

Expediente n° 153.556– Juzgado n°1

En la ciudad de Mar del Plata a los 17 días del mes de Febrero del año dos mil veinte, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“AVILES, Patricia M. c. AVILES IRIONDO, Nadia Yanina y Otro s. Incidente de fijación precio alquileres”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto Loustaunau y Ricardo Domingo Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1. ¿Es justa la sentencia apelada?

2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

I: En la sentencia dictada a fs. 191/197 el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar al incidente de fijación de precio de alquiler promovido por Marcelo Daniel, Patricia Marcela y Mariela Alejandra Avilés, contra Nicolás Martín y Nadia Yanina Avilés Iriondo, ordenándoles abonar a cada uno de los incidentistas, un canon compensatorio por el uso y goce exclusivo del inmueble ubicado en calle Mendoza n°2124/48/54/ piso 1ro. Depto. “2” de Mar del Plata.

Lo fijó en las sumas de \$ 583,10 por mes por el período comprendido entre mayo de 2010 a marzo de 2011, y a partir de esa fecha, en la de \$ 699,72 mensuales, “pagaderos del 1 al 5 de cada mes por anticipado”, hasta el momento en que el bien se liquide o se altere la situación de ocupación, con más intereses devengados por los alquileres vencidos y por los que eventualmente se devenguen en el futuro, a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires para depósitos a treinta días.

Intimó a los accionados para que en el plazo de diez días de quedar firme la resolución, abonaran el canon devengado hasta la fecha de la sentencia, con más intereses, bajo apercibimiento de ejecución, y les impuso las costas.

Para decidir así, consideró que la legitimación activa de los incidentistas surge de su carácter de sucesores universales de Jorge Alberto Avilés, de conformidad a la declaratoria de herederos dictada en los autos “Aviles Jorge Alberto s. Sucesión ab intestato”, que tuvo a la vista por tramitar por ante el Juzgado a su cargo, y que el mismo carácter tienen los incidentados, por lo que los cinco hijos tienen derecho al uso común del inmueble.

Calificó como propio al inmueble, y estimó que en relación a la cónyuge supérstite, Patricia Iriondo, subsistían los efectos de esa declaratoria que la incluyó como “heredera en cuanto a los bienes propios”, en razón de que aún no se había dictado sentencia en el juicio de exclusión de herencia promovido a su respecto, concluyendo que los bienes –departamento, cochera y baulera- “corresponden en partes iguales a su cónyuge supérstite y a los cinco hijos” , es decir, 1/6 cuota avas parte a cada uno (fs. 193 primer y segundo párrafos).

Razonó que la comunidad hereditaria no resulta afectada por el derecho real de habitación que los demandados alegaron que correspondía a su madre, porque esa prerrogativa no opera *ipso iure* sino que requiere expresa invocación de la beneficiaria, oponiendo su derecho a coherederos y legatarios, y que en el caso, en los autos sucesorios, ante las peticiones efectuadas a fs. 118-119 y 152 se dispuso que la cónyuge

supérstite debía recurrir a la vía pertinente sin que “hasta el presente se haya notificado reclamo alguno a los incidentistas en tal sentido” (fs. 191 último párrafo). Señaló no obstante, que en autos no se discute que el bien era sede del hogar conyugal y está afectado al régimen de bien de familia (fs. 193 vta.).

Consideró aplicables analógicamente las normas sobre condominio de los arts. 2726, 2680, 2682 y 2684, y con base en la pericia de fs. 151-159 no objetada, lo fijó en \$ 3.500 por el período mayo de 2010 a marzo de 2011 y desde esa fecha a marzo de 2012, en \$ 4.200. La fecha de inicio la tomó de la carta documento de fs. 32 -abril de 2010- que si bien no fue recibida, surge de los autos sucesorios que el empleado del correo dejó aviso de visita en tres oportunidades, por lo que al tratarse del domicilio real de los demandados, y de acuerdo a las reglas de la buena fe, le asignó el “efecto moratorio de la interpelación” (fs. 195 vta., apartado c).

II: Apelaron los demandados, el recurso fue concedido en relación a fs. 218, su fundamentación se encuentra en el mismo escrito de interposición a fs. 201-205, y la contestación espontánea, a fs. 210-217.

II.1: Los agravios de los apelantes son los siguientes:

a) Cuestionan el carácter de legitimados pasivos que se les atribuye en la sentencia.

Si bien aceptan la existencia de una comunidad hereditaria, señalan que el sentenciador no tuvo en cuenta las particularidades del caso, porque a la muerte de su padre, ocurrida cuando tenían 17 y 22 años, su madre, en ejercicio del derecho que le confiere el art. 3573 bis del C.C. continuó habitando con ellos el inmueble que constituía el asiento del hogar conyugal.

En el fallo, argumentan, sólo se valoró un aspecto –el uso y goce exclusivo del inmueble por su parte-, omitiendo que esa habitación se funda en el derecho real de su madre, por lo que el juez se limitó a indicar que requiere invocación expresa, sin tratar la cuestión, pese a que constituye, afirman, “el nudo central de la discusión” (fs. 202 vta. segundo, párrafo, subrayado en el original).

Destacan que, como el propio *a quo* indica, la Sra. Patricia Iriondo se presentó en el proceso sucesorio invocando expresamente su derecho, tal como lo requiere el Sr. juez, y pese a ello, con fecha 19 de octubre de 2012, inició un incidente para obtener el reconocimiento por parte del juez del sucesorio. El incidente que lleva el n°121.320 fue proveído por el Juzgado con fecha 6 de noviembre de 2012 – antes del dictado de la sentencia aquí apelada- remitiendo el expediente a la Receptoría General de Expedientes por tratarse de una causa de mediación obligatoria en virtud de lo normado por la ley 13.951.

Por ello, se agravian de que en el fallo se le achaque a su madre que no ha iniciado las acciones tendientes a obtener el reconocimiento de su derecho, o que no ha notificado a los incidentistas “reclamo alguno en tal sentido”, cuando es el mismo juez quien proveyó el incidente, en el cual no se ordenaba ninguna notificación, y quien reconoce en la sentencia que el inmueble era la sede del hogar conyugal y estaba afectado como bien de familia.

Entienden como carente de sustento la conclusión del sentenciador en el sentido de que su legitimación pasiva no resulta afectada por el derecho real de habitación de su madre, porque según doctrina y jurisprudencia que citan, ese derecho comprende al cónyuge supérstite y su familia, determinando el art. 2953 del C.C. qué personas integran el concepto de familia, como terceros beneficiados por el derecho real del titular.

b) En el segundo, se agraviaron de la calificación como “propio” del único inmueble que integra el acervo hereditario.

Sostienen que a la fecha de interposición del recurso el Sr. Juez ya había dictado sentencia en el juicio de exclusión hereditaria, rechazando la demanda, y por ende, admitiendo la validez del vínculo matrimonial del causante con la Sra. Iriondo.

Ello demuestra, que el *a quo* se equivocó al calificar el bien, porque fue adquirido en el año 1995 y el matrimonio se celebró en 1978.

Argumentan que la calificación como ganancial o propio del inmueble es fundamental a la hora de calcular el canon locativo, “en caso de ser procedente el mismo” (fs. 205).

Solicitaron la revocación de la sentencia con costas.

II.2: En su contestación, los actores sostuvieron que el primer agravio dista de ser una crítica concreta y razonada del fallo, por lo que no satisface la carga del art. 260 del CPCC.

Recordaron que al contestar este incidente los demandados no opusieron excepción de falta de legitimación pasiva ni formularon defensas vinculadas a ella, que recién ahora introducen, la que, por otra parte, surge de su carácter de coherederos declarados como tales en la sucesión.

Concluyeron señalando que el sentenciador trató correctamente la legitimación de las partes cuando afirmó que la legitimación sustentada en la comunidad hereditaria no se veía afectada por el derecho de uso y habitación que los incidentados alegaban como correspondiente a su madre.

Sobre la crítica referida a que no se trató en el fallo la cuestión relativa al derecho real de habitación de la Sra. Patricia Iriondo, sostuvieron que ese derecho sólo beneficia al cónyuge supérstite, y no a algunos de los hijos del *de cuius* en perjuicio de los restantes, sin perjuicio de no constarles que se haya iniciado acción alguna en tal sentido, que consideran irrelevante para el objeto procesal de este incidente (fs. 215 vta.).

En cuanto al segundo agravio, señalaron que la sentencia dictada en el juicio de exclusión aún no se encuentra firme, por lo que la sentencia interlocutoria recurrida resulta “plenamente ajustada a derecho” (fs. 216segundo párrafo).

Solicitaron su confirmación con costas.

III: A fs.226/231, este Tribunal resolvió suspender el dictado de la sentencia a la espera de que se resuelvan las pretensiones conexas que pudieran influir en la decisión que aquí debía tomarse.

Los debates sobre la nulidad o la validez del matrimonio, y acerca del derecho de habitación del cónyuge supérstite, pendientes de decisión por aquel entonces resultarían determinantes para este proceso, por lo que resueltos que han sido, se dispuso reanudar los términos suspendidos a fs.279.

IV: En el proceso caratulado “Avilés Patricia M. y otros c. Iriondo, Patricia s. Exclusión de herencia”, de trámite por ante el juzgado civil y comercial n°1, con fecha 12 de diciembre de 2012 se dictó sentencia rechazando la demanda (fs. 127/130), decisión que quedó firme al ser declarado desierto el recurso de apelación por sentencia de este Tribunal que data del 4 de febrero de 2014 (reg.12 (s), f°40/44).

A su vez, en el expediente “Iriondo Patricia c. Avilés Marcelo y otros s. Materia a categorizar “ (n°167.778) , de trámite por ante este Tribunal, se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2019 (reg.323 (s) f°1711/16) en la que se revocó la decisión apelada haciendo lugar a la demanda y reconociendo el

derecho de habitación que le corresponde a la actora en su calidad de cónyuge supérstite (art.3573 bis del Código Civil derogado, art. 2383 CCyC)

El derecho real reconocido a la Sra. Iriondo resulta comprensivo de las necesidades de habitación de ella "...y su familia"... "comprende... los hijos"... "y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes estos deban alimentos" (art.2953 del Código Civil ley 340).

Ese concepto de familia es "muy amplio" conforme explica la doctrina (Fornari, María J. en Código Civil comentado... Zannoni -Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Bs.As.2007, tº11 página 1251) e incluye no solo a todos aquellos que tienen un vínculo de parentesco, sino también a quienes están ligados por el afecto, por vínculos de servicio o dependencia (Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa "Protección jurídica de la vivienda familiar", Hammurabi, Bs.As.1995, p.333 con cita de Barbero, y jurisprudencia) , por lo que no cabe duda que comprende a los hijos de la cónyuge aquí demandados, quienes - por esa razón - no resultan legitimados pasivos de la acción.

Por las razones y citas legales expuestas a la primera cuestión voto por la **NEGATIVA**.

El Sr. Juez Dr. Ricardo Domingo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto Loustaunau dijo:

Corresponde: **I)** Hacer lugar al recurso de apelación de los demandados y revocar la sentencia rechazando íntegramente la demanda. **II)** Propongo que las costas se impongan a la actora vencida (art.68 del CPC) y que se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 de la ley 14.967.

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo Domingo Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se hace lugar al recurso de apelación de los demandados y se revoca la sentencia rechazando íntegramente la demanda. **II)** Las costas se imponen a la actora vencida (art.68 del CPC) y se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 de la ley 14.967. Notifíquese personalmente o por cédula (art.135 del CPC). Devuélvase.

Roberto Loustaunau Ricardo Domingo Monterisi

Secretario