000507/2015

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"B. M. G. c/ V., N. A. y otro s/ INCIDENTE (Fijación de canon locativo)", Expte. N° 507/2015**, venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 777/2013), por haber interpuesto los codemandados a fs. 161, recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria N° 70/2015 de fs. 156/158vta.

I.- En su memorial de fs. 163/168, luego de transcribir parcialmente la resolución objetada, los recurrentes precisan como agravios los siguientes:

1) *Primer agravio:* Se invoca y aplica una norma (art. 444 CCCN) de manera retroactiva, cuando la misma no se encontraba vigente al tiempo de promoción del proceso. La aplicación retroactiva de la ley afecta palmariamente el derecho de defensa y la garantía del debido proceso de su parte. La diferencia entre ambas disposiciones es evidente y el fundamento normativo en basado en normas que no se encontraban vigente al momento de tramitarse los actuados, resulta desacertada, además de violar derechos y garantías constitucionales. Expresa que la reciente entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación puede dar lugar a confusiones sobre a qué relaciones o situaciones jurídicas existentes debe aplicarse, pero es innegable que la nueva legislación en modo alguno puede afectar derechos y garantías amparados por nuestra Constitución Nacional. Considera que la discusión aquí planteada en cuanto a que norma resulta aplicable, es sustancial para una correcta decisión de la causa por cuanto la nueva

ley autoriza algo que la anterior vedaba, lo que conduciría a la admisión o rechazo de la demanda, según cual se aplique.

2) *Segundo agravio:* El inmueble como integrante de la prestación alimentaria. Considera erróneo que la juez establezca un canon locativo sobre un inmueble donde viven los hijos menores del actor, situación que no ha sido siquiera mencionada al momento de fundar la decisión, lo que habría conducido al rechazo de la acción. El actor pretende obtener una disminución de la cuota alimentaria que durante años se negó a pagar en beneficio de sus hijos y para ello ha utilizado una vía procesal claramente improcedente.

3) *Tercer agravio:* Establece un canon locativo excesivo y en beneficio del actor cuando, en su caso, debe ser en beneficio de la sociedad conyugal. En autos se realizó una prueba pericial de tasación que no fue objetada por las partes y que determinó un valor locativo de $12.000 mensuales. El inmueble es un bien integrante de la sociedad conyugal, del cual resulta propietaria del 50 por ciento, por lo que mal puede ser compelida a pagar un canon de $10.000, por resultar excesivo. De lo contrario se concluiría que el canon ha sido establecido en beneficio del a sociedad conyugal y no del actor, lo que conduciría también al pago del cincuenta por ciento del mismo.

Por último y subsidiariamente para el caso de que no se admita el primer agravio, peticiona se deje sin efecto la fecha establecida por la magistrada a partir de la cual debe devengarse el canon locativo. Formula reservas del Caso Federal. Peticiona se revoque el fallo, con costas.

Corrido traslado de ley, es contestado por la parte actora a fs. 170/173 vta., quien por las consideraciones que expone y en razón de brevedad se tienen por reproducidas, peticiona se rechacen los agravios con costas a los demandados.

II.- Previo a ingresar en el análisis de los agravios vertidos por la parte demandada, se muestra conducente realizar una breve descripción de los antecedentes fácticos de la causa, para una mejor comprensión de la cuestión traída a conocimiento de esta Sala. En efecto, de las constancias obrantes en el proceso surge que:

A fs. 25/29 Moisés Gustavo Bravo promueve incidente de fijación de canon locativo contra N. A. V. y Á. U. C., por el uso exclusivo que ambos realizan de la vivienda de la cual detenta el 50% de copropiedad por ser bien ganancial. Manifiesta que la vivienda es parte integrativa del concepto de alimentos y la obligación alimentaria de ambos progenitores se ve con mayor carga en su parte, por ser quien cumple tareas remuneradas. Ve con injusticia que V. haya formado una nueva unión en la vivienda que fue asiento del hogar conyugal. La vivienda le fue adjudicada en el Barrio Policial, por ser policía. Destaca que es V. quien ostenta la titularidad de la tenencia de los hijos en común, quienes habitan la vivienda familiar, razón por la cual y en atención al interés familiar no reclama la atribución de la vivienda, sino una compensación por el uso exclusivo por parte de V. y C. del 50% del inmueble que le corresponde conforme art. 2684 C. Civil, hasta la efectiva liquidación.

Relata hechos, funda en derecho, ofrece

prueba y peticiona se haga lugar a la acción.

A fs. 36/40 y 42/46 contestan demanda A. U. C. y N. A. V., respectivamente. Niegan y relatan hechos. Ofrecen prueba, Formulan reserva del Caso Federal. Peticionan se rechace el incidente promovido, con expresa imposición en costas.

A fs. 55/56 mediante sentencia interlocutoria N° 40/2014 se admite el hecho nuevo alegado y se tiene por presentado el documento obrante en fs. 49.

A fs. 60/61 se abre la causa a prueba, proveyéndose las ofrecidas por las partes, las que se producen de fs. 66 a fs. 151.

A fs. 68/73 obra informe del Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano Delegación Sur de Chubut, quien informa que la vivienda identificada como Casa N°X del Barrio 12 Viviendas Rada Tilly (código 392) es propiedad del Sr. B. M. G., DNI N° XX.XXX.XXX y su cónyuge V. N. A. por escritura N° XXX de fecha 31/03/2006.

A fs. 83/84 el Juzgado de Paz remite copia certificada de Información Sumaria N° 134-07JPRT.

A fs. 87/87 vta. obra informe de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble de Chubut, del que surge que el inmueble designado como parcela X de la manzana XX sector 1 circunscripción 1 de Rada Tilly, se encuentra inscripto a nombre de B. M. G..

A fs. 104/111 contesta el requerimiento C. SRL, quien adjunta recibos de sueldo de su dependiente A. U. C..

A fs. 124 se desarrollan las audiencias

confesional de las partes y testimonial ofrecidas; a fs. 135 la testimonial de M. D. J. y fs. 136 testimonial de S. M. J..

A fs. 150 se encuentra glosada la pericial en tasación realizada por el Martillero Público J. A. Q., quien de acuerdo al estado de la vivienda ubicada en calle G. N° XXXX de Rada Tilly, sus características y situación de la plaza, determina el valor locativo e la suma de pesos doce mil ($12.000).

A fs. 156/158vta. luce agregada la sentencia interlocutoria N° 70/2015 aquí recurrida, mediante la cual se resuelve: *"1°) Fijar una renta compensatoria por el uso del inmueble sito en calle G. Nro. XXXX, Casa X, Barrio Policial, de la localidad de Rada Tilly, a favor del señor M. G. B. DNI XX.XXX.XXX, por el término provisorio de un año, que deberá ser abonada por los señores N. A. V. DNI XX.XXX.XXX y A. U. C. DNI 25.280.726, solidariamente, desde la notificación de la demanda (16/12/2013) por la suma de pesos diez mil ($10.000) mensuales a pagarse por mes adelantado del 01 al 10 de cada mes, conforme considerando respectivo".*

Como fundamento de su decisión, la señora jueza cita el art. 444 del CCCN para determinar que corresponde fijar un canon locativo a favor de B. por el uso de la vivienda que efectúan V. y C.. Considera que el señor B. se ve privado del uso desde hace diez años, y siendo que sus dos hijos menores de edad se encuentran percibiendo una cuota alimentaria por parte del accionante, comprensiva de la satisfacción al rubro habitación conforme lo prevé el art. 659 CCCN, considera justo fijar una renta compensatoria por el uso del

mencionado inmueble a favor del actor en la suma de diez mil pesos mensuales. El canon locativo se devengará desde la fecha de notificación de la demanda y se fija provisoriamente por el término de un año, debiendo los propietarios del inmueble resolver la situación del mismo, o en su caso entablar las acciones judiciales que estimen correspondan, instándolos a procurar la resolución consensuada del conflicto.

III.- Sintetizados así los antecedentes de la causa, corresponde analizar los agravios vertidos por los recurrentes.

En forma preliminar debemos advertir la problemática y conflicto familiar que da cuenta los antecedentes obrantes en este proceso y en las causas acordeladas al presente, de los que surge que la misma no ha logrado ser superada.

Consideramos que si bien el presente proceso tiene como protagonistas a los ex cónyuges y actual pareja de V., y resulta relativamente atendible el cuestionamiento del actor, no puede pasar inadvertido que en el inmueble que perteneció a la sociedad conyugal B. – V., habitan los tres hijos de ambos, de los cuales dos a la fecha son menores de edad.

No estamos frente al supuesto del uso y goce exclusivo de la vivienda por parte de la ex cónyuge, sino que lo comparte con los hijos de ambos que quedaron bajo su cuidado.

Del expediente acordelado caratulado: "V. N. A. c/ B. M. G. s/ Atribución del hogar conyugal" Expte. N° 462/2005, surge que mediante sentencia interlocutoria N° 190/2005 del 05/09/05, se ordenó la atribución provisional del hogar familiar, sito en calle G. N° XXXX de la localidad de Rada Tilly al grupo

familiar constituido por la señora N. A. V. y sus hijos J. M. B., P. B. B. y L. E. B., y el retiro del mismo del Sr. G. M. B. DNI XX.XXX.XXX.

En dicha oportunidad, la magistrada privilegió lo más beneficioso para el grupo familiar mayoritario y el interés superior de los niños, teniendo en cuenta los principios generales de amparo al mayor núcleo familiar.

Doctrina calificada ha expresado que: "La voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulta más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional (Grossman: El derecho infraconstitucional y los Derechos del Niño, ps. 326 y ss).

En sentido coincidente Zannonni en su obra "Derecho Civil –Derecho de Familia" señala que "(…) la restricción al poder dispositivo 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 constituye el hogar conyugal" (T 1 p. 575 y sgtes).

Si bien es cierto que se encontraría afectado el derecho de propiedad del actor, en la vereda opuesta está el derecho de habitación de niños menores, que en el caso, tiene supremacía sobre aquél, en principio hasta la mayoría de edad de los mismos. La problemática se encuentra atravesada por las normas que regulan de modo concreto la defensa del interés familiar mediante la tutela del hábitat -en el caso que nos ocupa- de los hijos menores (conf. Lea Mónica Levy, "Protección de la Vivienda Familiar: artículo 1277 del

Código Civil", en "La Familia en el Nuevo Derecho" T* I, Aída Kemelmajer de Carlucci -Directora- Marisa Herrera -Coordinadora-).

En toda actuación que se siga donde se comprometan derechos de un menor, éste se convierte automáticamente en centro y eje del proceso, desplazando su propio interés cualquier pretensión de determinar el mismo en función de conveniencias que hagan meramente al interés de terceros, sean éstos sus padres o eventuales representantes (Conf. Cárdenas, Eduardo, Cimadoro, Mirta S. Herscovici, Pedro y Montes, Irene, "La escucha del niño en el proceso judicial de familia", en LA LEY, 2007-B, 1132, Ludueña, Liliana, "Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor", en Revista de Derecho procesal, 2002-2, Derecho procesal de familia, Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, p. 478, Gil Domínguez, Famá y Herrera, Derecho constitucional de familia, 2006, t I, p. 577).

Por los fundamentos dados, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido en fs. 161 y revocar en todas sus partes la sentencia interlocutoria N° 70/2015 obrante en fs. 156/158vta, rechazando la demanda instaurada por Moisés Gustavo Bravo.

IV.- Por aplicación del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias se imponen al accionante vencido. Se regularán los honorarios de los profesionales actuantes conforme la labor desarrollada, éxito obtenido y naturaleza del proceso (arts. 5 a 9, 13, 29 y 32 y ss de la Ley XIII N° 4 y N° 15).

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los codemandados a fs. 161 y en consecuencia revocar la sentencia interlocutoria N°70/2015 obrante en fs. 156/158vta.

2) Rechazar el incidente de fijación de canon locativo interpuesto por M. G. B., conforme los considerandos respectivos.

3) Costas de ambas instancias al accionante vencido. Regular los honorarios profesionales por la actuación en la instancia de grado a favor de la Dra. A. S. P., apoderada del actor, en la suma de dinero equivalente a DIECISEIS (16) JUS y del Dr. P. J. F. T., apoderado de los codemandados, en la suma de dinero equivalente a VEINTE (20) JUS. Por los trabajos realizados en esta instancia, regúlense los honorarios profesionales de la Dra. A. S. P. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y del Dr. P. J. F. T. en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%), de los regulados precedentemente por su actuación en la instancia de grado. En todos los casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).