*traditio brevi manu*” sería aplicable al contrato de cesión de herencia- nos enfrenta con un nuevo problema. Es que, conforme hemos visto -siguiendo fundamentalmente la doctrina legal de la Excma. S.C.B.A.- en este caso la cesión de derechos hereditarios no se instrumentó a través de la forma que exige la ley (escritura pública), lo que impide que el contrato produzca sus efectos propios y sólo genere la obligación de

suscribir dicho instrumento (arts. 1184 inc. 6to., 1185 y 1187 del Código Civil).

Al hilo de tal doctrina, entiendo que no podría otorgarse virtualidad a la cláusula tercera del convenio de fs. 52/53/54, ya que ello implicaría negar al acto *uno* de sus efectos propios (la cesión de derechos hereditarios) pero admitir que produjo *otro* de los fines buscados por las partes (la transmisión de la posesión).

No paso por alto que cierta doctrina y jurisprudencia han entendido que para que opere la “*traditio brevi manu*” no es indispensable la escritura traslativa de dominio, siendo suficiente el boleto de compraventa (Marina Mariani de Vidal y Pablo Heredia, comentario al art. 2387 en “Código Civil...” de Bueres-Highton, T. V-A, pág. 223, y doctrina y jurisprudencia citadas en las notas 7 y 8).

Sin embargo, entiendo que esta orientación, además de no ser unánime, está limitada al boleto de compraventa, el cual, como es sabido, es un instrumento de uso muy frecuente en la práctica, lo que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a velar por la protección del adquirente por boleto, que generalmente pagó una parte o la totalidad del precio de la cosa. Esta tendencia quedó claramente reflejada en el art. 1185 bis del Código Civil.

Por tal motivo, entiendo que esa solución no puede aplicarse sin más a un contrato que en esencia es distinto, como es el de la cesión de derechos hereditarios, el cual –entre otras notas diferenciadoras con la compraventa- puede ser gratuito u oneroso. Además –y cabe insistir en ello aún a riesgo de ser reiterativo- una interpretación contraria implicaría soslayar la doctrina legal de la Excma. S.C.B.A. elaborada en torno a la forma del contrato de cesión de derechos hereditarios y a los efectos de su incumplimiento.

Por último, es ilustrativo observar que en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –aún no vigente- se mantiene un

esquema similar, ya que la cesión de herencia debe hacerse por escritura pública (art. 2302) y los actos que no se otorgan en la forma exigida por la ley no quedan concluidos como tales mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero valen como actos en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ello se exija bajo sanción de nulidad (art. 285). No obstante, también se prevé una protección diferenciada para el adquirente por boleto de compraventa (arts. 1170 y 1171).

Todo lo dicho me lleva a concluir que este agravio no es de recibo.

En otro orden, también alega la co-demandada S. C. que ejerce la posesión en representación de su madre, quien, como vimos, sería la coheredera R. L. M..

Si bien la posesión puede adquirirse y/o conservarse por medio de representantes (arts. 2394, 2446 y conc. del Código Civil; Beatriz Areán "Derechos Reales", T. I, págs. 135 y 165/168), en este caso la co-demandada S. C. no ha alegado idóneamente, ni probado, ejercer tal representación.

En efecto, recuérdese que la contestación de demanda fue desglosada por resultar extemporánea, en los términos del art. 38 inc. 1ro. del C.P.C.C. (fs. 51). Con posterioridad los codemandados efectuaron la presentación de fs. 58/60, adjuntando al mismo el convenio de fs. 52/53/54, y fue en esta oportunidad que –entre otros argumentos– manifestaron ejercer la posesión también en representación de una heredera forzosa (fs. 59vta., segundo párrafo). Así las cosas, si bien en estos autos se admitió la agregación de tal convenio y naturalmente también de la presentación por medio de la cual se lo adjuntaba –nótese que el Sr. Juez "a quo" corrió traslado del mismo a fs. 61 y lo mencionó en la sentencia a fs. 75 primer párrafo, sin que nada objetara la parte actora pese a que tenía la posibilidad de hacerlo aún ante esta alzada, conf. fs. 87– ha de interpretarse que ello no importa admitir una nueva contestación de

demanda sino tan solo permitir la agregación de un documento que no habría sido acompañado a la contestación de demanda desglosada (arg. arts. 332 y 255 inc. 3ro. del C.P.C.C. interpretado *a contrario sensu*). Sobre tales premisas, puede advertirse que la Sra. R. L. M. –supuesta madre de S. C.- ninguna intervención tuvo en el convenio de fs. 52/53/54. Por lo cual, si ésta última pretendía alegar ser representante de su madre debió haberlo alegado al contestar demanda –lo que no sabemos si hizo, ya que la misma fue desglosada- y no al agregar un convenio en el que su madre no tuvo ninguna intervención. Puede inferirse que ello explica por qué el Sr. Juez de grado no hizo ninguna referencia a este argumento en la sentencia de fs. 74/75.

Lo dicho lleva a concluir que no es posible abordar en esta instancia una cuestión que no fue idóneamente planteada en la de origen (arts. 266 y 272 del C.P.C.C.).

A lo expuesto –que por sí mismo bastaría para desestimar este agravio- cabe sumar que los codemandados no explican qué tipo de representación ejercerían respecto a la Sra. R. L. M. (es decir, si es legal o voluntaria), y ni siquiera han acreditado fehacientemente que S. C. sea hija de la mentada coheredera (arts. 354 inc. 2 del C.P.C.C. aplicado analógicamente y 375 del C.P.C.C.).

En otro de los agravios sostienen los recurrentes que si bien en la sentencia apelada se afirmó que cada coheredero está autorizado a ejercer las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, no se ha valorado que ellos también están conservando la cosa común hasta la partición, y que inclusive le han realizado mejoras.

A ello cabe decir que lo afirmado por el “a quo” es correcto, ya que su expresión está referida a la legitimación activa de los coherederos, quienes –como ya vimos- pueden ejercer todas las acciones que tengan por objeto conservar sus derechos sobre los bienes hereditarios (art. 3450 del Código Civil). Más ello no implica que el demandado pueda

resistir la pretensión de desalojo alegando que conserva adecuadamente la cosa, pues muchos de los legitimados pasivos de un desalojo –es decir, locatarios, sublocatarios, tenedores, intrusos, o cualquier otro ocupante cuyo obligación de restituir sea exigible, conf. art. 676 del C.P.C.C.- conservan la cosa en términos razonablemente adecuados, por lo que admitir tal defensa, además de no estar prevista en la ley, reduciría notoriamente el ámbito de aplicación estos procesos.

Por último, se agravan los recurrentes de que no se haya tenido en cuenta el dictamen del Sr. Asesor de Menores e Incapaces.

Como ya lo dijimos en la reseña inicial, a fs. 69/72 obra el esmerado dictamen del Sr. Asesor de Menores e Incapaces Ad-Hoc, Dr. Luciano Nicolás Martín. En un pasaje de esa pieza procesal el representante del Ministerio Público sostiene que la oportunidad en la que deben intervenir los defensores es al momento del lanzamiento, para asegurar el contacto personal con sus representados y adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales del niño. Y luego, al concretar su dictamen, requiere que se suspenda el proceso de desalojo – que en función de lo antes dicho se infiere que no se refiere al proceso en sí mismo sino al eventual procedimiento de lanzamiento- hasta tanto se halle una solución que proteja los intereses de los niños, es decir, una vivienda acorde, ya sea por los padres o por el Estado.

Esta Sala tiene reiteradamente dicho que “En atención a la protección especial que el derecho internacional de los derechos humanos así como el derecho constitucional reconocen a las personas menores de edad, se considera necesario dar debida intervención al Asesor de Menores, con anterioridad a la ejecución de la sentencia de desalojo con el fin de garantizarles el derecho a la vivienda” (arts. 27 inc. 3, 3 y 4 CDN, art. 14 bis y 75 inc. 22 y concc. CN, leyes 13.298 y 13.634, art. 59 C.C. y Resol. 452/2010 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia; conf. esta Sala causas n° 55143 “Lorenzo” del 06.10.11.; n°

55.017, “Díaz” del 15.12.11.; n° 56.762, “Ortellado” del 19.06.12.; n° 56.055, “Benigni” del 06.11.12.).

En el caso de autos, no hay referencias concretas a la situación socioeconómica del grupo familiar que habita el inmueble cuyo desalojo se pretende, por lo cual cabe la posibilidad de que sean los propios padres de los menores quienes puedan dar solución a la situación, posibilidad que el propio Asesor se representa al emitir su dictamen (fs. 72vta.). De todas maneras, dado que el Asesor fue notificado de la sentencia apelada (fs. 81/82) pero no constituyó domicilio en ante la alzada, en la instancia de origen deberá notificársele el presente decisorio para que, en su caso, adopte las medidas que estime corresponder (conf. Resol. 452/2010 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia).

Con tales alcances, voto por la **afirmativa**.

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** adhirieron por los mismos fundamentos **al voto precedente**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo confirmar la sentencia de fs. 74/75; disponiéndose que una vez devueltos los autos a la instancia de origen se notifique el presente decisorio al Sr. Asesor de Menores “ad hoc” a fines de que adopte las medidas que estime corresponder para salvaguardar los derechos constitucionales de sus representados en caso de que los mismos no puedan se garantizados por sus progenitores (conf. Resol. 452/2010 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia).

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** adhirieron por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve:** confirmar la sentencia de fs. 74/75; disponiéndose que una vez devueltos los autos a la instancia de origen se notifique el presente decisorio al Sr. Asesor de Menores “ad hoc” a fines de que adopte las medidas que estime corresponder para salvaguardar los derechos constitucionales de sus representados en caso de que los mismos no puedan ser garantizados por sus progenitores (conf. Resol. 452/2010 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia). Con costas de alzada a los recurrentes (art. 68 del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-

