

## Atribucion De La Vivienda Familiar Fijacion De Canon Locativo Concubinatos Uniones Convivenciales Autonomia De La Voluntad

### JURISPRUDENCIA

### Atribución de la vivienda familiar. Fijación de canon locativo.

Concubinatos. Uniones convivenciales. Autonomía de la voluntad Se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda de fijación de canon locativo derivada del cese de la convivencia, al surgir de las constancias de la causa que al momento de la disolución de la pareja el uso gratuito y sin plazo de la vivienda se había atribuido por acuerdo de partes a la demandada para que viviera con el hijo menor en común, sin que se probare que el posterior cambio de voluntad del reclamante respondiera a una modificación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al surgimiento de la atribución, ni el uso abusivo del derecho conferido a la contraria.

En la ciudad de San Isidro, a los 3 días del mes de Abril de dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo las señoras Jueces de la Sala Tercera de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, María Irupé Soláns y María Fernanda Nuevo, para dictar sentencia interlocutoria en los términos del art. 36 de la ley 5827 y del Acuerdo Extraordinario del 7 de agosto del año 2017 de esta Excm. Cámara en el juicio caratulado: ?E. C. E. c/ N. S. s/ Incidente de Fijación de Canon Locativo? -Causa n° SI-12539-2016-; practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Jueces Soláns y Nuevo, resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA SOLÁNS DIJO: A. La solución dada en primera instancia. La sentencia de fs. 96/98 hizo lugar a la demanda incoada por C. E. E. disponiendo que corresponde que S. N. le abone en carácter de renta compensatoria el canon locativo correspondiente al 50% del que corresponda al inmueble sito en la calle Acassuso ... de Beccar, es decir la suma de \$ 7.920 mensuales (Pesos Siete Mil Novecientos Veinte) a computarse desde la notificación de la audiencia de etapa previa y hasta la fecha de la firma de la escritura traslativa de dominio de dicha propiedad. Para decidir como lo hizo, el Sr. Juez ?aquo? consideró que la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que el derecho de uso y goce de la cosa común pertenece a todos los comuneros por igual, por lo que la privación que unos sufren en beneficio de otros, debe serles compensada en dinero. Agregó el Juzgador que la procedencia del reclamo corre a partir de que el condómino no ocupante exterioriza su voluntad en tal sentido, interpelando al otro condómino a pagarle un canon compensatorio proporcional a su parte (art. 526 y cctes. del C.C. y C.). En razón de que ninguna de las CD acompañadas por el actor fueron recibidas por la accionada, el Juez determinó que el reclamo debe proceder desde la notificación cursada a la demandada para intervenir en la etapa previa. A su vez, entendió que las partes estuvieron de acuerdo en estar al valor locativo resultante del informe emitido por Mieres, el que lo fijó, en su informe del 25 de abril de 2016 (fs. 14), en la suma de \$ 24.000 a \$ 25.000. El Juzgador consideró que no existe ningún elemento que respalde la postura de la accionada, en tanto la norma contenida en el artículo 526 del C.C. y C. avala la postura del accionante. Más, al momento de fijar el quantum de la renta compensatoria tuvo en cuenta que en el inmueble en cuestión habita el hijo de las partes. Entonces, y teniendo todo ello en consideración, fijó en concepto de renta compensatoria - canon locativo, el 33% del valor acreditado en autos. B. La articulación recursiva La demandada apela a fs. 99 conforme los agravios vertidos a fs. 117/120. C. Los agravios. C.1) La procedencia del canon en el caso del art. 526 del C.C. y C. Se agravia la demandada porque el Sr. Juez ?aquo? sostuvo que la norma contenida en el artículo 526 del C.P.C.C. avala la postura del accionante. Sostiene al respecto que, en orden a lo previsto por el art. 526 del C.C. y C. el Juzgador tiene la facultad, y no la obligación, de establecer una renta compensatoria. En razón de ello afirma que la procedencia de la acción incoada dependía de que el actor hubiera probado los extremos necesarios que justifiquen su procedencia; más, en el caso, el accionante se limitó a invocar la aplicación del artículo precitado y nada probó, razón por la cual su pretensión debió ser rechazada. Entonces, como aduce que la procedencia de la fijación de la compensación no es automática (en tanto se la debe requerir al Juez), dice que la inversión de la carga de la prueba (que sea la apelante quien tenga que acreditar la improcedencia de su fijación) resulta ilegítima. C.2) Violación del derecho alimentario del hijo de las partes. Alega la recurrente que la vivienda respecto a la cual el actor solicita la fijación de un canon locativo forma parte como tal -rubro vivienda- de la cuota alimentaria a la que arribaran las partes respecto al hijo común, M., en los autos caratulados ?N., S. c/ E., C. s/ Alimentos? el 21/9/2015. Sostiene entonces que, la fijación del canon locativo disminuyó en \$ 7.920 la cuota alimentaria pactada a favor de M., pues, hasta antes de su fijación, el rubro vivienda integrante de aquella estaba siendo cubierto por ambos progenitores. Agrega que, al reducir de este modo la cuota pactada, tampoco tuvo en cuenta los ingresos de las partes, acreditados en los autos sobre alimentos, siendo que los del accionante son superiores a los suyos, a lo que cabe agregar que ella tiene otras dos hijas que

mantener. Concluye que al pactar la cuota alimentaria el actor consintió en que el niño siguiera viviendo gratuitamente con ella en el que fuera sede de la unión convivencial. C.3) Porcentaje fijado. Afirma la apelante que, contrariamente a lo que afirmó el Sr. Juez ?aquo? en el decisorio apelado, existen elementos en la causa que avalan su postura y conducen a rechazar la pretensión deducida. Sostiene que la circunstancia que en el inmueble habita el hijo de las partes no fue debidamente considerada; y que el Sr. Juez ?aquo? fijó, en definitiva, la obligación del demandado de dar vivienda a su hijo en el porcentaje del 17% del inmueble de autos. Agrega que el Juzgador no justificó como llegó a un porcentaje del valor locativo del 33% de la propiedad; y que el actor no alegó, y por ende no probó, hecho alguno a tales fines tal como, superficie de la casa, cantidad de habitaciones, espacio ocupado por M. o por sus hijas. Dice que la carga de tales hechos se encontraba en cabeza del actor, y que, su negligencia (al no probar ninguna de tales circunstancias), no le puede ser enrostrada. Concluye que la sentencia apelada arbitrariamente viola el derecho alimentario del hijo de las partes fijando el porcentaje en que el actor participa en el rubro vivienda en un 17%. C.4) Enriquecimiento sin causa. Pone de manifiesto la recurrente que el Juzgador tampoco tomó en consideración que el inmueble fue puesto en venta a principios del año 2016, lo que posibilitó que la venta se concretara a finales de dicho año. Dice que de mantenerse la sentencia en crisis durante dicho período se produciría un enriquecimiento sin causa del demandado. Expone que, al encontrarse en venta el inmueble, de haberlo desocupado al enterarse del inicio de estas actuaciones, el actor igualmente nada hubiera podido percibir, y hubiera tenido que contribuir con el alquiler de la vivienda que se hubiera visto obligada a arrendar. Afirma que no hubo un uso abusivo del inmueble en cuestión, que fue consentido por el accionado, y que cuando le solicito que se pusiera en venta accedió a ello, tal como surge del informe fs. 74 y autorización de venta de fs. 41. Concluye que en este contexto el actor no sufrió ningún daño y que el cobro de un canon correspondiente a un inmueble que ya se vendió configuraría un enriquecimiento sin causa. C.5) Costas. Se agravia por la imposición de costas. Considera que el Sr. Juez ?aquo? debió apartarse del principio general del art. 68 del C.P.C.C. y aplicarlas, como mínimo en el orden causado, o de conformidad con lo dispuesto por el art. 71 del mismo cuerpo legal. Ello así porque, el reclamo no prosperó desde la fecha que solicitó el actor (30 meses a partir del mes de agosto de 2014), sino por un plazo menor, desde el mes de Junio de 2016 hasta la fecha de escrituración del bien, es decir, por el 15 % de lo pretendido. D. El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados. D.1) Antecedentes relevantes. De los términos de la demanda y su responde surge que ambas partes han introducido en autos la cuestión vinculada al carácter de sede del hogar familiar de la vivienda objeto de autos (originalmente del grupo familiar conformado por los concubinos/condóminos y su hijo menor; y luego del cese de la convivencia de la pareja, por el conjunto madre e hijo). Asimismo, actora y demandada, en los escritos constitutivos, coinciden en que existió una atribución del hogar convivencial -asentado en el inmueble adquirido en condominio por las partes- a favor de la accionada/ex pareja/conviviente con el hijo menor de las partes/condómina. Por otra parte la demandada/agraviada ha invocado razones propias del derecho de familia para resistir el cobro pretendido. D.2) Solución. En primer lugar, cabe recordar 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 resolver la cuestión sometida a decisión. Reconocido entonces por las partes el carácter de hogar familiar del inmueble cuya compensación por uso es objeto de la controversia de autos, cabe recordar que la vivienda asiento del hogar familiar, es uno de los bienes de importancia preeminente respecto de cuyo 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 cual de los convivientes le corresponde la asignación del hogar común) lo que importa resolver la inevitable tensión entre los bienes (regulados por los principios de los derechos reales y personales) y las exigencias familiares (por el 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 desplaze la aplicación de normas destinadas a regir las relaciones entre personas que no conforman una expareja con un hijo menor en común (propias de los derechos reales en general). En estos casos, no se trata del ejercicio de derechos de uso entre condóminos, sino de los correspondientes a los exconcubinos respecto a la vivienda familiar (con un hijo menor en común conviviente con la madre en el inmueble de marras con posterioridad al cese de la convivencia de la pareja). 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). Así se ha establecido que, en caso de existir un pacto entre los ex convivientes donde se haya acordado la atribución de la vivienda luego del cese de la cohabitación, prevalece la autonomía de la voluntad expresada en tal pacto escrito (art. 514 inc. b) del C.C. y C.) En esta línea, los convivientes podrán acordar con amplitud la atribución de la vivienda, sin que -en principio- se encuentren sujetos a una limitación en el plazo, como sí existe en la decisión judicial de la atribución de la vivienda (Kemelmajer de Carlucci-Herrera-Lloveras; "Tratado de Derecho de Familia...", tomo II, pág. 196). Así, en la materia, sólo en defecto de acuerdo y a pedido de parte, corresponderá al Juez resolver la cuestión en los términos del art.526 citado. De las constancias de autos surge que al momento de la disolución de la pareja, el uso gratuito de la vivienda se atribuyó por acuerdo de partes a la demandada. Ello se desprende de lo admitido por el actor en su escrito de promoción (en cuanto a que al producirse la ruptura de la unión decidió atribuir el hogar convivencial a la madre de su hijo M., que a ese momento contaba con la edad de 2 años -fs. 15vta.-), sin que surja de ningún elemento que tal adjudicación haya sido en dicha oportunidad condicionada a un precio o plazo (a lo que se suma que con posterioridad sí se reclamó una compensación económica -de lo que se deduce que originalmente ello no se convino-). En función de la circunstancia de hecho (realidad de la permanencia de la demandada en la vivienda junto al hijo menor de las partes) y términos de la contestación de demanda, surge que dicha atribución fue consentida por la contraria. De allí que resulte claro que en la especie, ante el cese de la convivencia de la pareja, las partes acordaron (en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les cabe como adultos capaces) la atribución gratuita del uso del bien asiento del hogar familiar a la Sra. N. En conclusión, resulta claro que la atribución del hogar que el actor admite haberle conferido a su ex pareja demandada/condómina/conviviente con el hijo menor de las partes (y por ésta consentida) fue a título gratuito y sin plazo. Asimismo, de las constancias de la causa se desprende que luego las partes estuvieron de acuerdo en ponerle fin a dicho uso una vez producida la venta del inmueble objeto de la presente acción (hecho que a la fecha ya ha ocurrido). El pacto aludido debe ser analizado bajo el prisma del art.9 del C. C. y C., este artículo tiene el valor de adoptar a la buena fe como un principio general relativo al ejercicio de los derechos. Tradicionalmente fue una regla específica, que ahora se generaliza. En este Código es un principio general porque es una regla de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso. Presenta dos facetas, la buena fe apariencia, y la buena fe lealtad. Según la primera, las partes deben confiar en las situaciones tal como se les presentan, y conforme la segunda, la buena fe se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico, no se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición del otro, como en el caso anterior, sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código.....?"; pág. 50/56). Asimismo cabe resaltar que 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).- Así, analizada la cuestión conforme esta pauta rectora, considerando los términos de la atribución inicial (y sus condiciones de hecho: realidad familiar constituida por concubinos separados, un hijo menor común y una vivienda común) y la materia en análisis (condiciones de atribución del hogar familiar), para cuyo tratamiento la constante es la protección del interés familiar por sobre el de los propietarios ex concubinos -máxime en el caso que existan niños descendientes de esa unión-, su modificación (respecto a la atribución del uso de la vivienda sede del hogar familiar, o bien a su modalidad -gratuita o con compensación económica-) debe reclamarse y fundarse -a falta de nuevo acuerdo de partes-, con base en la alegación y prueba de razones y hechos que objetivamente demuestren que las circunstancias se modificaron y que lo pactado resulta al demandar inadecuado (arts.9 C. C y C., 375 del C. P. C. C., 18 C.N.). En autos, más allá del cambio de voluntad del reclamante que se advierte del escrito inicial, no se denuncia en la demanda ni surge de la causa que se haya configurado una modificación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al surgimiento de la atribución, tampoco la necesidad de fijar judicialmente un plazo cierto de cese de tal atribución (en tanto las partes la establecieron en la venta del bien y ello ocurrió), ni tampoco se advierte que la acción surja precedida de un uso abusivo del derecho conferido a la contraria, o que la atribución gratuita a la madre no resulte la más favorable al hijo de las partes. No surge entonces que el lapso de tiempo durante el que se prolongó la atribución gratuita pactada se haya extendido más allá de lo adecuado, en tanto fue acotado en el marco de lo acordado. Tampoco se vislumbra que al demandar el accionante contara con elementos serios que lo hubiesen llevado a considerar que el lapso de ocupación hubiese podido extenderse más allá de lo razonable (doct. art. 10 del C. C. y C.). En este sentido la accionada afirmó que en el mes de febrero de 2016 las partes acordaron vender el inmueble, designando para ello a las firmas Mieres Propiedades y Travaglini Propiedades conforme da cuenta la copia de autorización de venta

que acompaña (fs. 50, y documental de fs. 41 de Travaglini Propiedades que data del 2 de Febrero de 2016, la que fuera reconocida expresamente por el actor a fs. 56 -art. 384 inc. 1° del C.P.C.C.). Por otra parte, si bien de ello puede inferirse que la venta pondría fin a la ocupación de la actora y su hijo y con ello a la atribución dada, no surge que tal decisión (venta y cese de uso atribuido) haya implicado un nuevo pacto sobre compensación económica por la ocupación de la vivienda familiar hasta el momento de la transmisión. De allí que resulte claro que no asiste derecho al actor a obtener la compensación que reclama. Voto por la negativa. A la misma cuestión, la señora Juez Dra. Nuevo por iguales consideraciones, votó también por la negativa. A LA SEGUNDA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA SOLÁNS DIJO: Atento a la forma en que se decidió la anterior cuestión, corresponde: revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de fijación de canon locativo interpuesta por C. E. E. contra S. N. respecto del inmueble sito en la calle Acassuso ... de la localidad de Beccar. Las costas de ambas instancias se imponen a la actora vencida (art. 68 y 274 del C.P.C.), a cuyo fin se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad legal (art. 31 del dec-ley 8.904/74). A la misma cuestión, la señora Juez Dra. Nuevo 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: se revoca la sentencia apelada, y se rechaza la demanda de fijación de canon locativo interpuesta por C. E. E. contra S. N. respecto del inmueble sito en la calle Acassuso ... de la localidad de Beccar. Las costas de ambas instancias se imponen a la actora vencida (art. 68 y 274 del C.P.C.C.), a cuyo fin se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad legal (art. 31 del dec-ley 8.904/74). Reg. y Dev.

Correlaciones: Flah, Lily R.; Aguilar, Rosana I., LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. AFECTACIÓN. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Setiembre 2016 - Cita digital IUSDC284764A Autores Guardiola, Juan J., LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Junio 2016 - Cita digital IUSDC284631A 027658E