

Indivision Compensacion Por Uso Exclusivo De La Cosa Comun Herederos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Indivisión. Compensación por uso exclusivo de la cosa común. Herederos

En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se revoca parcialmente la sentencia, haciendo lugar a la demanda de fijación de canon locativo promovida por los actores.

En la ciudad de San Isidro, a los 26 días del mes de septiembre de 2016, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tres de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores JUAN IGNACIO KRAUSE y MARIA IRUPE SOLANS, para dictar sentencia en los autos caratulados: ?POVEDA SILVINA RITA y otro C/ OSELLA ARMANDO ARTURO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? expediente n° SI-40824-2009; 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: Dres. Soláns y Krause resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES 1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION

A la primera cuestión, la señora Juez doctora Soláns dijo: A. El asunto juzgado. A.1) Los actores Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda inician demanda sobre daños y perjuicios contra Armando Arturo Osella, y contra los herederos de José Jorge Fabiano (Diego Adrián Fabiano, Gabriel Fabiano, Ezequiel Fabiano, Antonella Fabiano Wu, Agustina Fabiano Wu y Anabella Fabiano Wu) derivados de los hechos que allí detallan. Relatan que junto con el codemandado Osella fueron reconocidos como únicos herederos en los autos ?Osella, Noemí T. y Rocci, Margarita M. s/ Sucesión ab-intestato?, en los que el único bien integrante del acervo hereditario estaba integrado por dos lotes de terreno sitios en la calle Arribeños 3711 de la localidad de Villa Luzuriaga, partido de la Matanza, Pcia de Bs. As., correspondiéndole -en definitiva- un 50% a los actores, un 25% a Armando Arturo Osella, y un 25% a José Jorge Fabiano. Refiere que a principios de Enero de 2007 advirtieron que el inmueble estaba siendo ocupado por terceros, cuyo ingreso había sido acordado con Osella; quien -ante la misiva remitida al respecto demostrando la disconformidad de los actores- reconoció haber locado la unidad a terceros. Dicen haber solicitado en consecuencia al magistrado de la sucesión mencionada, la realización de una constatación a fin de verificar la efectiva ocupación e individualizar a los ocupantes; la que se llevó a cabo el 3 de Octubre de 2007 y constató que la unidad era ocupada por Daniela Wu, José Jorge Fabiano y tres menores de edad en carácter de propietarios, manifestando los mismos que habían adquirido el inmueble a Osella. En función de ello, aducen haber remitido sendas cartas documentos a los demandados (Osella y Fabiano) manifestando la oposición a la ocupación del inmueble e intimando su desalojo. Sostienen que luego del intercambio epistolar, el Sr. Fabiano presentó en el proceso sucesorio una escritura de cesión de derechos hereditarios suscripta el 23 de Agosto de 2007, mediante la cual el demandado Osella le transfirió la totalidad de los derechos que le correspondían como heredero forzoso de su madre, y la posesión del inmueble del acervo hereditario el 7 de Marzo de 2007 (que ya se encontraba poseyendo en forma pacífica y sin oposición de terceros). Sostienen así haberse visto vulnerados en sus derechos como condóminos por el accionar ilícito de Osella y Fabiano, por lo que reclaman daños y perjuicios integrados por los rubros: a) privación de uso y goce de la cosa común a través del pago de un canon locativo mensual, por su uso exclusivo y por haberse negado oportunamente a dicha ocupación; b) daños derivados del otorgamiento de la posesión del inmueble, conformado por una suma igual a la anterior; y c) daño moral. A.2) Gabriel Fabiano contesta la demanda a fs. 76/80, opone excepción de falta de personería, defensa de prescripción, efectúa la negativa ritual y da su versión de los hechos. Manifiesta así que su padre, el Sr. José Fabiano se interesó por el inmueble objeto de esta litis, por lo que se conectó con el codemandado Osella, quien le manifestó que era titular del 50% de la porción de su padre, y que tenía derechos hereditarios sobre el 50% correspondiente a su madre (de quien aún no habían iniciado la sucesión). Refiere que, en atención a que a Osella le habían declarado la quiebra -la que había alcanzado el porcentaje recibido en la sucesión de su padre-, únicamente podía disponer del porcentaje que recibiría de su madre, suscribiendo al efecto -luego de su rehabilitación- el 07/03/2007, compromiso de cesión de derechos hereditarios que tenía en la sucesión de su madre, entregándole en ese acto la posesión del inmueble (sin que ello conllevara ni implicara de ninguna manera la exclusión de los derechos reales y posesorios de las demás personas que pudieran tener derecho sobre el mismo). Expone así que Osella tenía la posesión del inmueble en carácter de heredero de conformidad con el art. 3410 del C.C., y podía transmitirla en la medida y alcance que disponía; perfeccionado mediante la pertinente escritura pública realizada el 23/08/2007 -inscripta el 13/09/2007 ante el registro, y presentada en el sucesorio el 19/03/2008-. Por otro lado, refiere que el 25% transmitido en la sucesión del padre de Osella, y alcanzado por la quiebra de éste último, lo adquirió habiendo realizado la pertinente oferta y consiguiente adjudicación de compra en dicho proceso falencial, habiéndose integrado el precio el 26/11/2007 y otorgándose la posesión por el síndico el 22/02/2008. Concluye así que el derecho de su padre tiene dos causas

distintas (cesión de derechos hereditarios, y compra efectuada en el marco del proceso falencial), por lo que no existió ilícito civil, ni ocupación indebida que pudiera serle imputada. Dice que la actora se desentendió hace mucho del inmueble, y que nunca fue privada por su padre del uso y goce del inmueble ya que él conocía la existencia de otros condóminos, y que nunca intimó para que se le permita usar el bien, sino siempre pretendió su desalojo. Aduce que resulta infundada la pretensión de la actora en cuanto reclama una compensación igual al 50% del canon locativo, toda vez que nunca se le negó ni se le impidió (ni impedirá) el ejercicio de sus derechos; y que si por algún motivo no lo ha usado es por su obrar, pero no el de su padre, José Fabiano; y porque nunca exteriorizó su voluntad de no tolerar el uso exclusivo de su copropietario -debiendo a tales efectos interpellarlo a que abone un canon compensatorio-. Solicita en subsidio se lo fije a partir de la notificación de la demanda. Por último, en cuanto a la prescripción liberatoria, sostiene que dados los términos de la demanda, en la especie se cumplió el plazo de dos años establecido para iniciar las acciones que, como en el caso, derivarían de un ilícito civil. A.3) Adrian Diego Fabiano contesta demanda a fs. 82/89, en los mismos términos, y opone iguales excepciones y consideraciones que Gabriel Fabiano. A.4) Antonella Fabiano Wu, Agustina Fabiano y Anabella Fabiano Wu -todas menores de edad representadas por su madre Daniela Alejandra Wu- contestan demanda a fs. 175/82 en los mismos términos, y oponen iguales excepciones y consideraciones que Gabriel Fabiano y Adrián Diego Fabiano. A.5) Armando Arturo Osella contesta demanda a fs. 199/208, opone excepción de falta de personería, de falta de legitimación pasiva, prescripción liberatoria, y contesta demanda en subsidio, efectuando la negativa ritual y dando su versión de los hechos ocurridos. Refiere que no es titular de la relación jurídica sustancial en que la actora funda su pretensión; y se manifiesta en el mismo sentido anteriormente relatado respecto del compromiso de cesión de derechos hereditarios en el marco del sucesorio de su madre, de su efectiva realización mediante escritura pública (su presentación en el juicio universal), y la compra que efectuó el Sr. Fabiano en el marco de su quiebra del restante 25%. Aduce no ser condómino ni copropietario de los accionantes, y que los actores nunca reclamaron -sino hasta la presente acción- por la privación de uso, dado que siempre solicitaron el desalojo y desocupación del bien; por lo que no procede el reclamo en concepto de canon locativo. Solicita el rechazo de los rubros reclamados en la demanda. B. La solución dada en primera instancia. El Sr. Juez de Grado tuvo por acreditado con la documentación y los términos de la Litis, que los actores y los demandados comparten el dominio del inmueble objeto de autos en una comunidad hereditaria que devino de los juicios sucesorios de los cónyuges Lorenzo Teodoro Osella y Margarita Matilde Ricci, y de Noemí Teresa Osella (hija de éstos). Así, consideró que la comunidad hereditaria con respecto al inmueble quedó detentada -en su oportunidad- en un 50% para Armando Arturo Osella y el otro 50% para Fernando Lorenzo, Silvina Rita y Carlos Alberto Poveda; a lo que agregó que Jorge José Fabiano adquirió por cesión de derechos hereditarios a Armando Arturo Osella el 25% recibido en la sucesión de su madre, y por compra en subasta judicial en la quiebra de Armando Arturo Osella el 25% que le correspondía en la sucesión de su padre. Fallecido el adquirente Jorge José Fabiano, le sucedieron sus hijos Diego Adrián y Gabriel Fabiano Ferri, Exequiel Fabiano Gática, Antonella Fabiano Wu, Agustina Fabiano Wu y Anabella Fabiano Wu; correspondiendo entonces el inmueble de autos por mitades, a las familias Poveda y Fabiano. Con respecto a la defensa de prescripción interpuesta por los demandados, sostuvo que si bien los actores focalizaron en un delito civil la imputación a los demandados, dicho encuadre resultó equivocado porque las cuestiones derivadas de la disposición de la tenencia de un inmueble sin el consentimiento de los restantes condóminos, encuadra en el ámbito de la responsabilidad contractual; por ello estableció que el plazo de prescripción en el caso es de diez años. Por otro lado, con respecto a la entrega de la posesión del inmueble por parte de Osella a Fabiano, consideró que la misma se encuentra acreditada con la escritura pública de cesión de derechos firmada, que da cuenta que le entregó la posesión el 7 de Marzo de 2007. De allí, encontró que el codemandado Osella -en su calidad de condómino de la comunidad hereditaria junto a los actores-, dispuso sin consentimiento de los mismos, y por tanto indebidamente, la posesión del inmueble desde dicha fecha hasta el 23 de Agosto de 2007 en que se instrumentó la mencionada cesión de derechos; puesto que a partir de tal momento -en atención a la publicidad del acto escritural- Juan José Fabiano ocupó el lugar de Osella en su calidad de comunero, y por tanto legalizó su posesión como legítima por su nueva condición. Por el lapso mencionado entonces (7 de Marzo a 23 de Agosto de 2007) resolvió que el demandado Osella debía indemnizar a los actores por la entrega indebida e ilegítima, daño que estimó en el equivalente al valor locativo del inmueble, en su parte proporcional del dominio que detentan (50%), calculado en \$9.733,50. Con respecto al reclamo de la compensación económica por el uso exclusivo y excluyente del inmueble (fijación de cánones) con respecto a los restantes comuneros, consideró que recién ha de correr desde la pretensión indemnizatoria comunicada en forma fehaciente. En tal sentido, sostuvo que en la especie se dio recién con la notificación de la demanda interpuesta el 28 de Octubre de 2009; pero que, siendo que a dicha fecha ya se había instrumentado la cesión de derechos hereditarios a favor de José Jorge Fabiano -la que resulta oponible a los actores- el demandado Osella careció a partir de allí, de legitimación pasiva por carecer de derecho dominial. En lo que hace al reclamo por daño moral, el sentenciador no encontró elementos probatorios de su existencia, por lo que lo desestimó. Con respecto a los demandados herederos de Jorge José Fabiano, puso de manifiesto que

Jorge José Fabiano integró la comunidad -en la proporción del 25% del inmueble- en función de la cesión del 23/8/07, y el otro 25% por la compra finalizada en febrero de 2008 en el marco de la quiebra de Osella. Sostuvo que los actores reclaman se los indemnice desde noviembre de 2007 -por ser ésta la fecha en que Fabiano tomó conocimiento de la negativa de los actores a consentir su ocupación- sustentada en la compensación que éste debería dar a los actores en su carácter de condómino por ocupar el inmueble con carácter exclusivo y sin consentimiento de los reclamantes. En tal orden de ideas, puso de manifiesto que los actores recién exteriorizaron su reclamo indemnizatorio con posterioridad al fallecimiento de Jose J. Fabiano, esto es con la interposición de la presente demanda el 28 de Octubre de 2009. Asimismo, resaltó que los herederos mencionados al contestar la demanda negaron que ellos o su padre les hayan prohibido el uso y goce a los actores del inmueble, a quienes -a su vez- les reconocen el derecho de uso. También consideró que no existió en autos prueba alguna de reclamo indemnizatorio anterior y de la realidad del uso exclusivo denunciado a partir de la referida comunicación, por lo que desestimó la pretensión reclamada. En lo que hace a la defensa de prescripción interpuesta por los herederos, se remitió al rechazo del mismo planteo interpuesto por Osella. B.2) Como consecuencia de lo anterior resolvió: a) Rechazar la defensa de prescripción liberatoria planteada, y hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta condenando a Armando Arturo Osella a pagar en el plazo de diez días a Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda por el importe de \$ 9.733,50, más intereses calculadas a la tasa pasiva que paga el banco de la provincia de buenos aires en sus operaciones a treinta días respecto de los fondos captados en forma digital (BIP). b) Rechazar la demanda interpuesta por los actores contra Diego Adrián, Gabriel, Ezequiel, Antonella, Agustina, y Anabella Fabiano. c) Imponer las costas por el progreso de la acción al codemandado Armando Arturo Osella sustancialmente vencido, y por el rechazo de la demanda seguida contra los herederos de Jorge José Fabiano a los actores perdidosos. d) Desestimar la multa solicitada por temeridad y malicia contra los actores. C. La articulación recursiva Apela la parte actora a fs. 707, conforme agravios de fs. 738/48; y el codemandado Armando A. Osella a fs. 706, conforme memorial de fs. 749/53, contestado a fs. 755/9. D. Los agravios. D.1) Se quejan los actores por el derecho a la ocupación que reconoció la sentencia en crisis al Sr. Fabiano, a partir de la cesión de derechos hereditarios otorgada por el Sr. Armando Osella. Sostienen que tal instrumento (cesión de derechos) resulta viciado de nulidad por ser otorgado por un incapaz de derecho (heredero sin autorización de los coherederos) y tener un objeto prohibido (el uso y goce de la cosa indivisa). Asimismo, consideran que el Sr. Fabiano no resultó ajeno al acto de la entrega de posesión, y por ello, en tanto participó del acto contrario al derecho de los actores, debe ser considerado obligado solidario de la deuda -respecto al deudor Osella-. Por otro lado, sostienen que encontrándose acreditada la ocupación exclusiva por parte del Sr. Fabiano y su familia, corresponde que sean indemnizados desde el comienzo de la ocupación hasta el cese del uso exclusivo y excluyente de la propiedad. Con respecto a la indemnización otorgada, la consideran reducida en atención a la limitación temporal en el cálculo realizado (hasta la escritura de cesión de derechos hereditarios del 23/8/2007), y sostienen que la escritura de cesión de derechos resultó -en su caso- recién oponible a ellos con la presentación de la misma en el pertinente juicio sucesorio el día 19/03/2008. Por otro lado, se agravan los actores por el rechazo del daño moral. Consideran que el mismo fue probado por el acto no permitido que realizó el demandado, es decir, la entrega de la posesión del bien -de origen y uso familiar- al Sr. Fabiano, y por el uso exclusivo que éste y sus herederos le dieran por el lapso de 9 años. Refieren que la imposibilidad de resolver la controversia y los numerosos intentos extrajudiciales sobrepasaron las simples molestias de todo incumplimiento contractual, de lo que -a su vez- dieron cuenta los testigos ofrecidos. Por último, se agravan los actores por la distribución de las costas, las que requieren sean impuestas en su totalidad a los demandados por haber generado con su conducta la sustanciación de estos actuados, o en su caso, se impongan en el orden causado en lo que hace al rechazo de la acción promovida contra los herederos de Fabiano. D.2) Se agravia el demandado Armando Osella pues considera que la supuesta ilegítima entrega de la posesión del inmueble queda desvirtuada por la cesión de derechos que la valida, y porque el Sr. Fabiano también recibió la posesión del inmueble por el acto concretado por el Síndico. Sostiene que las declaraciones de los testigos no resultan suficientes para tener por acreditado el extremo invocado (entrega indebida del inmueble), por lo que el reclamo debe ser desestimado toda vez que nunca se excluyó a los actores del uso del bien. Por último, se agravia por la tasa de interés otorgada, la que considera contraria a la doctrina emanada por nuestro más alto tribunal local. E. El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados. E.1. En primer lugar, cabe poner de relieve que no infringe el principio de congruencia el fallo que, en función propia de la judicatura, resuelve el encuadre jurídico del caso en función de la norma de fondo que rige la materia de que se trata. Ello no implica infracción a las reglas que rigen la competencia funcional de la Cámara ni una incorrecta aplicación del principio del *iura novit curia*, en tanto no se alteren los hechos, la relación procesal, ni la naturaleza de la acción interpuesta. (SCBA Ac.54753, S.26.7.1994, Pagano, Vicente Osmar y otra c/Empresa Hípica Argentina SA x/Ds y Ps -Beneficio-, AyS 1994 III, 103, Juba B.23033); corresponde entonces pasar a considerar las constancias de la causa a fin de analizar los agravios planteados. E.2. Antecedentes relevantes. -Del escrito inicial surge que los actores tomaron conocimiento a principios del mes de enero de

2007, que el bien estaba siendo ocupado por terceros autorizados por Osella. Dicen que intimaron a los ocupantes y a Osella a la desocupación (fs.62). -Del sucesorio de Osella Noemí y Rocci Margarita surge la diligencia de constatación que informa sobre la ocupación del inmueble por parte del Sr. José Jorge Fabiano, Daniela Wu y tres menores de edad (3/10/2007). -En su contestación de demanda Gabriel Fabiano sostiene que a partir del 7/3/2007 su padre tuvo derecho al uso y goce del inmueble de marras. Por otra parte, cuadra poner de relieve que ha quedado consentido por no ser objeto de agravio: -Que el valor del 50% del canon locativo mensual respectivo, asciende a la suma de \$2000. -Que la compensación económica que debe el comunero que ocupa en forma exclusiva y excluyente a favor de los restantes comuneros, se devenga solo a partir de que dicha pretensión indemnizatoria es comunicada en forma fehaciente y categórica al comunero ocupante (art.2684 del CC). -Que en el caso esa pretensión indemnizatoria surge exteriorizada por primera vez con la presentación de la demanda (28/X/2009). -Que el inmueble sito en la calle Arribeños se encuentra en cabeza de Silvina Rita, Carlos Alberto y Fernando Lorenzo Poveda en un 50% por haberlo heredado en las sucesiones de Noemí Teresa Osella y Margarita Matilde Ricci; y el otro 50% bajo la titularidad de los herederos de José Jorge Fabiano (Diego Adrian, Gabriel Fabiano Ferri, Ezequiel Fabiano Gatica, Antonella Fabiano Wu, Agustina Fabiano Wu y Anabella Fabiano Wu), parte que hubo adquirido por cesión de derechos hereditarios que le hiciera Armando Arturo Osella (del 25% que le correspondía en la sucesión de su madre Margarita Matilde Rocci), y por la compra del 25% -que le correspondía a Armando Arturo Osella en la sucesión de su padre Lorenzo Osella- en el marco de la quiebra del cedente mencionado. -Que el coheredero codemandado Osella habilitó la ocupación del bien por parte de José Jorge Fabiano (conf. surge de la cesión de derechos hereditarios firmada el 23 de Agosto de 2007). -Que el Sr. Jorge José Fabiano resultó comprador del 25% realizado en la quiebra del coheredero Osella, siéndole adjudicada tal porción del bien a su parte el 14/11/07 y puesto en posesión el 22/8/08 (fs. 482)(S.C.B.A., 13-11-79 en DJBA 116, 383; causa 78.786 del 6-11-01, 98.660 del 23-3-06 de la Sala II, causa 106.468 del 16-4-09 RSD: 11/09, n° SI-48532-2010, RSI 394/11 del 3.11.2011 Sala III). E.3) La acción seguida contra los codemandados Fabiano. Se quejan los actores por cuanto el Juez de Primera Instancia rechaza la acción seguida contra los condóminos Fabiano. El sentenciador funda tal decisión en la ausencia de prueba de interpelación al pago del canon locativo en época anterior a la demanda, y a la falta de prueba de uso exclusivo por parte de los Sres. Fabiano con posterioridad a tal fecha. Sostienen los impugnantes que surge acreditada en la causa la realidad de la ocupación exclusiva por parte de los demandados Fabiano. Exponen que ello se acreditó con el mandamiento de fs. 23/4 del sucesorio de Osella Noemí y Rocci Margarita (que dio cuenta de la ocupación del inmueble por parte del Sr. José Jorge Fabiano con su familia), con las declaraciones de los testigos Stella y Luppino, y por las reglas de valoración contenidas en el art. 60 del C.P.C.C. con respecto a los codemandados rebeldes (Ezequiel Fabiano y Daniela Wu). De la exposición de hechos formulada en la contestación de demanda de Osella, surge que años antes de la ocupación por parte de Fabiano, los actores habían dejado de ir a la propiedad, siendo Osella el único que se ocupaba del bien. Por otra parte, del mandamiento librado en el sucesorio de Osella Noemí y Rocci Margarita (fs.23/24) surge que al momento de la diligencia el inmueble de autos era ocupado por el Sr. Fabiano José Jorge, Daniela Wu, y sus tres hijas menores (3 de Octubre de 2007). De las declaraciones de los testigos Stella y Luppino, surge la ocupación de la familia Fabiano en Abril de 2007 (fs. 307) y de Enero de 2007 (fs. 460). Con la prueba confesional de Daniela Wu queda reconocido que continuó habitando el bien luego del fallecimiento de José Jorge Fabiano - ocurrida el 3 de Junio de 2008, según fs.40-, durante tres meses (fs. 437/8). Así, resulta evidente que la tenencia de la cosa estuvo en manos de Osella (cualquiera fueran los motivos de la falta de uso de los actores), y luego del Sr. Fabiano y su familia. Ello más allá de la intencionalidad que puedan referir los accionados (voluntad de compartir el uso con los accionantes). También resulta claro (por el intercambio previo habido entre las partes que surge de los escritos constitutivos) que no existió acuerdo en la administración de la tenencia de la cosa (que la parte actora nunca convino el uso conjunto en tanto insistió en la desocupación), ya sea durante la vigencia del derecho/deber en cabeza de Osella o bien luego de que Fabiano acceda a la titularidad. Tales extremos configuran indicios suficientes que demuestran la realidad del mantenimiento de la tenencia exclusiva del inmueble en cabeza de los demandados Fabiano (art. 163 inc. 5 CPCC). Y si bien los accionados insisten en la falta de uso actual/tenencia de su parte (por lo menos desde la época de la interposición de la demanda), y la circunstancia de que la ocupación de la familia Fabiano nunca fue excluyente; lo cierto es que no obran en autos elementos que acrediten acuerdo al respecto (uso conjunto) o bien entrega de la tenencia a la contraria. Al respecto corresponde recordar que la obligación del demandado de probar un hecho extintivo, nace cuando el reclamante ha demostrado hechos idóneos para fundar la demanda (Conf. SCBA Ac.33497, S.3.7.84, ?Hilman, Jorge A c/Ravioli, Carlos A. s/Cobro ord. de Pesos?, DJBA 127, JUBA B.4276). Acreditada en autos la tenencia en cabeza de los accionados, les cabía a éstos la carga subsidiaria de la prueba de la existencia de los hechos y circunstancias en los que apoyaron su defensas, por lo cual ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza, corresponde fallar en contra de quien debía probar y no lo hizo (doct. Airasca Ivana M. ?Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas? LL Litoral 2003 (mayo), 543; art.375 CPCC; Morello ?Códigos...? V., pág.98 y sig. ed. Platense,

causa 106541 del 4.6.09 y 103959 del 22.4.10, de Sala III). Por consiguiente corresponde hacer lugar al agravio al respecto, en el sentido que probada la obligación de los accionados Fabiano -y la ausencia de pruebas respecto a acuerdo alguno en relación a la administración del bien o entrega de la tenencia a los reclamantes-, la demanda contra los mismos ha de tener acogida (arts. 2699, 2703, 2709 y cc del CCivil).

I.-Afirma la parte actora que los demandados Fabiano deben compensar a los actores desde el inicio de la ocupación. Sabido es que si un condómino -o coheredero- ocupa el inmueble durante el período de indivisión (por sí o a través de un tercero), lo hace a título de dueño, no de locatario, pero, como tal derecho corresponde por igual a los demás comuneros, debe hacerse lugar al pedido formulado por ellos de fijar un canon locativo, cuando alguno de aquellos haga uso exclusivo y excluyente de la cosa común, hasta que se liquide o se cambie la situación de ocupación. Y es que el uso exclusivo de la cosa común solo puede fundarse en la conformidad de todos los condóminos, o en la preferencia contenida en el art. 2702 del C.C.; pero cuando la disconformidad se manifiesta y se exige la compensación económica pertinente, el emplazado -no inquilino- debe resarcir a sus condóminos por el provecho que obtuvo al usar para sí el inmueble(conf. Kiper, Claudio -Director- ?Código Civil Comentado?, Derechos Reales Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, pág.192; Arg arts.3410, 3416, 2684). Asimismo, tal como fuera referido en la decisión en crisis, cabe recordar que la compensación por uso exclusivo de la cosa común debe computarse como deuda desde que fue solicitada, pues se reputa consentido el uso de la cosa en forma gratuita por el periodo anterior, dado que, antes de la intimación, no existía obligación alguna exigible ni daño resarcible, ya que cada comunero goza respecto de la cosa indivisa de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios, gozándola hasta que se liquide la comunidad, se altere la situación o, se agote el consentimiento implícito de los demás mediante la actuación de los recursos legales pertinentes (conf. Kiper, Claudio, obra citada, pág 192). En las presentes, considerando el periodo de vigencia de la comunidad hereditaria respecto a Osella (comprendiendo el lapso durante el cual ejerció la tenencia exclusiva del bien o dispuso de ella a favor de Fabiano) o en relación a la época a partir de la cual el Sr. Fabiano ocupó el bien como cesionario y/o condómino de los actores, no se invoca en los agravios ni surge de extremo alguno que con anterioridad a la demanda se haya expresado por parte de los accionantes su voluntad precisa de exigir una compensación económica por tal uso y goce exclusivo. Perder un derecho por no haberlo ejercido en tiempo, o no poder exigir el cumplimiento de una obligación porque el acreedor se mantuvo mucho tiempo en inacción puede o no ser considerado bueno. Sin embargo, la solución jurídica es esa, porque interesa a la seguridad y al orden que así sea, ya que mucho más se comprometería la justicia si se admitiera lo contrario (Arauz Castex, Manuel, ?Derecho Civil Parte General?, Tomo I, Edit.Cooperadora de Derecho y Cs.Sociales, Pág.22/23). Por tanto el agravio en análisis ha de ser rechazado (art.260 del CPCC).

III.-En consecuencia, teniendo en cuenta que el canon mensual establecido en la sentencia no ha sido objeto de agravio, corresponde fijar lo debido a los actores por parte de los demandados herederos de José Jorge Fabiano en la cantidad de PESOS DOS MIL MENSUALES, desde el 28 de Octubre de 2009, y mientras se prolongue la tenencia exclusiva del bien en su cabeza.

E.3. La acción seguida contra Osella. Se agravia el accionado por cuanto en la sentencia en crisis se lo condena por la entrega indebida del bien a Fabiano (desde el 7/3/2007 hasta la instrumentación de la cesión 23/8/2007). Sostiene que la misma no fue irregular, y que por tanto tal extremo tampoco surge acreditado en autos. Del documento de fs.291/293 (Escritura pública sobre cesión de derechos hereditarios) se desprende que los actos del cedente Armando Arturo Osella, inclusive los antecedentes mencionados en el acto escriturario, estuvieron siempre circunscriptos a los propios que le cabían como heredero de su madre Margarita Matilde Rossi o Rocci. Así, considerando que el sucesor a título universal puede ceder la herencia desde el mismo instante del fallecimiento del causante (arts.3279, 3282 del Código Civil), y que Osella detentaba la tenencia exclusiva del bien cuando se originó la ocupación de Fabiano -habilitada por el nombrado coheredero y en virtud de lo convenido entre Osella y Fabiano-, cabe determinar que los extremos sujeto de reproche en estos autos al respecto, importan cuestiones relativas a la oponibilidad del acto de cesión frente a terceros. Ello, por cuanto los actos cuestionados de Osella no alteraron el derecho de los reclamantes como miembros de la comunidad hereditaria y luego condóminos -de accionar en pos del cese de la indivisión o bien del cobro del canon locativo pertinente-, en tanto en todo momento estuvieron habilitados a reclamar la compensación pertinente por uso exclusivo de la propiedad al coheredero que ejercía y disponía de la tenencia exclusiva del bien (usándolo por sí o por medio de terceros), hasta la presentación de la escritura de cesión en el sucesorio (por no estar discutida la adjudicación al cedente de un porcentaje sobre el bien de marras). Al no demostrar haberlo hecho (conforme se desarrolla en el apartado anterior), el reclamo contra el coheredero Osella no puede tener acogida (Doct. Arts.1198, 2505,2684,3410, 3416 del CC).

En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio en tratamiento, y por tanto rechazar la acción seguida en su contra, con costas a la actora.

E.4.- Daño moral. En la sentencia la procedencia del daño moral se rechaza por tratarse de un perjuicio de origen contractual no probado. A todo evento, no huelga recordar que en las relaciones contractuales, sólo hay daño moral excepcionalmente (Borda, "La reforma de 1968 al Código Civil", pág. 202, causa 54.496 del 17-5-91), siendo entonces de interpretación restrictiva, para no atender a reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o

que carezcan de trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca, acreditar con precisión el perjuicio que dice haber padecido (S.C.B.A., Ac. 35.579 del 22-4-86; causas D-652-5 del 21-6-12 y SI-16956-2009 del 31-5-12 de Sala III, SI13674/2009 del 13-11-12 RSD 128/12 de Sala III°). Constituye un principio común que el resarcimiento del daño moral requiere la existencia de un perjuicio en el orden espiritual o físico, que constituya la secuela de los padecimientos que la víctima ha debido soportar con motivo del incumplimiento contractual. Corresponde, a quien reclama la indemnización del daño moral, la prueba de su existencia, es decir, acreditar las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del Juez la certidumbre de que la actitud del contrario provocó un efectivo menoscabo en su patrimonio moral (causa 38128/2008 del 29-5-2012 de esta Sala IIIª; Cám. Nac.Com., Sala E, 7-9-90, LL 1990-E-16 citado por Ghersi, Carlos ?Daño Moral y Psicológico, pág. 166, ed. Astrea, Causa D-652-5 del 21-6-12 RSD 69/12 de la Sala III°). Los agraviados sostienen que la lesión espiritual está probada por el acto no permitido (entrega de la posesión del bien de origen y uso familiar a Fabiano por un heredero sin autorización de coherederos), que implicó la ocupación de extraños en el inmueble que había sido sede de reuniones familiares. Dicen que la imposibilidad de resolver la controversia y los numerosos intentos extrajudiciales (9 años) sobrepasó las simples molestias de todo incumplimiento contractual. Exponen que ello surge de las declaraciones testimoniales. Conforme lo desarrollado en los apartados anteriores los actores, pese a su oposición, no activaron los resortes jurídicos aptos para liquidar la comunidad, modificar la condición existente, como tampoco -hasta la promoción de la demanda- intimaron a los ocupantes u obligados, al pago del canon correspondiente por uso exclusivo del bien común. Por ello, antes de la exteriorización por medio de la demanda, no se configuró obligación alguna exigible ni daño indemnizable por parte de los comuneros (Osella o Fabiano) por gozar éstos -según el periodo- respecto de la cosa indivisa de los derechos inherentes a la propiedad (conf. Kiper, Claudio -Director- ?Código Civil Comentado?, Derechos Reales Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, pág.92; Arg arts.3410, 3416, 2684). El tiempo que insumió el camino transitado por los reclamantes (y la modalidad elegida para administrar el conflicto que denuncian) hasta la promoción de las presentes, cuando no se demostró la existencia de impedimento que los inhibiera para llevar a cabo las acciones pertinentes para el adecuado tratamiento del tema en análisis; resulta consecuencia de los comportamientos asumidos por los impugnantes, que impide endilgar a la contraria los efectos que ello generara (doct. Art.1198 del CC). El principio de buena fe exige un comportamiento coherente y el ordenamiento jurídico no puede proteger la pretensión y conducta contradictoria, ni el obrar incoherente (Morello y otro Códigos..., T IV-B, pág. 520). Es que las partes no pueden reclamar una solución que implique contrariar un acto propio precedente, deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (SCBA, Ac.33658 del 20.11.84, 34619 del 27.5.86; causa 106510, 104204 entre otras de la Sala III). Por otra parte, indica la parte actora que el daño en cuestión quedó probado con las declaraciones testimoniales. En tal orden de ideas, siendo que el lapso anterior a la interposición de ésta demanda (como exteriorización de la voluntad de los reclamantes de obtener una compensación económica por el uso exclusivo del inmueble común) se encuentra fuera de consideración -por no haber los interesados activado los mecanismos hábiles para clausurar el conflicto-; y que no procede reparar esta clase de daño cuando sólo involucra las molestias inherentes a la transitoria carencia de ciertos bienes materiales (causa 106.552 del 14-5-09 de Sala III), las situaciones de tensión a las que refieren los testimonios, no resultan hábiles para tener por acreditado el daño que se reclama en los términos supra referidos (art. 375 y 384 del C.P.C.C.). Por ello, corresponde desestimar los agravios en este aspecto (art. 260 del C.P.C.C.).

E.5.- Tasa de Interés. En cuanto a los intereses reclamados en la demanda los mismos han de fijarse desde el vencimiento de cada período condenado hasta el efectivo pago conforme la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días. Cabe destacar al respecto que, por mayoría de fundamentos, nuestro Superior Tribunal Provincial sostuvo que la tasa de interés ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif., SCBA CAUSA 119.176, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ daños y perjuicios". sentencia del 15/06/2016). Ello así, y siendo que hace a la seguridad jurídica adecuar las decisiones a las de la Suprema Corte, y que de acuerdo a las circunstancias actuales, tal índice resulta el más adecuado para compensar la imposibilidad de uso del capital desde el momento del hecho, los intereses han de fijarse en la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus depósitos a treinta días desde el vencimiento de cada período condenado hasta su efectivo pago.

E.6.- Costas. Se agravan los actores por la imposición de costas, por considerar que los accionados generaron con su accionar la sustanciación de estos obrados, solicitando sean impuestas en su totalidad a los demandados. Sostienen que en los procesos por indemnización de daños y perjuicios, las costas integran el resarcimiento aunque la demanda no prospere en su totalidad. Subsidiariamente requieren sean impuestas en el orden causado. Cabe destacar al respecto que, el art.68 del CPCC, luego de establecer la regla general de la derrota autoriza al Juez a eximir total o parcialmente de soportar las costas al vencido, habiendo fundado mérito para ello. Sin

embargo, la exoneración de las costas es siempre excepcional. En general, y con prescindencia de su buena o mala fe, de su mucha o poca razón, han de ser soportadas por el vencido, o sea, aquel contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial que emana de la sentencia, prosperando la postura fundamental de la contraparte (conf. Causa 96.855 del 21-5-2009 RSD: 41/09, Causa D-267/06 del 23/12/2013 RSD: 187/2013 de Sala III). Y si bien la rigidez de la norma en cuestión debe ceder cuando la condena a una de las partes resulte inequitativa (conf. SCBA. Ac. 21.072 del 11/9/79; causas 42.326 r.i. 284/86; 47.870 del 28/5/91; 94.302 r.i. 413/06 de Sala II), dadas las distintas soluciones respecto a cada uno de los demandados, no se advierte ninguna circunstancia en la especie -ni tampoco ha sido demostrada en los agravios (art. 260 C.P.C.C.)- que permita apartarse en autos del principio antes referido (causa 75.331 r.i. 145/06 de Sala II). Por ello, los agravios resultan inhábiles para alterar la imposición de costas al vencido en cada caso (art. 260 del C.P.C.C.). Ello así, y no siendo menester tratar sino los agravios conducentes a la resolución del caso en análisis, la sentencia habrá de ser modificada. Voto por la negativa. El señor Juez doctor Krause por los mismos fundamentos votó en igual sentido. A la segunda cuestión, la señora Juez doctora Soláns dijo: En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde a) revocar parcialmente la sentencia, haciendo lugar a la demanda de fijación de canon locativo promovida por los actores Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda contra Diego Adrián, Gabriel, Ezequiel, Antonella, Agustina y Anabella Fabiano (herederos de José Jorge Fabiano), condenando a estos últimos a abonar a los actores la cantidad de PESOS DOS MIL mensuales, desde el 28 de octubre de 2009 y mientras se prolongue la tenencia exclusiva del bien, con más los intereses calculados a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos desde el vencimiento de cada canon mensual hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA CAUSA 119.176, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ daños y perjuicios" sentencia del 15/06/2016), e imponer las costas en ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C.C.); b) rechazando la acción promovida por los actores Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda contra Armando Arturo Osella, con costas en ambas instancias a los actores vencidos (art. 68 del C.P.C.C.); c) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. ley 8904/77). El señor Juez doctor Krause por los mismos fundamentos votó en igual sentido. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se revoca parcialmente la sentencia, se hace lugar a la demanda de fijación de canon locativo promovida por los actores Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda contra Diego Adrián, Gabriel, Ezequiel, Antonella, Agustina y Anabella Fabiano (herederos de José Jorge Fabiano), condenando a estos últimos a abonar a los actores la cantidad de PESOS DOS MIL mensuales, desde el 28 de octubre de 2009 y mientras se prolongue la tenencia exclusiva del bien, con más los intereses calculados a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos desde el vencimiento de cada canon mensual hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; SCBA CAUSA 119.176, "Cabrera, Pablo David c/ Ferrari, Adrián Rubén s/ daños y perjuicios" sentencia del 15/06/2016), y se imponen las costas en ambas instancias a los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C.C.); b) se rechaza la acción promovida por los actores Silvina Rita Poveda, Carlos Alberto Poveda y Fernando Lorenzo Poveda contra Armando Arturo Osella, con costas en ambas instancias a los actores vencidos (art. 68 del C.P.C.C.); c) se confirma la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. ley 8904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase. 011971E