------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los veinte días del mes de agosto del año dos mil veinticuatro, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial N° V de la Provincia del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia del Sr. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"G., L. F. y otros c/ C., F. D. y otros s/ Desalojo"*** (Expte. N°: 71 – Año: 2024 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------Practicado el 22 de mayo de 2024 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FLASS - FRÜCHTENICHT.----------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fecha 09 de febrero de 2024? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Se abre esta jurisdicción con motivo de la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia definitiva que rechazó la demanda de desalojo promovida por L. F. G., H. A. G., L. G., C. F. G. y W. J. G. contra F. D. C., M. Á. S., B. S. y demás subinquilinos y/u ocupantes respecto del inmueble individualizado como Ejido X., Circunscripción X., Sector X., Manzana X., Parcela X., dominio X., sito en Av. A. N° X. de la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut. Impuso costas en el orden causado y reguló honorarios profesionales.----------

------Por ID 1445040 de fecha 09 de abril de 2024 expresó agravios la actora. Introduce los antecedentes de la causa y centra sus agravios en dos aspectos que le achaca a la sentencia.----------

------A) Reconocimiento de un Derecho Real de Habitación a favor de la demandada C. sobre la totalidad del inmueble objeto de autos excediendo las propias pretensiones introducidas por la cónyuge supérstite.----------

------Desarrolla esta queja sosteniendo que el juez "a quo" se ampara en un argumento contrario a la normativa vigente, el objeto del proceso que consistió en el desalojo del inmueble contra C. y S. y/o cualquier otro ocupante del inmueble integrante del acervo hereditario, que la demanda fue rechazada por el erróneo argumento de que correspondía reconocer a C. el derecho real de habitación del cónyuge supérstite sobre la totalidad del

inmueble.----------

------La sentencia concluye que como se solicitó el desahucio de todo el inmueble y C. planteó el derecho real de habitación solamente sobre una de las dependencias, debe rechazarse íntegramente la demanda reconociendo a favor de C. el derecho real de habitación sobre todo el inmueble en virtud de la imposibilidad de efectuar subdivisiones en el bien por no estar así pedido por los actores.----------

------Que esa forma de resolver violenta el debido proceso por cuanto resuelve ultra petita porque C. invoca el derecho real de habitación sobre una dependencia que se trata de una casa/departamento situada detrás de los locales comerciales donde residía con el padre de los actores y porque no es cierto que resulte necesario que el actor peticione subdivisiones en el inmueble para reconocerle el derecho real de habitación, fue la propia accionada quien lo solicitó de dicha forma.----------

------Afirma que el inmueble objeto de autos se encuentra subdividido en la práctica que eso está acreditado en los autos “G., L. F. y otros c/ S., M. Á. y otra s/ Ordinario” (Expte. N° 815/2018) y “G., H. A. s/ Sucesión Ab-Intestato” (Expte. N° 741/2016) donde surge que el inmueble tiene en su frente dos locales comerciales atrás de ellos una vivienda donde reside C. y en la parte posterior dos departamentos ocupados por los hijos de C., que eso no puede desconocerlo el juez porque los expedientes tramitaron en el juzgado a su cargo y fueron ofrecidos como prueba y fue reconocido además al contestar la demanda.----------

-------Que por ello, si el juez sentenciante consideraba que correspondía hacer lugar a la defensa interpuesta por C., la demanda de desalojo debió prosperar sobre todas las demás dependencias del inmueble objeto de autos. Lo contrario constituye un atropello al debido proceso, afecta el principio de congruencia y derecho de defensa en juicio del actor.----------

------B) Reconoce en cabeza de C. el derecho real de habitación contrariando las disposiciones del art. 10 y 2152 inc. d del CCyCN.----------

------En ese sentido describe la figura y dice que resulta de aplicación analógica el art. 2160 del CCyCN relativo al derecho de uso de habitación y usufructo, que le está vedado al cónyuge supérstite arrendar, dar en comodato el inmueble sea total o parcialmente, tampoco podía ceder el derecho de habitación.----------

------Debe recordarse que la figura tiene una finalidad asistencial y excepcional que pretende procurarle al cónyuge sobreviviente una vivienda en el otoño de su vida.----------
------Se detiene en las causales de extinción del usufructo: art. 2152 inc. d del CCyCN el cual dispone que se produce la extinción del usufructo por: el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente.----------
------Que en el caso de autos el oficial notificador corroboró que los locales comerciales situados en el frente del inmueble son alquilados como locataria la Sra. F. a la Sra. C. como locadora.----------
------Que resulta evidente la incorrecta apreciación del instituto llevada a cabo por el juez "a quo", el inmueble se encuentra subdividido en distintas dependencias o departamentos y C. alquila dependencias a 3 con fines comerciales, resolvió así "ultra petita" reconociendo en cabeza de la cónyuge supérstite un derecho real de habitación sobre la totalidad del bien cuando ella misma solicitó sobre una de sus dependencias a la casa que fuera sede del hogar conyugal.----------
------Sustanciados los agravios fueron contestados por los demandados por ID 1454464 el 16 de abril de 2024 y por ID 1462817 el 22 de abril de 2024.--
-----Se llamó autos para sentencia el 03 de mayo de 2024, practicado el sorteo de ley el 22 de mayo de 2024, desinsaculado a votar en primer término procedo a emitir mi voto en este acto bajo las prescripciones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------
------El juez de origen rechazó la demanda de desalojo contra F. D. C., M. Á. S. y/o B. S. porque entendió que correspondía atender el planteo de la cónyuge: art. 2383 del CCyCN ella no tiene la obligación de restituir el bien.-
------Dijo también el sentenciante que los actores pretendían el desalojo de todo el inmueble descripto en la demanda, que no pueden hacerse distingos porque exceden el marco del conocimiento acotado del desalojo más allá de los puntualizados por los accionados.----------
------No analizó los medios defensivos de M. A. S. y B. S. en virtud de la imposibilidad de efectuar subdivisiones en el inmueble por no estar así peticionado por los actores.----------
------No le asiste la razón al quejoso. Efectivamente al tiempo de promover la acción de desalojo lo hizo contra los nombrados en su carácter de ocupantes del inmueble individualizado.----------

------No dijo lo que ahora pretende acerca de la subdivisión del bien lo que por otra parte no surge del informe de dominio acompañado el 10 de junio de 2024.----------

------A su vez en un juicio de desalojo es preciso destacar que procede solamente cuando el demandado está obligado a restituir el inmueble en virtud de una obligación nacida en un contrato, como la locación de cosa, del comodato, del otorgamiento de la tenencia precaria, o cuando quien lo detenta resulta un intruso.----------

------El proceso de desalojo tiene por objeto recuperar la tenencia de aquel que precariamente ocupa un bien sin demostrar ningún título válido que justifique su tenencia.----------

------El objeto de la acción de desalojo es asegurar la libre disposición de los inmuebles, al que tiene derecho a ellas, cuando son detentados contra su voluntad por personas que entraron en posesión precaria mediante actos o contratos que por cualquier causa no pueden considerarse ya existentes.----

------Es una acción personal reglada por el art. 692 y ssgtes. del C.P.C. y C. y no constituye como se intenta una vía sucedánea de las acciones petitorias o posesorias. Es decir no procede si el accionado comprueba “prima facie” la efectividad de la posesión que invoca como en el caso, la demandada C., a través del derecho real de habitación de la cónyuge supérstite y el condomino del codemandado S. justificando lo verosímil de su pretensión.----------

------Toda investigación como se pretende que la trascendiera desnaturalizaría la acción en la que está excluido lo referente al derecho de propiedad al “ius possidendi” o el “ius possesionis”.----------

------Es lo ocurrido en el caso traído a conocimiento de esta Sede quien resulta acreditar que ocupa el inmueble en mérito a algún título o condición jurídica que le da derecho a ampararse en la tenencia o posesión del inmueble, negando la obligación de restituir.----------

------No se puede discutir en este proceso de desalojo el derecho de habitación viudal sobre el inmueble con invocación de la superficie y la existencia de otras dependencias que arrendaría la demandada C. por exceder la finalidad de la ley.----------

------Asimismo no rebate las conclusiones del juez de grado en torno a que no fue solicitado ello en la demanda donde se limitó a dirigir la acción contra F. D. C., M. A. S., B. S. y demás inquilinos y/u ocupantes del inmueble objeto

de autos.----------
------Ahora en la Alzada pretende limitar la acción a una porción del inmueble que no lo solicitó en la instancia originaria. Juega en la especie el valladar del art. 281 del C.P.C. y C. que edicta: “El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia”.----------
------Verificada entonces la defensa invocada con sustento en la posesión, en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, y en la porción de dominio que le habría quedado al restante poseedor del bien, la demanda fue bien rechazada.----------
------Para terminar diré que el reconocimiento formulado en la sentencia acerca del derecho real de habitación de la cónyuge lo es a los fines de repeler la acción personal de desalojo, donde se exhibe condición o título idóneo en calidad de causa legítima para continuar la ocupación, por lo que no tiene obligación de restituir el inmueble como consecuencia del proceso de desalojo aquí promovido.----------
------Las cuestiones de fondo deben hacerse valer en el proceso correspondiente, donde se justifica un debate más intenso que excede el marco del desalojo como acción personal.----------
------Los agravios se rechazan. Así lo VOTO YO.----------
------Costas de Alzada a los apelantes vencidos en atención el resultado habido en la apelación, principio objetivo de la derrota y por no encontrar ningún mérito para apartarme del mismo (art. 69 del C.P.C. y C.). Así lo VOTO POR ÚLTIMO.----------
------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------
------El Dr. Petris ha reseñado ya con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa y solo corresponde analizar los agravios.----------
------El recurrente, en forma confusa, plantea varias críticas. Sostiene que la sentencia falló más allá de lo pedido, pues la Sra. F. C. solo pretendía que se le reconociese derecho de habitación sobre una parte del inmueble; no sobre la totalidad. Aduce que la totalidad del inmueble excede las necesidades y que si se puede dividir. Sostiene además que se le debe caducar el derecho de

habitación por uso abusivo.----------
------Voy a comenzar diciendo que la caducidad del derecho de habitación por uso abusivo excede el marco de la pretensión originaria y no puede ser objeto de análisis.----------
------En cuanto a la impugnación por fallo *ultra petita* (más allá de lo pedido) adelanto que mi voto va a ser contrario a ello.----------
------La actora inició demanda de desalojo y su pretensión solo puede analizarse en ese marco procesal. Al contestar demanda la demandada pretendió dos cosas. Primero que se rechace la demanda de desalojo. Segundo que se le reconozca derecho de usufructo sobre una parte del inmueble que no especifica. La sentencia de grado hizo lugar a lo primero y no se expidió sobre lo segundo todo lo cual muestra con claridad que no hay *ultra petita*.----------
------A los efectos de la primera pretensión de la demandada, es decir que se rechace la demanda de desalojo, invocó su *"DERECHO DE HABITACIÓN VIUDAL"* Allí reconoció que *"cuando el valor del inmueble o su superficie exceden las necesidades habitacionales del cónyuge, este no puede ampararse en el instituto, porque estaría ejerciendo su derecho en forma anti funcional, configurando el abuso de derecho"* pero expresamente y de forma inmediata agrega ***"situación que no se da en el presente caso".***-
------La sentencia de grado rechazó la acción de desalojo, tal como lo había pedido la demandada, pero no se expide sobre la pretensión de reconocerle un usufructo sobre parte del inmueble. La demandada no solicitó aclaratoria ni apeló la sentencia. No corresponde expedirnos sobre esa omisión.---------
------El motivo por el cual el Sr. Juez de grado rechazó la demanda de desalojo fue la ausencia de un deber personal de restituir ya que la ocupante no detentaba una simple tenencia sino un derecho habitación viudal, de naturaleza real y reconocido por el artículo 2383 del CCyC. todo ello, como bien dice la sentencia, *"…Sin perjuicio que los actores pudieren a todo evento accionar conforme lo establece el propio CCyCN alegar y demostrar en contra la procedencia de este derecho real de habitación esgrimido por la cónyuge supérstite".*----------
------Reitero. Al contestar demanda la demandada pidió dos cosas: 1) que se rechace la acción de desalojo; 2) que se le reconozca un derecho de usufructo parcial sobre una de las dependencias. La sentencia rechazó la acción de

desalojo y no se expidió sobre el usufructo parcial pretendido. No encuentro que haya habido un fallo que exceda lo pretendido en la contestación de demanda. Hubo quizás, una omisión a decidir sobre el usufructo pretendido pero esto tendría que haber sido recurrido por la demandada que era quien tenía interés jurídico en ello. El silencio de esta última obsta a cualquier posibilidad de análisis, pero nada me hace concluir que hubo un fallo en exceso; quizás en demérito, ya que no decidió algunas de las cuestiones propuestas, pero bajo ningún punto de vista incurrió en *ultra petita* como pretende la recurrente.----------

------Con lo dicho es suficiente para rechazar el agravio bajo análisis y así lo voto.----------

------Sin perjuicio de lo dicho voy a coincidir también con el Sr vocal que me precedió y con el Juez de grado en que la acción de desalojo no es el camino pertinente para recuperar la posesión de un inmueble detentado, no como simple tenencia, sino en virtud de un derecho real de habitación.----------

------También de manera accesoria debo decir que el allanamiento parcial de la demanda –en caso de que hubiera existido y que no lo fue- debería ser interpretado con carácter restrictivo. Se trataría de una renuncia de derechos y esta no ha de presumirse. Concretamente, si alguien demanda el desalojo de un inmueble y la demandada ofrece entregar solo una parte del bien, ese ofrecimiento no puede ser interpretado como allanamiento parcial sino solo como una propuesta de conciliación. El objeto de la obligación de abandonar o desalojar un inmueble consiste en un hacer único que por su propia naturaleza no es divisible. El objeto de una obligación de hacer solo es divisible cuando la conducta debida se prorroga en el tiempo pero no cuando se resuelve en un solo acto (*facere*). Nadie evacúa en partes.

Distinto hubiera sido lo que se ejecuta judicialmente es una obligación de dar. En este caso la prestación sería divisible si la cosa fuera divisible. Ahora bien, en este último caso el actor debía incoar una acción real, no la acción personal de desalojo. Para que se entienda, una propiedad inmueble puede ser divisible, pero en la acción de desalojo lo que se reclama no es la propiedad –ya que no se trata de una acción real- sino el incumplimiento de una obligación de hacer: el desalojar. Esta obligación de hacer no es divisible: se hace o no se hace.----------

------Por todo lo anteriormente expuesto, y tal como lo llevo dicho, el recurso de apelación debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------Resta referirme las costas de esta instancia y en atención a la solución que propongo al Pleno ellas deben ser impuestas al recurrente vencido así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Conforme con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a los actores vencidos (art. 69 del C.P.C. y C.); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. S. G. en el 3%, los del Dr. P. M. en el 4,2% y los de la Dra. V. C. en el 4,2%; en todos los casos más el IVA pertinente de corresponder y a calcularse del monto del proceso que se determine en la estación procesal oportuna, por lo actuado ante esta Alzada, haciendo constar que para el caso de no alcanzarse los mínimos legales, ellos se fijan en **OCHO (8) JUS**, **DIEZ (10) JUS** y **DIEZ (10) JUS**, respectivamente, conforme a los valores vigentes al tiempo de esta sentencia (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 18 y ccdts. de la ley del arancel).----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

------En consonancia con lo expresado al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** la sentencia objeto de apelación; **2) IMPONER** las costas al recurrente vencido (art. 69 del C.P.C. y C.); **3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. S. G. en el 3%, los del Dr. P. M. en el 4,2% y los de la Dra. V. C. en el 4,2%; en todos los casos más el IVA pertinente de corresponder y a calcularse del monto del proceso que se determine en la estación procesal oportuna, por lo actuado ante esta Alzada, haciendo constar que para el caso de no alcanzarse los mínimos legales, ellos se fijan en **OCHO (8) JUS**, **DIEZ (10) JUS** y **DIEZ (10) JUS**, respectivamente, conforme a los valores vigentes al tiempo de esta sentencia (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 18 y ccdts. de la ley del arancel).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial N° V de la Provincia del Chubut, ***resuelve:***----------

------I.- CONFIRMAR la sentencia apelada.----------

------II.- IMPONER las costas de esta Alzada a los actores vencidos (art. 69 del C.P.C. y C.).----------

------III.- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. S. G. en el 3%, los del Dr. P. M. en el 4,2% y los de la Dra. V. C. en el 4,2%; en todos los casos más el IVA pertinente de corresponder y a calcularse del monto del proceso que se determine en la estación procesal oportuna, por lo actuado ante esta Alzada, haciendo constar que para el caso de no alcanzarse los mínimos legales, ellos se fijan en **OCHO (8) JUS**, **DIEZ (10) JUS** y **DIEZ (10) JUS**, respectivamente, conforme a los valores vigentes al tiempo de esta sentencia (arts. 5, 6 bis, 7, 13, 18 y ccdts. de la ley del arancel).----------

------IV.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, última parte, del C.P.C. y C.----------

GÜNTHER E. FLASS **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° 48 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2024. CONSTE.