

## No procede Canon Locativo por el uso de un inmueble ganancial cuando allí viven los hijos menores

Un ex cónyuge reclamó la fijación de un canon locativo contra la ex mujer por el uso exclusivo que ella estaba haciendo en un inmueble ganancial, junto con sus tres hijos menores.

En primera instancia se hizo lugar al reclamo, fijando un canon locativo equivalente al 25% del valor locativo de la totalidad del inmueble.

En segunda instancia se revocó la sentencia.

«N. C. S. R. C/ O. P. G. S/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL»

Expte.: SI-2540-2014 (FAMILIA 4) Reg. n° 129

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 24 días del mes de Octubre de 2019, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores MARIA FERNANDA NUEVO y JORGE LUIS ZUNINO, para dictar sentencia en el juicio: «N. C. S. R. C/ O. P. G. S/LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL» causa n° SI-2540-2014; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Zunino y Nuevo, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

### CUESTION

¿Es justa la sentencia apelada?

### VOTACION

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ZUNINO DIJO:

1.? La sentencia dictada el 9 de agosto de 2017 hizo lugar a la reconvenición deducida por P. G. O., condenando a S. R. N. a abonarle al peticionario el 25% del canon locativo correspondiente al inmueble común, que la requerida ocupa junto a sus hijos, con exclusión de su ex cónyuge. Impuso las costas a la actora-reconvenida, quien apeló el pronunciamiento.

2.- Los agravios

A fs. 690 fundó el recurso la parte actora-reconvenida, con contestación de la contraria a fs. 736.

Cuestiona que se haya dispuesto que le corresponde abonar al Sr. O. un canon locativo por ocupar junto con sus hijos menores, el inmueble que fue la sede del hogar familiar. Afirma que el caso debe ser analizado en el marco de las normas que rigen el deber de los progenitores de prestar alimentos a los hijos y el deber de su cuidado personal, ambos derivados de la responsabilidad parental.

Afirma que no se trata de un estricto caso de fijación de canon locativo entre comuneros, sino de la afectación de la vivienda que fue la sede del hogar familiar y constituye el centro de vida y lugar de residencia habitual de los niños.

Y en este orden, argumenta que de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 658 y 659 del CCyC, los padres tienen la obligación de satisfacer las necesidades alimentarias de sus hijos, entre ellas, la de habitación, ya sea con prestaciones monetarias o bien en especie, procurando en lo posible preservar el nivel de vida que tenían durante la convivencia familiar. El aporte del progenitor conviviente se encuentra en alguna medida compensado con el cuidado, asistencia, pago de gastos cotidianos, etc.

Entiende que si se fija un canon locativo a favor del demandado, se estaría reduciendo en los hechos la cuota alimentaria dispuesta, pues ella no incluyó un monto por habitación, pues los niños viven en la que fuera la vivienda familiar.

De ese modo, estima, ambos progenitores están afrontando dicha obligación, al vivir sus hijos en un inmueble ganancial. La solución arribada en la sentencia implicaría que O. provea sólo el 25% del rubro, en tanto el 75% restante correría a su cargo.

Destaca que no ocupa en forma exclusiva y excluyente el bien común, sino que lo hace como consecuencia directa y necesaria del ejercicio del deber de cuidado de los menores.

Cita precedentes de jurisprudencia y se refiere al caso particular de autos, el tiempo de litigio, la deuda por alimentos que asciende a \$1.728.143,98, y demás circunstancias que surgen de los procesos tramitados entre las partes y que pide que se valoren al momento de decidir.

Por último, se agravia por la carga de las costas, reclamando que en caso de confirmarse la sentencia, se distribuyan por su orden.

### 3.- Antecedentes

El 17 de marzo de 2014 se decretó el divorcio vincular de las partes, homologándose el acuerdo arribado en materia de lo que por entonces se denominaba ?tenencia? de los menores. Se decidió que el cuidado personal de los niños sería ejercido por la progenitora, por lo que es un hecho no controvertido que ella y sus hijos F., F. y P. (de entre 12 y 17 años), continuaron habitando el bien ganancial que fue sede de la vivienda familiar.

El 30 de junio de 2017 se homologó el convenio sobre liquidación de la sociedad conyugal, firmado por las partes a fs. 423. En ese acto, los comparecientes convinieron poner a la venta en forma privada el inmueble de autos, sito en calle A. 1393 de La Lucila, Olivos, en las condiciones expresadas y conforme valuaciones de autos, adjudicándose cada uno el 50% del precio obtenido. Con la porción que reciba el Sr. O. del precio de venta obtenido, se comprometió a cancelar las obligaciones consignadas en los puntos 2) a 5) y que a continuación se detallan: restituir a la señora N. el 50% de los impuestos provinciales y municipales abonados, que corrían a su cargo como copropietario de la finca; pagar a su ex cónyuge el 50% del valor del vehículo común; y saldar la deuda por alimentos, que según el propio obligado alcanza una ?cuantiosa suma de dinero? (fs. 696 vta. y 739 vta.).

De ese modo, se puso fin al proceso por liquidación de sociedad conyugal, circunscribiéndose el objeto del juicio al reclamo del señor O. por canon locativo. Dicha acción ha tenido favorable acogida en primera instancia, motivando el recurso de la reconvenida.

### 4.- La atribución del uso de la vivienda familiar. Sus efectos

El Código Civil y Comercial regula, entre los efectos del divorcio, la atribución del uso de la vivienda familiar, sobre la base de una serie de pautas orientadoras que están dadas, entre otras circunstancias, por el hecho de asumir el cuidado de los hijos, los intereses del grupo familiar, etc. Aunque se prevé la posibilidad de aplicar una renta compensatoria a favor del otro cónyuge (doct. arts. 443 y 444 del CCyC), la cuestión debe ser analizada en cada supuesto específico, teniendo en cuenta todos los intereses en juego.

En el caso de autos, se trata de la ocupación del inmueble que fue la sede del hogar familiar, que luego del divorcio, es habitado por la progenitora y sus hijos (de entre 12 y 17 años, fs. 714 vta.). Esta circunstancia resulta determinante, puesto que no es simplemente un reclamo entre dos personas, sino que involucra a menores, a quienes debe garantizárseles el derecho de habitación (arts. 537, 646, 658, 659 y ccs. del CCyC; causa de esta Sala n° 39.597, sent. 30/5/19, reg. 40/2019).

En razón de ello, al resolver la cuestión puesta a consideración de esta Cámara, cabe tener especialmente en cuenta que están involucrados derechos de niños y adolescentes, por lo que es necesario efectuar el análisis con enfoque en la Convención de los Derechos del Niño y su interés superior. Establecido como uno de los valores fundamentales de la CDN, el Comité ha determinado que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación de los derechos del niño: el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con él y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible

conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

El objetivo del concepto «interés superior del niño» -tomado incluso en nuestro Código Civil y Comercial- es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la C.D.N.

Siguiendo los lineamientos del Máximo Tribunal Provincial en el aspecto aquí tratado, el principio favor minoris, con expresa recepción en los arts. 3 y 5 de la ley 26.061, determina que ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros (en el mismo sentido, art. 4º, ley 13.298). Esa regla adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieran invocar los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22; SCBA C. 120.414 del -0-2016, causa N° SI-12.87-2012, 32.940 del 0--2016 r.i. 546 de esta Sala 2).

El reclamo del demandado excluido del uso y goce de la vivienda, debe ser analizado en el marco de dichas directivas y las normas que rigen la responsabilidad parental; más específicamente, el deber de los progenitores de prestar alimentos a sus hijos ?en dinero o en especie- (arts. 646, 658 y 659 del CCyC), procurando -en lo posible- preservar el nivel de vida que tenían durante la convivencia de sus progenitores.

La obligación de quien convive con el niño se encuentra en alguna medida compensada con la asistencia que le brinda y los gastos cotidianos que esa situación implica. El art. 660 del Código Civil y Comercial en vigor, le asigna un valor económico a esos cuidados que dispensa quien habita con el niño, constituyendo un aporte a la manutención (arts. 541, 658, 659, 660 del C.C.C.; causas n° SI-9-2011 del -10-2014 rsi. 387/14; 79.884 del --2016 r.i. 93/2016 de esta Sala).

En el sentido expuesto, la Corte Suprema de la Nación puntualizó que la prestación alimentaria tiene raíz constitucional (C.S.J.N., sent. del -V-2000, «La Ley», 200-B-638), por lo que adquiere especial relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas de fondo. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 le da calidad de derecho fundamental del hombre al derecho de alimentos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 11 prescribe el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos la alimentación, el vestido y la vivienda (arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; SCBA, causas 101.337 del 12/11/2008 y LP 117.566, sent. del 23/12/2014; causas de esta Sala, n° 107.384 r.i. 160 del --2009; SI-6-2012 del 16/6/2014 rsi. 220/2014, SI-130-2014 del 0--2014 rsi 530/2014).

La Constitución Nacional, la Provincial y los Tratados Internacionales aplicables al caso planteado, contienen cláusulas específicas que resguardan un nivel adecuado de vida, tendiente a asegurar la salud, la alimentación, la vivienda y el cuidado de los niños, ello según surge de los arts. VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 4 inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El contenido de estos tratados expresa principios que deben ser respetados en el caso concreto so pena de quedar convertidos en una mera expresión declamatoria, que más que afirmar, herirían la conciencia y el valor intrínsecamente humano del derecho (SCBA, A 70138 S --2013).

Se ha sostenido que la vivienda puede ser satisfecha en forma directa y en especie (Belluscio, Claudio, ?Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico?, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, p 3-16). No incide en el cumplimiento de la obligación alimentaria referente al rubro vivienda que, tratándose de un menor, deba compartir el bien en el que habita con el progenitor con quien convive (Belluscio, Claudio, ?La vivienda como parte integrante de los alimentos a los hijos?, Revista de Derecho de Familia y de las

Personas, La Ley, Año IV, Número 5, junio 2012, p. 137; causa de la Sala 1 de esta Cámara, n° 4-0, reg. 176/2013, sent. del 26/11/13).

Yendo al caso particular de autos, infiero de los términos de la sentencia y el monto de la cuota alimentaria a cargo de O., que al establecer la suma mensual de \$15.600 a favor de los tres menores (sent. del 7/10/13 en la causa Si 2-2013), se contempló que el rubro vivienda comprendido en la obligación en análisis, se prestaba en especie. Al menos no probó el interesado que ese monto alcance para costear el alquiler de un inmueble similar al que los alimentados habitaban durante la convivencia de sus padres, sumado a las demás necesidades a las que está destinada la cuota. La carga de demostrar tales hechos y circunstancias recaía sobre el alimentante, que es quien persigue la fijación de un canon locativo (art. 375 del C.P.C.C.).

No puedo pasar por alto las deudas que pesan sobre el Sr. O., a favor de quien fuera su cónyuge, las que resultan del convenio de liquidación de la comunidad de bienes arribado por las partes a fs. 423. En ese acto, el obligado aceptó, no sólo que debe alimentos que alcanzan una ?cuantiosa suma de dinero? ?según sus propios dichos al contestar los agravios de la contraria, fs. 739 vta.-, sino que también adeuda el 50% de los impuestos provinciales y municipales que gravan el bien de autos. La obligación fue cancelada por la Sra. N. y corrían a cargo del Sr. O. por su condición de dueño de la mitad indivisa del bien (fs. 423 vta.).

A ello se suma la falta de prueba acerca de la suficiencia de la cuota alimentaria fijada, para satisfacer las necesidades alimentarias de los menores. En otras palabras, que imponer a la progenitora que convive con los niños la obligación de abonar canon locativo por el uso de la vivienda, no repercutirá desfavorablemente en el interés superior de sus hijos, de tener garantizados su manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los necesarios para adquirir una profesión u oficio (art. 659 citado). El criterio tradicional, que viene desde el Derecho Justiniano, se expresa en adagios: la carga de probar incumbe a quien acciona ? a quien afirma y no a quien niega (Curso de actualización en Derecho Procesal, Jorge Mosset Iturraspe, Rubinzal Culzoni Editores, Edición 2001, pág. 34).

Sostiene Devis Echandía que «carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables» (Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Edición 1988, pág 424). No se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte.

La situación planteada en autos, debe equipararse en forma de analogía, a la dispuesta por el art. 1277 segundo párrafo del Código Civil derogado, que impide la disposición del inmueble cuando media oposición formulada por quien lo habita con los hijos habidos en común, aún luego de disuelta la sociedad conyugal. Sin duda, los amparados por aquella norma eran los hijos menores y no el cónyuge; y en este sentido, Eduardo Zannoni, en su obra ?Derecho Civil Derecho de Familia? (T° I, p. 575 y siguientes), señala que la restricción no atiende tanto al interés patrimonial del cónyuge, cuanto al interés familiar comprometido; particularmente, el de los hijos menores o incapaces que conviven en el inmueble que constituyó la vivienda familiar (CNCiv., Sala K, del 31/5/2006, Expte. n° 38.507, citado en elDial.com. AA3500; art. 3 C.D.N.; art. 36 de la Constitución Provincial, que reconoce entre sus derechos sociales aquél referido a la niñez).

Teniendo en cuenta que es obligación de ambos padres proveerle una vivienda digna a sus hijos y que la obligación de la progenitora que convive con ellos se encuentra en alguna medida compensada con la asistencia que le brinda y los gastos cotidianos que esa situación implica (arts. 541, 658, 659 y 660 del Código Civil y Comercial en vigor; art. 33 CN y 36 Const. Pcial.), concluyo que no ha probado eficazmente el requirente que la suma fijada por alimentos ?que ni siquiera afrontó en legal forma- alcance e incluya el concepto vivienda para los menores.

Por los fundamentos expuestos, la normativa citada, las particularidades de este caso específico y el principio de buena fe que rige el ejercicio de los derechos (art. 9 del CCyC), propongo revocar la sentencia en la medida de los agravios. En consecuencia, propicio rechazar la reconvenición deducida por P. G. O. contra S. R. N. C. por fijación de un canon locativo por el uso del inmueble común, pues la obligación impuesta a la progenitora verosíblemente podría afectar intereses superiores de los niños o adolescentes que habitan la vivienda.

Máxime cuando, como se puso de manifiesto anteriormente, el obligado debe una ?cuantiosa suma de dinero? por alimentos y no probó eficazmente que la obligación alimentaria a cargo de la progenitora no se encuentre cubierta con sus aportes cotidianos (doct. art. 660 del CCyC).

5.- Las costas

Atento a la solución que planteo, las particularidades del caso y la naturaleza del juicio, propongo que las costas de ambas instancias corran a cargo del señor O., en su condición de vencido (arts. 68 y ss., 274 y ccs. del CPCC.).

Por todo lo expuesto, voto por la NEGATIVA.

Por los mismos fundamentos, la Señora jueza Doctora Nuevo votó también por la NEGATIVA.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se revoca la sentencia apelada, rechazando la reconvencción deducida por P. G. O. contra S. R. N. C. por fijación de canon locativo, con costas a cargo del señor O., en su condición de vencido.

Se difiere la regulación de los honorarios para la etapa procesal oportuna, debiendo adecuarse los honorarios regulados en primera instancia, a las pautas que resultan del presente pronunciamiento (art. 31 de la ley arancelaria). Ello torna abstracto decidir los recursos planteados contra el importe de los honorarios determinados en la sentencia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

María Fernanda Nuevo Jorge Luis Zunino

Juez Juez

Valeria Arazi

Secretaria