Trelew, de setiembre del año dos mil doce.----------

--- **VISTO:** ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 79, contra la sentencia dictada a fs. 71/74vta., concedido a fs. 80, es fundado a fs. 82/84, corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 85, es contestado a fs. 88/89vta.; y los recursos de apelación y nulidad interpuestos a fs. 91 contra la sentencia aclaratoria dictada a fs. 81vta., concedido a fs. 92, es fundado a fs. 93/95vta., corrido traslado del memorial de agravios a fs. 96, no es contestado.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- A fs. 71/74vta. el juez de grado resuelve rechazar la excepción de prescripción interpuesta por el demandado C. R. Z., e impone las costas al incidentista vencido. Asimismo difiere el tratamiento de la excepción de falta de acción y de legitimación activa para el momento de dictar sentencia definitiva.---------- Para así decidir tiene en cuenta que las partes son contestes en que la carta documento remitida el 15-02-2005 constituye la fecha a partir de la cual el actor informa el cese de gratuidad por el uso exclusivo del inmueble que ambas partes detentaban en el carácter de condóminos. Añade que ello no puede ser de otro modo en cuanto a la proyección de sus efectos hacia el pasado pues es aceptado por doctrina y jurisprudencia que en forma previa al reclamo, la utilización exclusiva de un bien por parte de un solo condómino se presume consentida por el resto y resulta por lo tanto gratuita.----------

---------- Manifiesta que la cuestión se centra en el análisis de la aplicabilidad del art. 4027 del Código Civil, y señala que el actor no reclama puntualmente el arrendamiento por una finca urbana ni algo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos (art. 4027, incs. 2 y 3 C. Civil), sino que de la demanda surge que procura el cobro de pesos consistente en el usufructo de la mitad indivisa del inmueble en condominio, y la alusión del valor locativo del bien no comporta una identificación del reclamo con un arriendo, sino sólo un modo de cuantificar el daño reclamado.----------

Agrega que tiene por probado -según lo manifestado por las partes- que actor y demandado constituyeron un estudio jurídico en la zona que funcionó hasta el año 1999, época en la que el actor pasó a desempeñarse como miembro del Superior Tribunal de Justicia, y que en la condición de socios ocuparon el inmueble objeto de la litis (uno en carácter de propietario y el otro en el de sucesor y único heredero del adquirente restante).----------

--- Indica que a partir de la notificación por la que cesa la voluntad de admitir el uso gratuito del bien que poseen en común, -cinco años y ocho meses después-, a través de una demanda, esa misma parte reclama al presunto ocupante un monto determinado por el uso exclusivo del inmueble, y apunta que colegir de allí qué parte de esa acción

se encuentra prescripta porque el monto reclamado representa un arrendamiento o debió pagarse por años o plazos periódicos más cortos, significa avanzar sobre la voluntad del reclamante en forma inconsecuente.----------

--- Concluye que no reclamándose importe que se paguen por años o plazos periódicos más cortos sino un cobro de pesos por utilización exclusiva de un bien en condominio cuantificado a través de la utilización de un canon locativo, resulta aplicable el plazo de prescripción decenal previsto en el art. 4026 del C. Civil, y rechaza la excepción de prescripción, sin que ello implique adelantar opinión en relación a la acción incoada.-----

--- II.- A fs. 75 la parte actora interpuso recurso de aclaratoria toda vez que al decidir el rechazo de la excepción de prescripción se invocó el art. 4026 del C. Civil, que trata sobre la acción del usufructuario para entrar en el goce del usufructo, tema ajeno al proceso, toda vez que entiende que la decisión se ha fundado en el plazo genérico de la prescripción de acciones personales regulados por el art. 4023 C. Civil.----------

--- III.- A fs. 81 y vta. el juez a quo resuelve corregir el error material en el que incurriera al redactar el sexto considerando de la resolución registrada bajo el número 180/11, reemplazando la cita legal del art. 4026 por el art. 4023, ambos del C. Civil.----------

---- IV.- Agravia al apelante la decisión adoptada por el juez de grado a fs. 71/74 dado que la facultad de recurrir al principio iura novit curia no lo habilita a mutar la demanda, cuestión que se encuentra vedada para el propio actor a partir de la notificación de la misma y que tiene fundamento en el derecho de defensa en juicio y el principio de congruencia.----------

--- Sostiene que de la demanda emerge claramente que el actor reclama cánones locativos a partir del mes de Febrero del 2005, según la liquidación practicada en el escrito de demanda; y si bien el demandado sostiene gramaticalmente que reclama el usufructo de cánones locativos para que tenga vigencia esa figura conforme el art. 2502, inc. 2 del C. Civil es necesario que el mismo se constituya por escritura pública y se inscriba en los registros inmobiliarios de acuerdo con el art. 2505 del C. Civil, habiendo el juzgador interpretado erróneamente el derecho del actor a señalar que no se reclama el arrendamiento de una finca o algo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos.----------

--- Afirma que resulta aplicable el art. 4027, inc. 3 del C. Civil habiendo prescripto los períodos detallados en el planteo de excepción que fundan la prescripción que articuló.-

--- Asimismo, agravia al apelante que el magistrado de grado encuadre la relación jurídica entre las partes a los fines del rechazo de la excepción de prescripción en la figura del usufructo, art. 4026 del C. Civil, toda vez que nunca existió una relación de usufructo entre las partes, que de ser así debió acreditarlo el actor o eventualmente incorporarlo el juzgador a través de una medida para mejor proveer. Se cuestiona la

compatibilidad de la figura del titular dominial con la del usufructo, -que califica el juzgador-, teniendo en cuenta que no está discutido que el actor era co-titular registral del inmueble, de allí que no puede ser usufructuario del bien propio, y que aún cuando se recurriera a la figura del art. 2843 del C. Civil, no existe usufructo, en razón de que no ha sido constituido en alguna de las formas previstas por el Código Civil.----------

--- V.- A fs. 88/89vta. se agrega la respuesta a los agravios del apelante. Manifiesta que con términos claros el Sr. Juez de grado interpretó a los fines de resolver la excepción de prescripción que no se reclaman cánones locativos, ni ninguna suma que deba pagarse por períodos mensuales y constituye una interpretación antojadiza y equivocada por parte del apelante la afirmación de que claramente emerge de la demanda que se reclaman cánones locativos.----------

--- Considera inaceptable la afirmación del recurrente acerca de que "…el actor sostiene gramaticalmente que reclama el usufructo de los cánones locativos…", y afirma que no es lo que se reclama en la demanda, que no es cierto que el reclamo se formule por meses calendarios, toda vez que en la demanda se dijo que "la presente demanda procura el cobro de pesos consistente en el usufructo de la mitad indivisa del inmueble de condominio desde Febrero del 2005 hasta Diciembre de 2007", respondiendo la limitación temporal a la fecha de envío de la carta documento en la que se comunica el cese de la autorización para el uso gratuito del bien.----------

--- Explica que solicitó el dictado de la sentencia aclaratoria toda vez que la cita normativa estaba desajustada con el criterio vertido por el Juzgador, y habiéndose dictado la sentencia en sentido favorable a su petición deviene abstracto tratar los agravios formulados por el apelante en el punto b) de su escrito, en los que reprocha la decisión del juez a quo de pronunciarse respecto de la existencia de un usufructo.--------

--- VI.- Planteado recurso de apelación y nulidad contra esta decisión por el demandado, a fs. 93/95vta. luce glosado el memorial, en el cual plantea la nulidad de la decisión adoptada por el juez de grado luego de notificada la sentencia a las partes, apelada la misma y expresado agravios.----------

--- Afirma que los perjuicios ocasionados a su mandante derivan del estado de indefensión y la alteración del debido proceso, al encontrarse frente a dos pronunciamientos absolutamente diferentes en lo que hace a la construcción intelectual de los fallos. Distingue la decisión en base a los cual se ordena el rechazo de la excepción de prescripción con fundamento en lo normado en el art. 4026 del C. Civil, y el decisorio que con posterioridad se fundó en lo normado por el art. 4023 del mismo código, desestimándose en este último pronunciamiento que hubiera relación de usufructo entre las partes y dándose por sentado que no se reclamó por períodos mensuales como claramente surge de la demanda.----------

--- Refiere que la sentencia aclaratoria modifica sustancialmente el pronunciamiento

judicial primigenio, fundándose en otras circunstancias jurídicas absolutamente diferentes a las que tuviera en cuenta el juzgador para dictar la primera sentencia, en contradicción con el ordenamiento procesal que en la materia tiene establecido que pronunciada la sentencia concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla.----------

--- Peticiona en consecuencia se declare la nulidad de la sentencia por encontrarse descalificada como acto jurisdiccional. Cita jurisprudencia en su apoyo, y añade que para el juzgador también resulta aplicable el instituto de la preclusión, no pudiendo alterar el pronunciamiento judicial una vez que ha sido emitido y sobre todo cuando se ha notificado a las partes y ha sido apelado, dado que habiendo agotado la capacidad de análisis y de confección intelectual de su razonamiento a través de la sentencia, resulta nulo todo tipo de pronunciamiento que modifique la construcción intelectual del fallo. Cita un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que sostiene que la finalidad de la aclaratoria es la corrección o integración del pronunciamiento, pero en tanto no cambie su sentido, no pudiendo alterarse lo sustancial de la decisión.----------

--- Formula reserva del caso federal.----------

-- VII.- Corresponde en primer lugar el tratamiento del recurso de nulidad articulado por la parte demandada contra la sentencia aclaratoria 211/11 (fs. 81 y vta.)----------

--- Es indiscutible el carácter inmutable que reviste la sentencia, la que una vez dictada no se enmienda ni se corrige por el juez que la emitió, porque compete al magistrado agotar el estudio y la reflexión antes de emitir su acto de voluntad, la que una vez expresada a través del fallo deja de pertenecerle, concluyendo su jurisdicción.----------

--- Por otra parte, el recurso de aclaratoria constituye una excepción a la inmutabilidad que persigue la definición de la litis por una vía rápida y con el mínimo empleo de actividades procesales (Conf. De Santo, “Tratado de los Recursos”, Ed. Universidad, Tomo I, pág. 174, ap. 23)..----------

--- Sin embargo está posibilidad de corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros o salvar omisiones hallan un valladar infranqueable cual es, no alterar lo sustancial de la decisión. Es decir, la aclaratoria debe limitarse a explicar lo ya hecho, pero si a través de este instituto se intenta modificar el razonamiento jurídico seguido en el pronunciamiento, ya no hay aclaración, sino alteración sustancial del contenido de la sentencia, que no está permitida porque la sentencia en sí es inmodificable (Conf. Eduardo Néstor De Lázzari, “Recurso de aclaratoria y principios procesales”, ED 128-1988). Esta postura es la adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (B. 357.XLVI; “Banco de la Nación Argentina c/ Giambenedetti Hnos. s/ ordinario”, 10/07/2012, G. 842. XLIV; “Giacomuzo Hnos. SACIF c/ Mercedes Benz S.A.”, 06/04/2010, T. 333, P. 333).----------

--- En tal contexto, se inicia el análisis de la cuestión planteada a esta Alzada a partir del decisorio de fs. 71/74vta., en el que el juez a quo consideró que “...la demanda procura el cobro de pesos consistente en el usufructo de la mitad indivisa del inmueble en condominio”, y la alusión al valor locativo del bien no comporta una identificación del reclamo con un arriendo, sino un modo –entre muchos otros que podrían existir- de cuantificar el daño reclamado. Por lo demás, la interpretación que el demandado otorga al concepto de “usufructo” a fs. 37vta. renglón 25 y sgtes., donde expresamente reconoce que éste es el objeto de la demanda, será oportunamente analizada al momento de dictar sentencia”. Y más adelante añade “...Lo cierto entonces es que, no reclamándose concretamente importes que deban pagarse por años o plazos periódicos más cortos, sino un cobro de pesos por utilización exclusiva de un bien en condominio, cuantificado a través de la utilización de un canon locativo, resulta aplicable el plazo de prescripción decenal previsto en el art. 4026 del C. Civil...”.----------

--- Por su parte la sentencia aclaratoria glosada a fs. 81, resuelve corregir el error material en el que se incurriera, modificando el “art. 4026 del C. Civil”, por el “art. 4023 del C. Civil”, con fundamento en que la aclaratoria fue interpuesta dentro del plazo legal.

--- Ello así, en franca contradicción con lo dispuesto por el art. 169 del rito se alteró lo sustancial de la decisión, dado que se ha modificado la naturaleza de la acción en la que se fundó la primera sentencia, teniendo en cuenta que el art. 4026 del C.C., establece que la acción del usufructuario para entrar en el goce del usufructo, se prescribe por diez años por el propietario de la cosa, sin necesidad de título y buena fe, a la vez que el art. 4023 del mismo código establece el mismo plazo para ejercer toda acción personal exigible, salvo disposición especial. Prueba de ello lo constituye el memorial de agravios presentado por la parte demandada el mismo día en el que se dictó la sentencia aclaratoria, y que centra sus agravios en la figura del usufructo introducida por el sentenciante en su decisorio, como asimismo la respuesta dada por la parte actora al traslado del memorial de agravios, en la cual no responde los argumentos del apelante referidos a la inexistencia de usufructo por resultar abstracto, según el contenido de la aclaratoria que fuera dictada a su pedido.----------

--- Se ha resuelto que “ante un pedido de aclaratoria debe mantenerse la sentencia como acto de voluntad, examinar si la corrección afecta la resolución en su integralidad ideológica, observar si el error material denunciado se refiere a la manera de discurrir del juez o a la expresión escrita de ese discurrir y, finalmente, si se ha expresado o no defectuosamente la intención del juzgador (SCBA, 176/84, ED, t. 113, p. 181, SC Mendoza, Sala I, 2-07-87, “Cooperativa Vitivínicola La Regional Ltda.. c. Angel Pérez. ED 128-93, SCBA, 14/3/95, JA, 1995-III, p. 602).----------

--- En el mismo sentido la SCBA resolvió que “La aclaratoria tiene como límites para su procedencia la corrección de algún error material o aclaración de un concepto oscuro

en la decisión, pero no debe ser acogida cuando so pretexto de corregir un déficit numérico modifica aspectos sustanciales del fallo (causa L 68.833 S 17-5-2000, “Tello, Leonardo Gastón c/ Stiling S.A. s/ accidente”).----------

--- Si bien se mantiene con el dictado de la aclaratoria el plazo de prescripción decenal que estableció el magistrado en la sentencia, lo cierto es que modifica los fundamentos del razonamiento seguido para llegar a la conclusión que falló, al igual que el encuadramiento jurídico de la cuestión, el que es mutado de plano –no sólo en cuanto a la norma aplicable, sino a la propia esencia del supuesto sublite-, colocando al apelante en un estado de indefensión, teniendo presente que la interposición del recurso de aclaratoria no suspende el plazo para apelar y expresar agravios.----------

--- El error material alegado, que por vía de aclaratoria modificó la norma de aplicación al caso para decidir la procedencia de la prescripción, es un verdadero error in iudicando, que como tal debió atacarse por la vía del recurso de apelación. Y se ha dicho que la aclaratoria tampoco es posible de confundirla con la apelación ni la reposición, pues siendo la aclaratoria un verdadero remedio (cuando es ejercida por las partes), las vías impugnativas, según la tesis dominante, sobre todo en la jurisprudencia, no pueden utilizarse promiscuamente (Carnelutti, Sistema, V. III, p.619, cit. por Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los Recursos Ordinarios”, 2da. Edición, Librería Editora Platense, pág. 202). ----------

--- Es que, como ha dicho la Corte Nacional, los vicios que se corrigen con la aclaratoria no pueden asimilarse a los errores in iudicando; no se trata de fallas en el razonamiento del magistrado ni en la fijación de los hechos ni en la aplicación del derecho (CSJN, Fallos: 301-129).----------

--- En consecuencia, corresponde acoger los agravios del apelante y declarar la nulidad de la sentencia aclaratoria dictada a fs. 81, porque se modificó el razonamiento seguido en la sentencia de fs. 71/74vta. a través de la aclaratoria, con fundamento en: 1) la oposición oportuna de la aclaratoria que justifica la admisibilidad del recurso y no su procedencia, y 2) que le asistía razón al recurrente, sin mencionar las razones de tal afirmación, siendo que el error advertido no es fácil de determinar, toda vez que para efectuar la cita el juez a quo debió valorar los hechos y decidir el derecho aplicable.------

--- VIII.- Pasando al tratamiento de los agravios del apelante respecto de la sentencia de fs. 71/74vta., se adelanta que le asiste razón en su planteo.----------

---- A fs. 72 vta., penúltimo párrafo desdeña el juez a quo que el actor aluda en su reclamo al valor locativo del bien que reclama al demandado condómino, toda vez que es “sólo un modo -entre muchos otros que podrían existir- de cuantificar el daño reclamado.”(sic), sin embargo no hace mención alguna a los restantes modos que podrían existir, ni fundamenta los motivos que lo llevaron a tal afirmación.----------

--- Cierto es que en el condominio el derecho de uso y goce de la cosa por un condómino se haya limitado por su destino y por el derecho de los otros condóminos, de modo tal que cuando uno de ellos, está en ejercicio de esta facultad, excluye a los restantes condóminos del uso y goce. Esta exclusión se entiende consentida por los demás mientras no ejerzan el ius prohibendi, es decir hubieren reclamado también su derecho, tal el supuesto que nos ocupa.----------

--- Acreditado el reclamo por el condómino privado del ejercicio del derecho de uso y goce de la cosa, nace el derecho a reclamar el valor locativo de la cosa en la medida de su interés (CNCiv., Sala B, 18/8/89, “F.M. de D., D c/ D., E.E. s/ liq. Soc. cony.”, SAIJ, sum. C0005162, Sala D, 25/3/87, “K., de F. C. c/ F.A. s/ liq. Soc. cony.”, SAIJ, sum. C0003247; íd., Sala E, 17/4/86, “Rud, Luz c/ Yufit, Rosa p/ fij. Canon”, LL, 1987-E-365; íd. Sala G, 24/9/99, ED, 187-362; C.N.Esp. Civ y Com., Sala IV, 4/10/88, “Manzione, Oscar c/ Sarfan, Alberto p/ ord.”, SAIJ, sum. P0003603, cit. por Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, “Cóc. Civ....”, Ed. Astrea, Tomo 11, pág. 333, ap. 2; C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, Roscopp, Norma Margarita y otra v. Pinzone, de Roscopp, María del Carmen y otra”, 29/4/2009, C.N.Civ., Sala G, “Arrue, Darío Oscar v. Biran, Ruth Ada, 19/8/2010, cit. por Marcelo J. López Mesa, “Sistema de Jurisprudencia Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo IV, págs. 4584/4585). Este valor locativo puede ser cuantificado de modos diversos: el valor intrínseco del inmueble, su destino, la realidad económica o la aptitud locativa entre otros. Pero ello no obsta que la naturaleza de su derecho sea la del valor locativo, porque es el modo previsto para designar a la retribución que se percibe por el uso y goce de una cosa fijada por períodos (arg. art. 1493 in fine C. Civil). Además se asimila la calidad de locatario al condómino que usa y goza del inmueble, teniendo en cuenta la manda del art. 2702 del C. Civil, según el cual para el caso de disponerse el arrendamiento o el alquiler de la cosa, debe ser preferido a persona extraña, el condómino que ofreciere el mismo alquiler.----------

--- Ello así, el valor locativo por el uso y goce de un inmueble por uno de los condóminos, es una obligación divisible, y así lo entendió el actor habiendo cuantificado en la demanda su reclamo por períodos mensuales, correspondiendo aplicar el plazo de prescripción previsto por el art. 4027, inc. 3ro. del C. Civil, pues constituye una disposición especial que desplaza el principio general de la prescripción decenal, esto es, precisamente la excepción prevista en el art. 4023 in fine del citado código.----------

--- Se ha resuelto, que “la ocupación del bien inmueble por el condómino que debe considerarse, exclusiva y excluyente de los demás, se realiza a título de dueño y no como locatario, como se ejerce un derecho que por igual también corresponde a los otros herederos, la compensación debida por la misma debe de ser determinada en base al valor locativo del inmueble (conf. C. Apel. San Isidro, sala I, causa núm. 24.921, reg. núm. 91 del 30/4/79; en Supl. Prov. La Ley 1979-437). Ello así, puesto que una vez

exteriorizada la voluntad de los restantes herederos en el sentido de no consentir un disfrute exclusivo de dicho bien, el único derecho que hubiera cabido al heredero que excluye en el uso a los demás, hubiera sido el que le confiere el art. 2702 del Cód. Civil. En virtud de tal norma, tendría prioridad frente a terceros que quisieran tomar en arriendo la misma propiedad, quienes estarían sometidos a las condiciones y precios vigentes en plaza (Cám. 1ª. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, sala I, “Cammisa de Fernández, M. c. Cammisa, Jorge” 22/06/1988, DJ 1989-1, 389; laleyonline: AR/JUR/2231/1988).----------

--- No obsta a la conclusión que se arriba, la circunstancia que el objeto de la demanda comprenda un período determinado comprendido entre los meses de Febrero 2005 a Diciembre 2007, toda vez que la sustitución de un condómino por otro se encuentra alcanzada por la regla del art. 3270 del C. Civil. Es que no puede el actor alegar la existencia de un derecho más extenso del que tenía y transmitió. Si la retribución que ha de recibir el adquirente de la porción indivisa del actor, por el uso y goce del inmueble por el restante condómino, prescribe en el plazo de cinco años, el derecho del enajenante no puede ser más extenso, interpretando que su reclamo hasta el momento de la venta constituye un capital sujeto a la prescripción decenal, que resulta más beneficiosa.----------

--- De lo expuesto cabe concluir que el plazo de prescripción respecto de la presente acción, es de cinco años, de modo tal que se hayan prescriptos los períodos locativos correspondientes a los meses Febrero 2005 y hasta el día 18 de Octubre 2005 ambos inclusive.----------

--- Por otra parte, no puede soslayarse que el sentenciante de grado llega a una conclusión disímil de la expuesta precedentemente, apelando a un razonamiento que, aunque dubitativo, deja entrever con claridad que encuadra la acción en las normas correspondientes al derecho de usufructo, y así lo establece al fijar para la obligación del demandado el plazo de prescripción decenal previsto en el art. 4026 del C. Civil, que no estaba comprendido en las pretensiones contenidas en la demanda y en las excepciones argüidas por el demandado.----------

--- Al respecto, es regla general que el juzgador posee absoluta libertad, en la elección y aplicación de la norma jurídica, actuando el brocárdico iura novit curia. Pero el empleo de este principio debe respetar el principio de congruencia, dado que el juez debe aplicar la norma inherente al caso, siempre enmarcado dentro de las situaciones presentadas por las partes, lo contrario conculcaría el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso.----------

--- En este sentido, cabe recordar que si el principio iura novit curia no se utiliza con criterio razonable podría ponerse en grave riesgo la garantía de imparcialidad que

caracteriza el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero, el límite infranqueable de la potestad judicial de reconducción lo constituyen los presupuestos de hecho esenciales emergentes de la traba de la litis, que resultan ajenos a la discrecionalidad judicial y sometidos a la regla de la congruencia. Es una aplicación antifuncional del principio iura curia novit aquélla que, bajo apariencia de reconducción, encerrara el cambio oficioso de una articulación por otra distinta....Es decir que este principio no es un comodín a utilizar por el juez a designio y sin limitación alguna, sino que reconoce importantes límites y uno de esos límites fundamentales lo traza el principio de congruencia, en lo tocante a no alterar las pretensiones de las partes introducidas en el proceso. (López Mesa, Marcelo J.; “El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia”; La Ley, 12/06/2012).----------

--- El principio de congruencia, entendido como “el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes”, importa la imposibilidad del Tribunal de mérito de soslayar la base fáctica de la cuestión litigiosa emergente de los términos de los planteos formulados por las partes. La ratio iuris de esta regla radica -por un lado- en la garantía constitucional de defensa en juicio, otorgando a ambas partes la oportunidad legal de defender cada una de las razones que sustentan sus respectivas pretensiones y -por el otro- en el derecho constitucional de igualdad ante la ley, brindando a ambos litigantes respuesta jurisdiccional sobre todos y cada uno de los puntos sometidos a conocimiento del Tribunal.----------

--- Y es de señalar que el juez a quo ha incurrido en incongruencia, introduciendo conjeturas en el razonamiento seguido en su decisorio, atento las pretensiones esgrimidas por las partes en los escritos introductorio y del planteo de excepciones.------

--- Cabe esclarecer, además, al Sr. Juez de grado que el argumento de la cuantificación de lo reclamado en base a un usufructo es radicalmente desenfocado e inaplicable al caso. Es que, el a quo parece desconocer o haber soslayado que resulta improcedente la superposición de dos derechos reales, sobre una misma cosa y por las mismas personas, lo cual surge del carácter exclusivo del dominio (arg. arts. 2508, 2509, 2522 y 2523 C. Civil).----------

--- El usufructo es un derecho real sobre cosa ajena (art. 2807 C. Civil), siendo la ajenidad de la cosa condición esencial para su configuración. Por tal motivo, es desde todo punto de vista inviable sostener siquiera a título de posibilidad la constitución de un usufructo sobre una cosa propia, en todo o en parte. Ergo, las normas de los arts. 2807 a 2947 y el art. 4026 del Código Civil son entera y absolutamente inaplicables al sublite.----------

--- La condición de condómino es excluyente de la de usufructuario, por lo que la palabra usufructo utilizada en la demanda no menta el concepto técnico de lo que el Código Civil entiende por tal, y como tal no era invocable por el juez de grado.----------

--- Útil resulta ampliar el análisis de la aplicabilidad al caso del art. 4027 C.C. El mismo se aplica a las obligaciones periódicas, esto es, aquéllas en las que cada pago o acto de cumplimiento implica la satisfacción de una obligación distinta y separada de las restantes cuotas, aunque responden todas a una obligación general común, pero que no es exigible por entero.----------

--- En las obligaciones periódicas, el deudor no debe un total, sino que las obligaciones van venciendo sucesivamente, no siendo exigibles las que todavía no vencieron, pese a la falta de pago de las anteriores.----------

--- Obviamente que el reclamo de los períodos vencidos, efectuado por un monto global no muta la esencia de estas obligaciones, que siguen siendo obligaciones periódicas, solo que reclamadas por junto, pero manteniendo su individualidad a los efectos del cómputo de la prescripción.----------

--- La prescripción del art. 4027 CC alcanza a las obligaciones de ejecución periódica, en las que se produce la repetición sucesiva en el tiempo de actos de pago de obligaciones distintas, que no son cuotas de una misma y única obligación, sino pagos mensuales, correspondientes a mensualidades que van venciendo sucesivamente.-------

--- Por ende, no se aplica este plazo a una deuda única fraccionada en mensualidades para facilitar el pago, supuesto radicalmente diverso al que se debate en esta causa. No se encuentra alcanzada por la prescripción quinquenal la deuda que comporta inequívocamente un supuesto de “deuda única fraccionada”, faltando por consiguiente el carácter fluyente de un crédito que es independiente del transcurso del tiempo, y que nace por entero y sin posibilidad de aumento desde que se lo constituyó (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 2/11/1992, ED 153-540).----------

--- Los arriendos, los pagos mensuales similares o equiparables a arriendos, como el canon locativo derivado del uso de una cosa común por uno solo de los condóminos, sin la anuencia del condómino, así como las expensas comunes, son obligaciones mensuales, como tal distintas, no cuotas de una misma obligación.----------

--- La prueba de ello es que cada mes las expensas se componen de rubros diferentes y alcanzan montos diversos, todo lo cual es incompatible con el carácter único de la obligación nacida por entero.----------

--- Lo propio ocurre con el alquiler, que puede variar mensualmente en virtud de alguna estipulación admisible o si lleva incluido el pago de impuestos y expensas, del valor de éstos. A la deuda de alquileres y a los conceptos equiparables a tal se aplica expresamente el inc. 2 del art. 4027 del C. Civil (Conf. Bueres, Alberto J. – Highton,

Elena I., “Cód. Civ....”, Ed. Hammurabi-2001, T. 6 B, pág. 821).----------

--- Tanto los arriendos como las expensas son de carácter fluyente, con lo cual no tienen un número de cuotas determinado a su nacimiento. Para que haya una obligación única, pagadera en cuotas, tienen que estar determinadas tal vez no el monto, pero sí la forma de calcularlo y el número de cuotas. Es impensable o inconcebible una deuda en cuotas, de la que no se sepa el número de ellas. Una deuda en cuotas, como integrantes de una obligación única fraccionada para el pago, requiere de un número finito y determinado de cuotas, lo que es incompatible con el pago de arriendos.----------

--- En cambio, las obligaciones fluyentes, que se van generando mes a mes y que no son cuotas de una misma obligación sino mensualidades diversas de una deuda que va surgiendo en el tiempo, son incompatibles con la existencia de un número finito y determinado de cuotas, pues las sucesivas mensualidades todavía no se generaron cuando nació la mensualidad anterior. Y el hecho que se las reclame luego de vencidas, todas juntas, y por un período finito de tiempo no muta su esencia fluyente o periódica.--

--- Si la deuda surge fraccionada en cuotas, ello significa que el tiempo habrá de influir en la exigibilidad de las cuotas en que se dividió la deuda, pero no en su existencia, pues la obligación ya existe en su totalidad desde que aconteció su causa, aunque por entonces no fuese exigible. ----------

--- Una deuda que va incrementándose con el tiempo, conforme pasan los meses, no es una deuda única, ni puede aplicársele el plazo prescriptivo ordinario del art. 4023 CC, pues ello implicaría tanto como desplazar artificiosamente mediante argumentos farisaicos la norma directamente aplicable al caso. ----------

--- La diferencia de encuadramiento de ambas situaciones se relaciona con la fundamental diferencia que exhiben ambos tipos de obligaciones en relación con sus fuentes, mientras que la deuda única fraccionada para el pago responde a una única fuente obligacional, las obligaciones periódicas o fluyentes se correlacionan con tantas fuentes o causas (art. 499 Cód. Civil) como mensualidades se adeuden justamente porque al vencimiento de cada mensualidad nace una nueva obligación, que es independiente, especial y diversa e individualizable respecto de los anteriores y posteriores.----------

--- Por ello a los arriendos, los cánones locativos y las expensas se aplica el art. 4027 CC, motivo por el cual la acción para exigir su cobro prescribe a los cinco años. (Conf. López Herrera, Eduardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, Lexis Nexis, 2007, Tomo I, pág. 590). ----------

--- Para concluir, siendo que el plazo de prescripción aplicable al caso es de cinco años desde que cada período venció conforme surge de las razones expuestas, corresponde revocar el punto 1) del decisorio de fs. 71/74vta., haciendo lugar a la excepción de

prescripción interpuesta por el demandado a fs. 32/33.----------

--- Conforme se resuelve por aplicación del art. 282 del CPCC, corresponde adecuar las imposición de costas y la regulación de honorarios de primera instancia e imponer las costas y regular honorarios por la actuación de los letrados en segunda instancia.---------

--- A tal fin, por aplicación del principio objetivo de la derrota que impera en materia de costas las devengadas en autos por ambas instancias, deben ser soportadas por la parte actora (arts. 69 y 70 CPCC). ----------

--- En consecuencia, se regulan honorarios en mérito a la labor realizada y resultado obtenido a los letrados intervinientes, Dr. P. O. A., apoderado del demandado, en el 1,5% del monto del proceso; y al Dr. A. M. S., apoderado del actor, en el 1% de la misma base económica, siempre que las sumas resultantes sean superiores al mínimo previsto por el art. 32 de la ley de arancel, en caso contrario se aplicará este último (Arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 32 y conc. de la ley XIII Nro 4), en ambos casos con más el IVA pertinente.---------- Asimismo corresponde regular honorarios por la actuación de los citados letrados ante la Alzada, atendiendo a las pautas cualitativas antes enunciadas, se regulan honorarios al Dr. P. O. A., en el 30% de las sumas que a su favor resulten reguladas por su labor en la instancia anterior, y al Dr. A. M. S., en el 25% de las sumas que a su favor resulten reguladas por su labor en primera instancia, siempre que las sumas resultantes sean superiores al mínimo previsto por art. el 32 de la ley de arancel, en caso contrario se aplicará este último, (Arts. 5, 6bis, 7, cuarto párrafo, 13, 32 y conc. de la ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente.---------- En su mérito la sala B de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ---------- I. Declarar la nulidad del decisorio de fs. 81 y vta.----------

--- II. Revocar el punto 1) del decisorio de fs. 71/74vta., haciendo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por el demandado a fs. 32/33.----------

--- III. Adecuar la imposición de costas de primera instancia, imponiéndolas a la parte actora vencida (Arts. 282, 69 y 70 CPCC).----------

--- IV. Adecuar la regulación de honorarios de primera instancia. En consecuencia, se regulan honorarios al Dr. P. O. A., en el 1,5% del monto del proceso, y al Dr. A. M. S., en el 1% de la misma base económica, siempre que las sumas resultantes sean superiores al mínimo previsto por el art. 32 de la ley de arancel, en caso contrario se aplicará este último (Arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 32 y conc. de la ley XIII Nro 4), en ambos casos con más el IVA pertinente.---------- V. Imponer las costas de Alzada a la parte actora vencida (Arts. 69 y 70 CPCC).---------- VI. Regular honorarios por la labor desarrollada en esta instancia al Dr. P. O. A., en el 30% de las

sumas que a su favor resulten reguladas por su labor en la instancia anterior, y al Dr. A. M. S., en el 25% de las sumas que a su favor resulten reguladas por su labor en primera instancia, siempre que las sumas resultantes sean superiores al mínimo previsto por art. el 32 de la ley de arancel, en caso contrario se aplicará este último, (Arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 13, 32 y conc. de la ley XIII Nro. 4), con más el IVA pertinente.----------

--- VII. La presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haber coincidencia de opinión y hallarse de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (arts. 7 y 8 Ley V Nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase ----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2012 - SIC.- CONSTE.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

cg