Expte. Nº 34133-2015 - “P, A. P. c/ B, M. s/ determinación precio alquileres” - CÁMARA PRIMERA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) – SALA TERCERA - 27/12/2019

En la ciudad de San Isidro, a los 27 días del mes de diciembre de dos mil diecinueve, reunidas en Acuerdo las señoras Jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctoras SILVINA ANDREA MAURI y MARIA IRUPÉ SOLÁNS, para dictar sentencia en los autos caratulados: “P, A. P. c/ B,, M. s/ determinación precio alquileres” expediente nº SI-34133-2015; practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dras. Soláns y Mauri resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A la cuestión planteada, la señora Juez doctora Soláns dijo:

A. El asunto juzgado

A. 1) Se presenta A. P. P, y promueve este incidente sobre fijación de valor locativo del 80% -que le corresponde con carácter de bien propio- del bien ubicado en el Barrio “La Lomada del Pilar”, Panamericana Ramal Pilar Km. 45, lote…, Del Viso, Pilar, domicilio de la accionada M. B.

Justifica con copia del testimonio respectivo el divorcio entre las partes (9/4/2012 y aclaratoria del 6/4/2012) y acompaña copia del título de propiedad correspondiente al inmueble.

Relata que como consecuencia del divorcio y a partir de la separación de hecho producida en el año 2010 dejó de habitar el inmueble que fuera sede del hogar conyugal y desde entonces su ex esposa hace uso indiscriminado del mismo.

Explica que en un momento se le otorgó judicialmente a la accionada la atribución del hogar, pero luego esta medida cesó por acuerdo de partes celebrado en la audiencia del 12/11/2014 en los autos “B, M. c/ P, A. P. s/ liquidación de sociedad conyugal” N° 2033/2012.

Agrega que en el expediente “P, A. P. c/ B, M. s/ medidas precautorias” N° 6725/2013 se ordenó el archivo de las actuaciones siendo que las partes desistieron de la totalidad de las acciones patrimoniales y/o medidas precautorias seguidas entre ambos.

Alega que la propiedad fue adquirida cuando ambas partes eran de estado civil solteros, resultando el reclamante titular del 80% y M. B, del 20% restante. Dice que desde el año 2010 se vio privado del derecho al uso y goce del inmueble que ocupa la demandada, sin contraprestación alguna, situación cuyo cese reclama solicitando por tanto la fijación de un canon locativo a su favor.

Agrega que actualmente se encuentra alquilando una propiedad para vivir en el Barrio Ayres del Pilar. Ofrece prueba.

A. 2) Se presenta M. B, a contestar el incidente y niega todos y cada uno de los hechos expuestos por la contraparte.

Refiere que el presente proceso guarda estrecha relación con el juicio que tramita por ante el Juzgado de Familia N° 1 de Pilar. En dichas actuaciones las partes desistieron de las medidas cautelares allí dispuestas y llegaron a un acuerdo respecto de la disolución de la sociedad conyugal, pero nadie cuestionó la atribución del hogar conyugal a su parte pese a que ella y la hija menor del actor, viven allí.

Manifiesta que no es cierto que la niña emplea sólo el diez por ciento de la casa sino que utiliza todo lo que necesita y dentro de las obligaciones del padre está la de darle vivienda, motivo por el cual Jazmín vive en la casa en cumplimiento de la obligación alimentaria del padre de proveerla.

Expresa que el uso y goce de la cosa común es un derecho de cualquiera de los condóminos y en el caso de autos el uso y goce de la porción del actor está siendo usufructuada por su hija por la atribución del hogar conyugal que no está cuestionada, y en cumplimiento de su obligación alimentaria de darle vivienda a su hija menor de edad.

Dice que actualmente P, alquila una propiedad para vivir en el Barrio Ayres del Pilar por la suma de $24.000 mensuales más el valor de expensas de $5.000, que es uno de los barrios cerrados más costosos de la zona de Pilar siendo innecesario y desmedido afrontar ese gasto para la vivienda de una única persona. Indica que realiza viajes constantemente y a lugares de alto gasto económico, que tiene un auto de alta gama que no es de primera necesidad lo que evidencia ser una persona de holgada solvencia económica. Por ello entiende que su pretensión es privar a la hija en común de la vivienda que fuera el hogar conyugal y lugar donde Jazmín vive desde que nació, y el que utiliza en su totalidad siendo allí visitada por sus amistades y familiares.

Alega que el actor pretende caprichosamente despojar de la vivienda a su hija y a la madre de ésta sin compensación alguna, y esa actitud revela odio e interés personal en gozar de sus posibilidades económicas sin ofrecer solución apropiada de vivienda a su hija y a la accionada que es condómina en un porcentaje.

B. La solución dada en primera instancia.

La sentencia apelada, en primer término se refirió al marco normativo que aplicaría al caso. Consideró esencial tener en cuenta que en los autos “P, A. P. c/ B, M. s/ división de condominio” iniciados en diciembre de 2011 se hizo lugar a la pretensión de división de condominio y se autorizó la venta desafectándolo del régimen de bien de familia que dicho inmueble registraba.

De acuerdo a tal contexto de situación y en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del CCyC decidió que la norma de aplicación para el presente caso es el Código Civil en tanto debe aplicarse la ley vigente al momento de interposición de la demanda de división de condominio por su íntima vinculación con las actuaciones aquí debatidas, marco dentro del cual debe analizarse la pretensión incoada por P.

Aclaró que distinta solución deberá adoptarse si superado tal valladar anterior, debían analizarse consecuencias no agotadas de la relación jurídica o lo que atañe a la extinción de esa relación en la que debe aplicarse la ley posterior a los períodos no consumidos e incluso a los consumidos si la ley ha establecido expresamente su carácter retroactivo y no se vulneran derechos adquiridos.

Respecto a la solución del caso tuvo por probada la cotitularidad del inmueble por parte de P, en un 80% y de B, en un 20% así como el uso exclusivo del bien por parte de B, juntamente con la hija menor de ambos.

Consideró que quienes, como las partes, tienen un derecho de copropiedad indiviso sobre un

inmueble, gozan del derecho a obtener una compensación mensual por el uso exclusivo y excluyente que efectúa el restante condómino conforme surge de los arts. 2673, 2676, 2680, 2684, 2685 y 2691 del C.Civil.

Ponderó que en autos se encuentra pendiente la partición dispuesta en la sentencia dictada en los autos sobre división de condominio por lo que asiste razón al accionante en que se le reconozca un adecuado resarcimiento que compense el provecho que con su actitud ostenta la demandada.

Discurrió que sin perjuicio de que la ocupación de B, es a título de dueña y no de locataria, el resarcimiento debido por el uso de la cosa debe ser determinado en base al valor locativo del bien y en la proporción que le corresponde al reclamante.

Entendió que la restricción de uso se compensa con la entrega de dinero que repare el perjuicio que alguno de los condóminos sufre a causa del beneficio que otro de ellos goza en especie mediante el aprovechamiento exclusivo de la cosa.

Concluyó que siendo B, habitante de un inmueble respecto a cuya ocupación se ha solicitado el cese, corresponde y así se decidió que pague un canon locativo a efectos de no enriquecerse a expensas del empobrecimiento del condómino no ocupante.

A fin de establecer el valor locativo y en base al dictamen del perito martillero de autos al cual se le reconoció validez probatoria, estimó el alquiler mensual en $40.000 debiendo abonar según su proporción ideal en el inmueble desde la fecha de interposición de la demanda (25/11/2015) por ser el momento en que se exteriorizó la voluntad del restante condómino de no consentir el uso exclusivo –gratuito- del inmueble y de cobrar por el mismo un canon locativo.

Con respecto a los cánones devengados, aplicó analógicamente la normativa de la locación de inmuebles y decidió que el canon locativo debió abonarse del 1 al 10 de cada mes por adelantado (art. 1556 del C.Civil), por lo que habiéndose producido la mora por la falta de pago en fecha referida respecto a cada uno de las mensualidades (art. 509 del C.Civil) aquéllos devengan un interés moratorio desde el vencimiento de la época de pago relativa a cada uno de los períodos, a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días y hasta su efectivo pago.

C. La articulación recursiva.

La sentencia es apelada por la parte demandada conforme los agravios presentados a fs. 380/386, contestados electrónicamente por la contraria el 19/7/2019.

D. Los agravios.

El primer agravio de la accionante se refiere al marco normativo aplicado en la sentencia apelada. Lo considera totalmente improcedente, arbitrario y fuera de contexto legal.

Aduce que el nuevo Código Civil y Comercial entró en vigencia el 1/8/2015 por lo que toda actuación iniciada con posterioridad a dicha fecha le es aplicable su normativa y las presentes fueron iniciadas el 25/11/2015, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Alega que si bien la causa de división de condominio agrupa a las mismas partes que en este proceso, se trata de expedientes con diferentes pretensiones, ofrecimientos probatorios independientes y de tramitación separada. Agrega que al momento de iniciarse las presentes no se

había dictado sentencia en el juicio de división de condominio y ambos siguieron su curso por separado.

Sostiene que el inicio de la presente causa, el 25/11/2015, generó una situación jurídica con consecuencias, con una pretensión diferente a la de división de condominio ya que el objeto de estos autos es obtener el cobro de un canon locativo.

Manifiesta que previo al inicio de la demanda (25/11/2015) no existía la situación jurídica aquí planteada –pretensión de cobro de alquileres-, por lo que no puede aplicarse al caso la normativa anterior (Código Civil Velezano).

Afirma que resulta contradictoria la sentencia al reconocer al actor derecho al cobro del canon desde el inicio de la demanda y aplicar a a la situación una normativa previa al inicio de aquélla.

También se agravia porque la juez de grado omitió deliberadamente tener en consideración la circunstancia dada porque en el inmueble que fuera sede del hogar conyugal habita la hija menor de ambas partes.

Argumenta que la sentenciante trata el caso de autos como si las partes fueran simples condóminos con un derecho de copropiedad indiviso sobre el bien, sin considerar las circunstancias de hecho y las pruebas aportadas por su parte.

Insiste en que no puede dejarse de lado que estas actuaciones se encuentran directamente relacionadas con las cuestiones debatidas en las contingencias de familia que tramitan ante el Juzgado de Familia n° 1 de Pilar y que fueron ofrecidas como prueba desde el inicio de la contestación de la demanda.

Expresa que de dichas causas se desprende que la apelante tiene vigente la atribución del hogar conyugal respecto del inmueble cuyo canon locativo aquí se persigue, que Jazmín tiene el derecho de habitar la casa de su padre y madre en forma armónica y pacífica y como complemento de la cuota alimentaria que le debe proveer el padre, la cual cumple muy escasamente ya que abona la cantidad de $6500 mensuales. En virtud de ello es que la apelante ha iniciado un pedido de aumento de cuota alimentaria en el expediente “B, c/ P, s/ alimentos PL-1481-2010.

Manifiesta que de disponerse el canon locativo se estaría perjudicando directamente a la menor ya que la capacidad económica de su parte disminuiría considerablemente no pudiendo cubrir las necesidades básicas de la niña. Dice que es ella quien se encarga de alimentarla, vestirla, transportarla al colegio y del costo de las actividades sociales, mantiene el inmueble y el vehículo que utiliza para transportar a su hija, todo ello frente al pago de $6500 mensuales de cuota alimentaria. Por otra parte, dice que el actor no es un padre pobre sino que vive en el Barrio Privado Ayres de Pilar, trabaja a nivel gerencial en la compañía CNP Seguros -con un alto nivel de ingresos-, posee cantidad de propiedades, vehículos de alta gama y realiza innumerables viajes al exterior.

Entiende que de mantenerse esta sentencia el actor se estaría enriqueciendo a costa de la demandada (madre de la hija en común) convalidándose un ahogo económico a la hija de las partes y a la apelante, que traería aparejada la falta de vivienda y vida en armonía para Jazmín, arrasándose con los derechos de la menor amparados por la Constitución Nacional (art. 16, 75 inc. 22 y 23); Convención de los Derechos del Niño (arts. 2, 3, 9, 12, 13, 14, 18 y 27); Declaración Universal de los Derechos del Hombre (arts. 7 y 25); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 2 y 30); Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1.1, 2, 17, 24 y 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10); Constitución de la

Provincia de Buenos Aires(art. 36); Ley 13.298 (art. 4) y ley 26.061 (art. 3).

Piensa que la jueza jamás atendió el interés de la niña, que se limitó a aplicar las reglas de condominio sin considerar que el inmueble fue sede del hogar conyugal, que la madre demandada vive con la menor, y que tiene atribuido el hogar conyugal. Por ello considera que la sentenciante debió aplicar los principios relativos a la protección de los hijos menores que habitan el hogar familiar.

Razona que el interés de los hijos menores en satisfacer su necesidad de vivienda debe prevalecer por sobre los derechos de propiedad del inmueble por parte del demandante.

Argumenta que en el juicio de alimentos no se incluyó dentro de la cuota alimentaria reclamada y tampoco se determinó suma alguna en concepto de habitación. De mantenerse la sentencia en crisis la menor resultará perjudicada porque por un lado recibe de su padre $6500 mensuales más el colegio y la obra social y por otro lado se ve compelida a abonar una suma por sentencia de $32.000 mensuales más intereses por mora y costas por el canon locativo.

Advierte que es el actor quien se beneficia ilegítimamente e injustificadamente con la sentencia de autos.

También se agravia la apelante porque considera improponible el valor locativo estimado por la jueza de grado. Entiende que la suma de $40.000 mensuales es excesiva sobre todo teniendo en cuenta las valuaciones inferiores propuestas por el mismo actor.

E. El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

E. 1) Antecedentes relevantes.

* El 7/4/2011 se atribuyó provisionalmente el inmueble de autos -que fuera sede de la vivienda familiar- a M. B, (Resolución del 7/4/2011 en los autos “B, c/ P, s/ medidas precautorias PL-586-2011).

* El 9/4/2012 se dictó sentencia de divorcio entre las partes del presente juicio, habiéndose decidido la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al 1/8/2011 (sentencia en autos “P, c/ B, s/ divorcio).

* El 12/11/2014 ambos litigantes arribaron a un acuerdo extrajudicial con relación a la disolución de la sociedad conyugal, decidiendo que la harían en forma privada. En la audiencia celebrada en los autos “B, c/ P, s/ liquidación de sociedad conyugal” PL-2033-2012 desistieron conjuntamente de la acción de liquidación de sociedad conyugal y de todas las acciones patrimoniales y/o medidas cautelares patrimoniales que tramitaban entre ellos. Asimismo, solicitaron el levantamiento de todas las medidas precautorias personales, reales y/o de cuentas bancarias trabadas en todas las actuaciones. Y dejaron asentado que sólo formaba parte de la sociedad conyugal el lote 653 del Barrio “La Lomada”

* El 14/6/2017 se dictó sentencia en los autos “P. c/ B. s/ división de condominio” SI-43396-2012 -la cual fuera confirmada en Segunda Instancia- en la que se decidió hacer lugar a la demanda de división de condominio, se autorizó la venta y se desafectó a dichos efectos el bien de familia sobre el inmueble que fuera sede de la vivienda familiar (en el que actualmente residen la hija común de ambas partes y la demandada). Al presente se encuentra en etapa de ejecución de sentencia

* El 15/6/2018 la demandada inició juicio de alimentos contra el aquí actor, habiéndose fijado una

cuota en concepto de alimentos provisorios.

* El 27/6/2018 la accionada inició juicio de atribución de la vivienda familiar y como medida cautelar solicitó se decrete la prohibición de innovar respecto a la situación con relación al inmueble en el que reside con la hija de ambas partes, peticiones ambas que a la fecha se encuentran sin resolver.

E. 2) Normativa aplicable.

No se encuentra sujeto a controversia que las partes adquirieron el inmueble objeto de autos en condominio, con anterioridad a la celebración de su matrimonio.

Es dato objetivo que conforme resolución dictada por esta Alzada el 9/10/2012 en los autos seguidos entre las partes por división de condominio (ver fs. 104/105) se resolvió que la naturaleza jurídica de la pretensión introducida por el actor es de competencia civil y ajena al fuero de familia.

Sin embargo también ha de advertirse que en los presentes actuados –canon locativo derivado del uso exclusivo del bien sometido a división- iniciado en sede civil en virtud de lo resuelto en el expediente antes mencionado, ambas partes introdujeron al proceso la cuestión vinculada al carácter del inmueble objeto de canon locativo de sede del hogar familiar (originariamente habitado por los ex cónyuges condóminos y su hija menor, y luego de la separación matrimonial por la madre e hija, hasta la actualidad).

El actor solicitó un canon locativo por el uso exclusivo que desde la separación de hecho en el año 2010 detenta la actora y por entender que la atribución del hogar había cesado desde el acuerdo de partes ocurrido en la audiencia celebrada el día 12/11/2014 en los autos “B, c/ P, s/ liquidación de sociedad conyugal”. Por su parte la demandada invocó razones propias del derecho de familia para resistir tal cobro como ser que, a su entender, detenta la atribución del hogar conyugal, vive allí con la hija menor de la pareja, y el actor debe cumplir su obligación alimentaria de proporcionarle vivienda a la menor.

Atento que en autos se encuentra reconocido por las partes el carácter de hogar familiar (ex conyugal y luego de la hija menor y de la demandada) del inmueble cuyo canon locativo por uso exclusivo se persigue, conviene señalar que la vivienda asiento del hogar familiar, es uno de los bienes que ante la ruptura del vínculo conyugal, adquiere importancia preeminente en tanto respecto de su disfrute existe una expectativa jurídica (tanto para la pareja como para los demás integrantes de la familia). En relación al destino de este bien, deben poder decidir los miembros de la pareja parental en igualdad de derechos, independientemente de que detenten o no la propiedad del inmueble sobre el que se asienta la vivienda común. En este sentido cuando la pareja entra en crisis, el problema de la vivienda se agudiza, constituyéndose en uno de los puntos trascendentes al momento de analizar las consecuencias de la crisis familiar (determinar a cuál de los convivientes le corresponde la asignación del hogar común) lo que importa resolver la inevitable tensión entre los bienes (regulados por principios y normas que atañen a los derechos reales y personales) y que las exigencias familiares (derecho de familia).

La problemática jurídica de la vivienda familiar adquiere significativa importancia, en el caso de la ruptura de la convivencia de pareja. De allí que la especialidad de la materia en un punto desplace la aplicación de normas destinadas a regir las relaciones entre personas que no conforman una ex_pareja con un hijo menor en común (propias de los derechos reales en general).

En estos casos, no se trata únicamente del ejercicio de derechos de uso entre condóminos, sino que se acopla el de los correspondientes a los ex cónyuges respecto a la vivienda familiar (causa “E.C.E.

c/ N.S. s/ incidente de fijación de canon locativo" SI-12539-2016 RSI: 93/2018 de esta Sala IIIa), máxime que en el caso, en el inmueble se encuentra viviendo la ex pareja de la parte actora junto a la hija menor de ambos, Jazmín, siendo tal circunstancia determinante para resolver las presentes actuaciones también de acuerdo a las normas relativas al derecho de familia (art. 7, 439, 443, 444, 445 del CCyC).

Por ello asiste razón a la apelante en su agravio referido a que el marco normativo aplicado omite el tratamiento de la cuestión habitacional de la hija menor de ambas partes en el inmueble que fue sede del hogar familiar y que fuera por ella alegado al contestar la demanda.

Ha de modificarse en este sentido la sentencia apelada, debiendo tratarse el extremo referido.

E. 3) Procedencia del canon locativo a la luz de la normativa del derecho de familia.

Al momento de la ruptura, la posibilidad de atribución del hogar familiar a uno u otro miembro de la pareja, junto a otras personas que formen parte del grupo familiar, constituye una materia disponible para las partes, por lo que resulta no solo posible, sino, altamente ventajoso que puedan ser los propios protagonistas quienes aporten soluciones para poner fin al problema habitacional, que habitualmente constituye un punto medular del conflicto de la familia (Conf. Veloso, Sandra. F., "Atribución del uso de la vivienda familiar", Cita online AR/DOC/443/2017, doct. arts.434 ultima parte, 439 del CCyC).

Sin embargo en el caso de autos, atento las vicisitudes que ocurrieron entre las partes fue en determinado momento el juez quien provisionalmente atribuyó jurídicamente el hogar familiar a la ex esposa del actor con fecha 7/4/2011. No obstante lo cual, dicha medida cautelar efectivamente cesó –tal como afirma el accionante en su demanda- el día en que ambas partes, de común acuerdo, decidieron levantar todas las medidas precautorias personales, reales y/o de cuentas bancarias trabadas en todas las actuaciones que tuvieran entre ellos (causa PL-2033-2012 B, c/ P, s/ liquidación de sociedad conyugal en audiencia celebrada el 12/11/2014).

En efecto, el acuerdo arribado entre las partes el día de la audiencia ocurrida en el marco de la disolución de la sociedad conyugal, analizado bajo el prisma del art 9 del CCyC que adopta el valor de la buena fe como principio general relativo al ejercicio de los derechos, permite concluir con claridad que en la especie ambas partes desistieron de la definición judicial sobre la atribución gratuita del uso del bien asiento del hogar familiar. Por consiguiente no resulta acertada la afirmación de la accionada en cuanto a que se encuentra vigente la atribución jurídica del hogar conyugal decidida en noviembre de 2011 (art. 721 del CCyC), más allá de que se haya mantenido de hecho en la ocupación junto a su hija.

Por otra parte resulta harto evidente que no existió acuerdo de partes para que la demandada B, permaneciera allí de modo gratuito junto a la hija menor de ambos. Prueba de ello es que el actor se encuentra reclamando un canon locativo en relación a este inmueble desde el 24/11/2015 (ver demanda fs. 45vta) del cual la aquí demandada tuvo conocimiento desde el 18/4/2016 (ver cédula de fs. 77/78).

A ello ha de sumarse que la propia accionada inició con fecha 27/6/2018 ante la jueza de familia un formal pedido de atribución de la vivienda familiar así como la medida cautelar de prohibición de innovar respecto de la situación de ocupación actual del inmueble (fs. 30/40 del expediente PL-5791-2018 "B, c/ P, s/ atribución vivienda familiar" que tengo ante mi vista), lo cual importa evidenciar la realidad de la ausencia de anuencia de su condómino y ex cónyuge para su ocupación gratuita así como la inexistencia de un acuerdo o decisión jurisdiccional que la habilite en tal sentido (art. 443 del CCyC, art. 236 del C.Civil).

Siguiendo esta línea, el último referido reclamo judicial de atribución de vivienda familiar por parte de B, resulta un valladar para considerar vigente la atribución cautelar anterior –gratuita- del hogar conyugal o la vigencia de un acuerdo de partes en ese sentido respecto del inmueble cuyo canon locativo aquí se persigue. El principio de la buena fe exige un comportamiento cohe¬rente y el ordenamiento jurídico no puede proteger la pre¬tensión y conducta contradictoria, ni el obrar incoherente (Morello y otros, "Códigos..." T. IV-B, pág. 520). Es que las partes no pueden reclamar una solución que implique contrariar un acto propio precedente, delibe¬rado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (S.C.B.A., Ac. 33.658 del 20-11-84, 34.6l9 del 27-5-86; causas SI-21642/2013, r.i. 122/17 del 25/4/2017, D-10185/17 r.i. 246/17 del 21/06/2017, 698736, r.s.d. 65/2018 del 26-4-2018 de esta Sala IIIa).

Así en función del escenario actual (permanencia de la demandada en la vivienda junto a la hija menor de las partes, reclamo de canon locativo sobre el inmueble por parte de P,, reclamo de atribución de la vivienda familiar y alimentos por parte de B,) no es dable interpretar que la permanencia de la accionada en forma gratuita en el hogar familiar responda al común acuerdo de partes ni a una decisión judicial vigente al respecto (arts. 236 del C.Civil).

Es que conforme los términos de la demanda presentada por B, para que se le atribuya la vivienda a través de un proceso judicial –a la fecha en pleno trámite- resulta claro que tampoco existe definición judicial sobre la cuestión. De tal modo no es posible entender que esté facultada –convencional o judicialmente- a gozar de forma gratuita del inmueble en condominio por detentar la atribución de la vivienda familiar (convencional o judicial) como pretende (art. 443 del CCyC).

La accionada también alega en sus agravios que no corresponde el pago del canon locativo porque la habitación para la hija menor de ambos no se encuentra incluida en la cuota de alimentos y tampoco se fijó suma alguna por tal concepto por lo que de mantenerse la sentencia que hace lugar a la demanda se perjudica a la menor en tanto la suma que recibe en concepto de alimentos es inferior a la que se vería compelida a abonar por el uso de la casa.

Al respecto cabe poner de relieve que la menor no es parte en las presentes, por lo que no se debate en autos sobre una obligación de pago en cabeza de la niña.

Por otra parte, el alegado deber alimentario de A. P, de costear el valor económico de la ocupación por la menor de la vivienda que habita junto a su madre, no surge que haya sido impuesto por sentencia alguna (a lo que se suma que el proceso judicial donde la progenitora de la menor ha solicitado que se pondere la situación de habitación actual así como la realidad de la existencia de la presente causa (ver fs. 146/155 de los autos PL-1481-2010 “B, c/ P, s/ alimentos”), se encuentra en pleno trámite, por lo que no es dable concluir que pese actualmente sobre el Sr. P, la obligación de proveer tal específico aporte (solventar el costo económico de la ocupación del bien que le pertenece en un 80%).

En efecto, la modalidad de cumplimiento de la obligación que en principio pesa sobre ambos padres de proveer vivienda a su hija menor, es materia del juicio de alimentos en trámite, y en tal proceso no se ha resuelto la procedencia o improcedencia de la pretensión de la reclamante y por lo tanto no se ha dado nacimiento a la obligación específica invocada por la Sra.B, (arts. 17, 18 CN).

Además cabe agregar que emerge probado que las partes no sólo resultan condóminos del inmueble de autos (ubicado a la altura 4l km 45 ramal Pilar con una superficie total de 1100 metros y cubiertos 380 m2, cuenta con galería, cochera para tres autos, pileta, living y comedor, family, escritorio, playroom, cocina, lavadero, dependencia de servicio, varios dormitorios con baño en suite y vestidor, salón de juegos en entre piso conforme ilustran las fotografía de fs. 223/262) sino

que también se distribuyeron extrajudicialmente otros bienes; a lo que debe sumarse el lote 653 en el Barrio cerrado La Lomada de Pilar, terreno anexo a la casa habitación de 852 m2 de superficie (conf. sentencia del 14/6/2017 confirmada por esta Alzada el 4/9/2018 en el expediente SI-43396-20125 "P, c/ B, s/ división de condominio). Asimismo quedó probado con autoridad de cosa juzgada que el inmueble objeto del presente juicio por su superficie, valor fiscal y tasaciones excede las necesidades de la Sra. B, y su hija menor (sentencia en el expediente SI-43396-20125 op. cit). Todo ello impide considerar que la sentencia en crisis ponga en riesgo el interés de la menor de vivir en una vivienda acorde a sus necesidades como alega la accionada en sus agravios (art. 14, 75 inc. 22 CN, art. 3.2 CDN, art. 36 inc. 2 Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Así entonces, en función de la situación de hecho en cuanto a la ocupación de la condómina demandada de la vivienda de marras en forma exclusiva respecto al condómino actor, de la falta de acuerdo de las partes -como ex cónyuges padres de una niña- respecto a la materia, de la ausencia de definición judicial sobre atribución gratuita de la vivienda familiar a favor de la accionada, de la inexistencia de sentencia de alimentos que disponga que el costo de la ocupación de madre e hija es un aporte debido por el padre –por tal concepto- a favor de su hija ocupante, y la ausencia de prueba que demuestre que el decisorio ponga en riesgo el interés de la menor (de habitación), es que no surge demostrado error en la sentencia que hace lugar al reclamo por cobro de canon locativo por parte del Sr.P. contra la Sra.B. -que excluye al primero del uso del bien del cual son cóndominos- por lo que el decisorio ha de ser confirmado en este aspecto (arts.1983 y sig. Del CCyC).

Sentado ello cabe adentrarse en el análisis de cual es la porción del canon locativo del inmueble debida por la demandada ocupante.

Surge de las constancias de autos que el actor es titular de dominio del 80% del bien, y que es éste el porcentaje del canon que le reclama a la condómina accionada.

En este aspecto cabe recordar que este tipo de obligación existente entre condóminos es simplemente mancomunada (arts. 26, 641, 658, 659 y 825 del CCyC).

En efecto, conforme se encuentra regulado en el art. 1988 del CCyC si bien el condómino que no detenta el uso y goce de la propiedad, a partir de la oposición fehaciente tiene derecho a recibir una indemnización, nada especifica la norma respecto a la existencia de solidaridad. A su vez el art. 828 del CCyC prescribe que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación. Por lo tanto cada condómino debe su parte de manera simplemente mancomunada y en consecuencia el condómino que no habita debe demandar a todos y exigirle su parte a cada uno.

Ello debe apreciarse teniendo en cuenta que en autos tanto el actor en su demanda como la accionada al responderla pusieron en evidencia que la vivienda también es morada de la hija menor de ambos, por haber continuado habitando el inmueble luego del retiro del actor del hogar familiar.

Es decir, la ex cónyuge y condómina no resulta ser única ocupante del inmueble, ni ejerce el uso y goce de la cosa común en su único y propio beneficio; también es ocupante favorecida la hija menor de las partes.

Y, conforme el régimen de vida de la niña -que surge de las causas seguidas entre las partes-, está fuera del debate la realidad del uso como vivienda principal del inmueble objeto de autos por parte de la menor.

Asimismo, no puede ignorarse que es obligación de ambos progenitores la provisión de vivienda a su hija menor (Arts.537, 541 y cc del CCyC).

También ha quedado claro (conforme se desarrollara en apartados precedentes) que no existe acuerdo ni definición judicial sobre como y quien debe afrontar en el caso el costo económico de la casa habitación principal de la hija menor de los litigantes; y tal indefinición no puede aprovechar a ninguna de las partes, es decir tampoco poniendo en cabeza exclusiva de la condómina demandada el costo de la ocupación de esta tercera (la hija menor de las partes).

Es por ello, que atendiendo a la circunstancia de ocupación del bien por parte de la hija menor de las partes sobre la que pesa la obligación general legal de ambos padres de proveer vivienda, la falta de toda definición específica al respecto, es que cabe acudir a la regla de partes iguales, lo que se traduce en la especie en el aporte del 50% por cada padre del valor económico de uso del bien que habita la niña.

Es por ello, que considerando que la madre es titular del 20% del bien, debe al condómino actor el 30% -porcentaje que resta para cubrir el 50% que le corresponde- del valor de uso.

Por lo tanto, el porcentaje fijado en la instancia de origen ha de ser modificado del modo expuesto en el párrafo anterior.

Ello mientras se mantenga el escenario de uso actual o hasta tanto se liquide el bien o hasta que se arribe a un acuerdo o se dicte una decisión judicial que cambie la situación de ocupación y/o determine en cabeza de alguna de las partes la asunción del costo de la ocupación de su hija(art. 18, 28 CN).

F.) Determinación del valor del canon locativo.

El decisorio apelado con fundamento en el dictamen del perito martillero Oscar Rodríguez que estimó un alquiler mensual de $40.000 ordenó a la demandada a contribuir en la proporción que le corresponda según su porción ideal en el inmueble. Estableció la fecha de la mora al día de interposición de la demanda por entender que en esa oportunidad se exteriorizó la voluntad del restante condómino de no consentir el uso exclusivo del inmueble. Y respecto de los cánones atrasados consideró que debieron abonarse del 1 al 10 cada mes por adelantado por lo que la mora por falta de pago la entendió producida en fecha de las mensualidades.

La accionada considera improponible el valor locativo estimado por la jueza de grado. Refiere que la suma de $40.000 resulta excesiva sobre todo teniendo presente que surge de autos valoraciones inferiores propuestas por el actor. También se queja respecto a la aplicación de intereses y de la mora.

Surge de la pericia de autos (fs. 223/260) que la valuación de la propiedad ascendía a la fecha del dictamen a U$S750.000 y un alquiler mensual a $40.000 reajustable semestralmente. Si bien es cierto que dicha tasación fue cuestionada por la accionante presentando una de menor valor, lo cierto es que su descontento se refirió únicamente al precio de venta de la propiedad y no al de alquiler (fs. 271), por lo que atendiendo a los límites del recurso, no existe en autos elemento objetivo alguno que permita a este Tribunal apartarse del monto establecido por el perito en la materia.

Asimismo, en tanto el valor respecto al que se pronunció el martillero público designado en la especie, era el vigente a la fecha de su peritaje, esto es 20/3/2017 y refiere a un valor semestral; dado que la condena establecida corresponde a valores locativos mensuales desde la interposición de la demanda (25/11/2015) y hasta el efectivo pago, es decir abarca periodos anteriores a la presentación del dictamen, corresponde entonces diferir para la etapa de ejecución de sentencia la

determinación del valor mensual del alquiler del inmueble en cuestión correspondiente a cada período, monto total que una vez fijado, la demandada habrá de pagar al actor en el plazo de diez días a partir de la notificación pertinente; más allá de los cánones que deberá pagar mes a mes mientras se mantenga la obligación (art. 501 del CPCC).

G. Costas de Alzada

Atento a la materia y al modo en que se decide, las costas devengadas ante esta Alzada se imponen en el orden causado (art. 68 2° párrafo del CPCC).

Con las modificaciones propuestas voto por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Mauri por los mismos fundamentos votó en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo:

a) Se modifica la sentencia apelada en cuanto a la proporción del canon locativo estableciéndose que la demandada debe abonar al actor el 30% del valor locativo total del inmueble ocupado;

b) Se difiere para la etapa de ejecución de sentencia la determinación del valor mensual del alquiler del inmueble correspondiente a cada período desde el 25/11/2015 hasta el cese de la obligación; monto acumulado que una vez determinado la demandada habrá de pagar al actor en el plazo de diez días desde la notificación pertinente, y al vencimiento de cada periodo que en lo sucesivo se devengue;

c) Se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios;

d) Se imponen las costas devengadas ante esta Alzada en el orden causado;

e) Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 del decreto ley 8904/77 y art. 31 de la ley 14.967).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo.: SILVINA ANDREA MAURI - MARÍA IRUPÉ SOLÁNS

ANA M. BREUER

Secretaria

Citar: elDial.com - AABBE2
Publicado el: 15/05/2020