



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"GAIG GUSTAVO C/ FRANGIONE MARIA
FLORENCIA S/ DIVISION DE
CONDominio"

Causa PREV-56264 R.S. /2012

///la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el Seis de Diciembre de 2012, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, **Doctores Felipe Augusto Ferrari y Jose Luis Gallo**, para pronunciar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**GAIG GUSTAVO C/ FRANGIONE MARIA FLORENCIA S/ DIVISION DE CONDOMINIO**", Causa **PREV-56264**, habiéndose practicado el sorteo pertinente -arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires- resultó que debía observarse el siguiente orden: **GALLO-FERRARI**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

V O T A C I O N

A LA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GALLO, dijo:

I.- Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 12 Departamental a fs. 1407/1416 resolvió hacer lugar a la demanda promovida por el sr. **GUSTAVO ALBERTO GAIG** contra la srta. **MARIA FLORENCIA FRANGIONE**. Rechazar la reconvenición deducida por la srta. **MARIA FLORENCIA FRANGIONE** contra el sr. **GUSTAVO ALBERTO GAIG**, por los motivos expuestos en el Considerando "VII" de aquella decisión. En consecuencia, decretó la división del condominio existente entre los nombrados, por partes iguales, respecto del bien allí descripto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Estableciendo el porcentual en el condominio del bien mencionado por partes iguales entre ambos cotitulares. Además, fijó un cánon locativo a favor del sr. GUSTAVO ALBERTO GAIG, en la suma de Pesos Dos mil Ochocientos Ochenta y Tres con Sesenta y Seis centavos (\$ 2.883,66) que deberá abonar la demandada, por el uso exclusivo del inmueble, a partir del 1 de Noviembre de 2007 y hasta que el bien se liquide, conforme lo resuelto en el Considerando "V" de aquella sentencia.

Asimismo dispuso que deberá el Sr Gaig reintegrar a la demandada la suma por ésta oblada por conceptos de tasas e impuestos que gravan al bien inmueble desde el mes de junio de 2002, estableciendo que los importes deberán ser calculados y liquidados en la etapa de ejecución de sentencia, oportunidad que deberá acreditarse el monto efectivamente adeudado por tales conceptos, aplicándose la tasa de interés que perciba el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones de descuento a partir del vencimiento de cada período.

Otorgó a la demandada el derecho de preferencia en la compra del bien ello en el porcentaje 50%, estableciendo que una vez firme dicho decisorio se procederá a citar a las partes a una audiencia a efectos de establecer la forma en que se llevará a cabo la división de condominio ordenada, de conformidad con lo normado por el art. 674 del C.P.C.C.-

Por último, impuso las costas procesales de la demanda en el orden causado y las de la reconvenición a cargo de la demandada reconviniente (Art 68 del mismo cuerpo legal), difiriéndose la regulación de honorarios de los letrados actuantes para el momento en que se arrimen pautas para ello.-

2) Contra tal forma de decidir se alzaron a fs. 1425 y fs. 1419 el actor reconvenido y la demandada



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

reconviniente, interponiendo los respectivos recursos de apelación; los mismos fueron concedidos libremente a fs. 1429 y 1420 y se fundaron con las expresiones de agravios de fs. 1435/1439 y 1444/1462.-

Conferidos los respectivos traslados a fs. 1464 y 1466, obra únicamente réplica de la accionada a la expresión de agravios del actor reconvenido.-

3) A fs. 1477 se llamó **"AUTOS PARA SENTENCIA"**, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.-

II.- Las quejas

IIa.- Agravios del actor reconvenido

Fundamentalmente el accionante ataca el decisorio por dos cuestiones: en primer lugar por considerar que falta la actualización e intereses del canon locativo que el juez "a quo" no contempló -según su postura- al sentenciar.-

Y en segundo por la condena al pago de tasas e impuestos que gravan el bien inmueble desde fecha errónea.-

IIb.- Agravios de la demandada reconviniente

Se queja la misma de varias cuestiones.-

Primero, en cuanto se fijó un canon compensatorio a favor de la actora a pesar que en la misma sentencia reconoció que Gaig estaba en mora al tiempo de reclamar por la privación del uso de la cosa común.-

Asimismo, por cuanto omitió pronunciarse sobre la cuestión del derecho de retención.-

Agregando que esta omisión de pronunciarse sobre el derecho de retención lo fue a pesar que la sentencia reconoció que Gaig adeudaba el pago su porcentaje de los gastos comunes cuyo pago fuera invocado como sustento del derecho de retención y que se hallaba en mora.-

Se queja por cuanto la sentencia fija un canon compensatorio para Gaig por la privación del uso común de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la cosa a pesar que al tiempo del pedido de tal compensación Gaig se hallaba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y por tanto no podía exigir el cumplimiento de obligación alguna.-

Añade que dicha privación del uso se dio en el marco del ejercicio del derecho de retención que invocó su parte.-

Cuestiona, además, el fallo por cuanto el mismo no reconoció a su favor el mayor porcentaje sobre el bien común (59,8%).-

Subsidiariamente objeta el monto del cánón fijado.-

Por último cuestiona la imposición de costas.-

En conclusión solicita que se modifique la sentencia, rechazando la fijación del canon en razón que la privación del uso de la cosa común lo ha sido en ejercicio del derecho de retención y reconocer que su parte es dueña del 59,8% de la propiedad en razón que ha sido la única que ha aportado los U\$S 30.000 de adelanto del precio de compra con costas a la demandada y costas a la reconvenida en la reconvenición.-

A los términos de sendas fundamentaciones recursivas cabe remitirse *brevitatis causae*.-

III.- La solución desde la óptica del suscripto

Planteada como viene la cuestión deviene necesario para abordar los agravios vertidos por los apelantes, realizar -a título introductorio- una breve síntesis del relato de los hechos brindados por las partes al presentarse en autos.-

A fs. 15/17 vta. comparece el actor procediendo a interponer formal demanda por **división de condominio** contra la Srta. María Florencia Frangione, en relación al inmueble allí descripto.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Relata los antecedentes de la adquisición y dice que su parte ha entendido necesario dividir el condominio, intentando arribar a un acuerdo con la Srta. Frangione, quien manifestó que sólo accedería si se le reconocía mayor porcentaje en la titularidad del bien; afirma no haber aceptado esta situación, remitiendo carta documento a la accionada, quien contestó reclamando el mayor porcentaje, sin que se lograra acuerdo alguno.-

Agrega que a los fines de evitar mayores dilaciones, se propone liquidar el inmueble designando para su venta a dos inmobiliarias a propuesta de cada una de las partes, fijándose como "precio piso" el promedio de las tasaciones que acompañen dichas inmobiliarias. Asimismo peticiona el derecho de preferencia en la adquisición del porcentual perteneciente al condómino accionado.

Solicita asimismo, que se determine el monto correspondiente a la compensación que le corresponde por el uso del inmueble que se encuentra realizando la demandada, desde el mes de octubre de 2006 hasta la efectiva liquidación del condominio.-

Posteriormente a fs. 455/68 comparece por su propio derecho la **Sra. María Florencia Frangione**, luego de realizar la negativa que es de estilo se allana respecto de la división de condominio promovida en su contra.

Reconviene al actor a los efectos de que se fije el porcentaje del 59,8 % que le corresponde sobre la propiedad objeto de la división y se lo condene al pago de la suma de Pesos Nueve mil doscientos cuarenta y uno (\$ 9.241) incluyendo los intereses hasta el 30 de abril de 2008 inclusive, correspondiente a los impuestos y tasas que fueran abonados por ella en su totalidad desde la fecha de adquisición del inmueble común, bajo apercibimiento de ejecución; y asimismo, se lo condene a otorgar la escritura traslativa de dominio del porcentaje que se le fije como de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

su propiedad a favor del actor, bajo apercibimiento de ser otorgada por la Suscripta.

Destaca que tanto el actor como ella concluyeron su carrera de Abogacía en el año 1996, habiendo comenzado ambos su relación de noviazgo en el año 1994; el primer trabajo del sr. Gaig fue a mediados de 1998 como contratado en un Juzgado, mientras que ella trabajaba desde 1994 en la Administración Pública y con anterioridad en trabajos temporarios (habiendo llevado a la vez causas como abogada independiente) lo cual le generó un importante ingreso.-

Refiere que a mediados del año 2000 decidieron con el actor y a los fines de conformar una familia, buscar una casa para comprar; ella con ahorros en dólares (aproximadamente U\$S 34.000) que depositaba en la Caja de Ahorros del Banco Francés Sucursal Catedral, en tanto el sr. Gaig no poseía ahorros ya que por trabajar en el Poder Judicial, se encontraba impedido de ejercer su profesión en forma liberal.

Relata que, habiendo hallado el inmueble, el anticipo para la compra, de dólares estadounidenses treinta mil (U\$S 30.000) provino exclusivamente de los ahorros de la demandada, quien destinó las sumas que había retirado del Banco Francés el 13 de julio de 2001 (con motivo de las crisis sobrevinientes en el país que aparejaron las primeras corridas bancarias) abonando además un monto de dólares estadounidenses cuatro mil doscientos cuarenta (U\$S 4.240) en concepto de comisión inmobiliaria.

Resalta, pues, que le corresponde un 9,8% más del porcentual indiviso de dicho bien, tal como surge de la documentación acompañada y de la forma de pago que consta en el título de propiedad.

Manifiesta que el inmueble se escrituró en el año 2002 y la convivencia entre las partes se inició en el mes de enero de 2006, hablando de la ruptura de la pareja.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Señala que durante los meses posteriores sufrió agresiones verbales, desprecio y ausencia de explicaciones por parte del actor, por ello, a causa de sus lamentables actos quiso dividir el condominio desde principios de 2007 (respecto del inmueble y el automotor) para no tener nada más en común con él.-

Se refiere, luego, al intercambio epistolar.-

Aclara la accionada que en todo momento aceptó dividir el condominio, inclusive el precio del inmueble quedó fijado en la suma de Dólares estadounidenses Ciento cuarenta mil (U\$S 140.000) mediante las tasaciones que ella y el accionante recabaron; el desacuerdo radica en el mayor porcentual que ella reclama (59,8 %) en virtud de los importes aportados al adquirir dicho bien.-

La demandada reconviniente a fs. 722/3 amplía la reconvencción deducida por la suma de Pesos un mil ochocientos diez con catorce centavos (\$ 1.810,14) correspondientes al porcentual que debe abonar el actor en concepto de impuestos y tasas que ella se encuentra abonando en su totalidad desde la fecha de adquisición del inmueble común; expresa que dicho monto se irá ampliando hasta el momento de su efectivo pago por los nuevos períodos que se devenguen, con más los intereses hasta el momento en que el actor se avenga al pago de lo adeudado o hasta que se cristalice la división de condominio en forma efectiva. Solicita se fije como tasa de interés la utilizada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a treinta días.-

Luego del traslado que le fuera conferido, a fs. 737/41 el actor contesta la reconvencción en su contra entablada.-

Manifiesta que de la escritura acompañada surge que el vendedor vende a los compradores, sin especificar que hubiese un porcentaje de adquisición distinto respecto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de cada adquirente; tampoco existen entre él y la reconviniendo convenios celebrados que hagan variar lo expuesto en dicho instrumento público.-

Resalta que conforme la mencionada escritura, el precio pactado se abonó en distintos pagos, el primero de Pesos Treinta mil (\$ 30.000) habiéndose detallado específicamente los pagos posteriores en cuanto a su origen y forma de percepción (lo cual no ocurrió con el primer pago). Al no constar en el instrumento el origen del dinero o la titularidad de los fondos, no cabe duda que fueron aportados por ambos condóminos.-

Señala que de los resúmenes bancarios acompañados por la accionada surge que el día 13 de julio de 2001 efectuó una extracción en efectivo por la suma de Dólares estadounidenses Treinta y cuatro mil doscientos cuarenta (U\$S 34.240) mientras en la escritura reconoce haber realizado un pago de Pesos Treinta mil (\$ 30.000) en el mes de octubre de dicho año. No puede inferirse entonces, que en julio de 2001 hubiese entregado la suma que efectivamente entregó en el mes de octubre, pues no aportó instrumento privado alguno que acredite tal circunstancia.

Aclara que no niega la extracción de los fondos y las operaciones bancarias que se desprenden de la profusa documentación acompañada por la reconviniendo, mas ese dinero habrá sido destinado a cuestiones de índole personal, pues el pago de la suma de Pesos Treinta mil (del que da cuenta la escritura celebrada) fue soportado por ambas partes.-

En relación a los impuestos, tasas y contribuciones, sostiene que le corresponde a la demandada compensar con el pago de los mismos el ejercicio de la posesión del inmueble que realizó en forma exclusiva desde la ruptura sentimental ocurrida entre las partes, pues



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

debió abstenerse de llevar a cabo cualquier acto material que implique el ejercicio exclusivo del derecho de propiedad.

Así las partes dieron su versión de los hechos, comencemos su análisis.-

En el afán de seguir profundizando en el tema realizaré el encuadre jurídico de la cuestión de fondo, para lo cual he de remitirme a nuestro Código Civil, puntualmente a la letra de los artículos 2673 y 2692.-

El primero de ellos nos da la definición de condominio, estableciendo que **es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble.-**

Si profundizamos en el tema de autos vale recordar la letra del art. 2692 del mismo cuerpo legal, el cual reza **cada propietario está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa.-**

Desde esta sala en la causa 58.230 (R.S. 102/11) hemos sostenido que **"El estado de indivisión propio del condominio constituye indudable traba al derecho de propiedad y al fluido ejercicio del mismo; implica trabar el derecho de los condóminos a ejercer en plenitud aquel derecho; de allí que todo el régimen legal apunte a favorecer la disolución del estado de indivisión posibilitando el mantenimiento del estado de copropiedad cuando así lo indican las características de los bienes o el interés colectivo; ergo se debe apuntar a posibilitar la división de los condominios (Cfe. Lafaille, Tratado de los Derechos Reales, T° II, pág.235 y 242).-**

Colectados tales elementos comenzaremos el tratamiento de los agravios vertidos por ambos recurrentes.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

1.- Porcentaje del bien común

Vimos que la demandada reconviniente embiste contra el decisorio en crisis al no reconocersele a su favor el mayor porcentaje sobre el bien común (59,8%).-

Ello nos convoca a efectuar, previo a cualquier análisis, el encuadre jurídico del tema.-

Veamos.-

Nuestro código civil en el capítulo que analiza la administración de la cosa común, establece que "**habiendo duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condominos, se presume que son iguales**" (art. 2708).-

Tomemos la letra de dicha norma como punto de partida, a continuación destacaremos diversas interpretaciones doctrinarias de la misma.-

Al respecto se ha dicho que "*si bien esta regla sirve para resolver el tema de la división de los frutos, tiene proyección mucho más amplia, estableciendo, para todos los supuestos en que no aparezcan claramente establecidas las partes o cuotas de los condóminos, una presunción de igualdad. En tal sentido, Alterini dice que rige : "a) la distribución de los frutos; b) la forma de computar las mayorías en la administración del condominio; y c) los procedimientos de liquidación del condominio con las consiguientes adjudicaciones. Por su parte, Lafaille vincula a esta norma con el art. 689, inc. 3, que sienta igual solución en orden a las obligaciones de sujeto múltiple, y con el art. 3721, según el cual "los herederos instituidos sin designación de partes, heredan por partes iguales" (Papaño - Kiper - Dillon - Causse; "Derechos Reales" T I, pág 330).*"-

Borda al respecto ha expresado que "*en el caso de los inmuebles, la hipótesis de duda es muy remota, porque de los antecedentes del título resulta casi siempre*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la parte de cada condómino. Pero no es inimaginable que dos o más personas compren en común una cosa sin especificar la parte que le corresponde a cada uno, en cuyo caso se aplica la regla del art. 2708.(...) La regla del art. 2708 se aplica a) para la distribución de frutos; b) para el computo de los votos en todo lo que atañe a la administración de la cosa; c) para la asignación del condominio" ("Tratado de Derecho Civil. Derechos reales T I. pág. 488).-

Además, se ha señalado que "Salvat justifica la solución propuesta, afirma con razón, que es lógico que, en ausencia de estipulaciones que expresamente determinen la parte de cada copropietario, cada uno tenga una parte igual a la del otro. Si así no fuese, los condominos se hubieran preocupado por realizar las aclaraciones correspondientes en el acto de constitución del condominio, o eventualmente después" (Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias", T 11, pág. 392).-

Con todo ello dicho, puedo ocuparme -ya- del plexo probatorio de autos.-

Ello no sin antes recordar que "como regla el Juez tiene el deber de apreciar la prueba lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, **SINO SELECCIONARLOS A FIN DE FUNDAR EL FALLO en lo mas fehaciente**" (S.C.B.A, DJBA t. 36, págs. 393 y 471 DJBA; S.C.J.B.A. Agosto 4/53 "Emmi Antonio y otra c/ Carnevale Nicolas") y que según lo determina el artículo 384 del ritual habrán de apreciarse -conforme las reglas de la sana crítica- las pruebas que fueran esenciales y decisivas para el fallo de la causa.-

A fs. 21/31 encontramos la **copia certificada de la escritura n° 96.**-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la misma se consigna claramente como fecha de realización el día 30 de abril de 2002 respecto del inmueble objeto de autos.-

Se destaca que el mismo fue enajenado por el sr. Gago González a favor de los Sres. Gustavo Alberto Gaig y María Florencia Frangione y que el precio de la venta se estableció en la suma de \$ 153.000 abonándose de la siguiente forma: \$ 30.000 fueron entregados en el mes de octubre de 2001 en dólares billetes en efectivo en ese momento \$1= U\$S 1, y que en cumplimiento con lo dispuesto en la ley 23345 fueron depositados en la cuenta caja de ahorro 1890300967/9 del Banco Francés, sucursal Castelar, la cantidad de \$ 77.900 se abonan mediante transferencia electrónica de fondos desde la cuenta corriente 9990042254/2, Banco Francés a la cuenta corriente 7932/5042/5 a efectos de que por cuenta y orden de la parte vendedora se abone el capital, intereses, sellados, gastos y honorarios por la cancelación de la hipoteca e impuestos atrasados del inmueble, la cantidad de \$ 38.000 en efectivo en el acto, y la cantidad de \$ 7100 los adquirentes los abonan al vendedor con fondos reprogramados provenientes del Banco Francés .-

Con lo cual de tal reseña podemos extraer que:

a.- los litigantes son cotitulares del inmueble objeto de autos.-

b.- no se detalló qué porcentaje del condominio le pertenecía a cada uno de los compradores.-

Tomemos tales elementos y continuemos con la compulsión de la etapa probatoria.-

Nos encontramos con la absolución de posiciones del actor glosada a fs. 1138/vta., cuyo pliego obra a fs. 1137.-

De la misma, extraigo que el actor "**no recuerda a ningún Eugenio Viñales, salvo que no recuerda el nombre**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del intermediario de la inmobiliaria, si sería esa persona a lo que solamente su gestión se basó en presentar a las partes porque la negociación para la compra de la casa la lleve a cabo personalmente con un abogado que no recuerda el nombre que lo puso la vendedora".-

Aunque se desistió en ese acto de la decima posición la cual hacia plena referencia al tema que estamos abordando, dado que en la misma se le pedía al actor que reconociera "que la demandada reconviniente efectuó un mayor aporte al momento de abonarse el precio de compra del inmueble".-

Tales son de limitados los elementos que nos brinda la prueba confesional del actor.-

Superado ello, pasaremos a la **prueba testimonial**, la cual he de analizar bajo el prisma de los artículos 384 y 456 del C.P.C.C.-

La misma consta de dos declaraciones.-

A fs. 1140/1141 obra glosado el testimonio de Eugenio Tomás Viñales -cuyo interrogatorio luce a fs. 1139- y a fs. 1143/1144 el de Jorge Garcia -su interrogatorio lo encontramos a fs. 1142-.-

Viñales comienza declarando que "conoce a la parte actora porque en el año 2001 le vendió una propiedad a él y a la Sra. Frangione...".-

Continúa señalando que "que gestionó la intermediación entre comprador y vendedor y el cierre de la operación de venta hasta la firma del boleto de compra venta" y que "La operación se efectuó por U\$S 140.000. La operación se hizo por U\$S 30.000 al boleto y el saldo a la escritura".-

Destaca que la comisión la recibió por parte de los compradores por U\$S 4.200 y el boleto se firmó en el Banco Frances de Castelar.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Vale destacar que, según afirma el testigo, "no sabe como se pagó el saldo de la escritura porque no estuvo presente".-

Previo rechazo de una oposición planteada por la parte demandada el dicente declara que en el momento de la operación no era martillero ni corredor público.-

Destaco, finalmente, que respecto de este testigo, por mas que el actor declarara no recordarlo, en ningún momento se articuló el mecanismo del art. 456 del ritual, alegando y -fundamentalmente- probando ningún tipo de circunstancia que ameritara descreer de sus dichos.-

Finalizamos así la reseña de tal declaración, analizaremos a continuación la del **Sr. Jorge Garcia**.-

Efectuada una atenta lectura de tal declaración observo que el testigo lo que sabe es por comentarios, dado que su hijo fue novio de la hermana de Maria Florencia Frangione.-

El testigo relata que, en una reunión familiar, conversaron sobre la adquisición del inmueble y afirma que **"los u\$s 30.000, dicho por Gustavo pertenecían a Florencia y el crédito desconoce quien lo había sacado"**.-

Pasamos ahora a la **prueba informativa**, puntualmente la emanada de BBVA Banco Frances a fs. 762/852.-

De allí surge que la demandada reconviniendo, con fecha 13/7/2001 extrajo **de su cuenta** la suma de u\$s **34.240**.-

Además, de la escritura de adquisición del inmueble surge, en cuanto al pago del precio, que \$30.000 habían sido entregados al mes de Octubre de 2001 (ver fs. 24).-

Cotejadas dichas constancias, en el contexto de la controversia y de las postulaciones de ambas partes, valorándolas a través de la sana crítica (art. 384 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CPCC) entiendo que se encuentra suficientemente acreditado que aquellos \$30.000 (en paridad con los dólares, en aquella época) para la compra del inmueble fueron oblatos exclusivamente por la demandada reconviniendo.-

Surge claro que tal cantidad dineraria fue extraída de su cuenta en Julio y que el pago se efectuó en Octubre (entiendo que no cabe exigir absoluta coetaneidad); Viñales nos dice que dicha fue la suma abonada y que a él se le abonaron u\$s4.200 (la sumatoria de los \$30.000 y los u\$s4200 asciende a la cantidad extraída por la demandada reconviniendo en Julio de su cuenta).-

Por otro lado, con la virtualidad probatoria del art. 423 del CPCC, el testigo Garcia dice que "Gustavo" (en obvia referencia al actor, claro está) reconoció ante él que los \$30.000 habían sido aportados por la demandada reconviniendo.-

Y, coetáneamente, no existe prueba alguna en autos que incline mi convencimiento en forma diversa a lo que, hasta aquí, vengo señalando.-

No surge de ninguna manera acreditado que el dinero que saliera de la cuenta de la demandada reconviniendo pudiera haber pertenecido en parte al actor, ni tampoco está acreditado que ella le hubiera dado otro destino que el pago del adelanto para la operación inmobiliaria.-

Luego, y teniendo en cuenta que no surge de las constancias de autos que la restante suma dineraria para la adquisición del inmueble hubiera sido aportada en forma diversa que por mitades, entiendo suficientemente probado que, del precio de adquisición del inmueble, el actor reconvenido aportó \$61.500 y la demandada reconviniendo \$91.500.-

Ello amerita, a mi juicio, la modificación de los porcentajes asignados en la instancia originaria,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

correspondiendo 59.8% a la demandada reconviniente y 40.2% al actor reconvenido.-

En virtud de lo cual se deberá acoger el agravio traído en este punto.-

Consecuentemente con ello, en su momento y de corresponder, iré proponiendo las condignas modificaciones en otros aspectos del fallo.-

2.- El canon locativo. Su correlato con la cuestión del derecho de retención

En el punto, la sentencia ha merecido varios cuestionamientos.-

Del actor por la falta la actualización e intereses del canon locativo.-

Mientras que la demandada primeramente vincula el tema con la cuestión del derecho de retención y, subsidiariamente, ha planteado que la sentencia también resulta arbitraria en cuanto que la sentenciante fijó un canon a valores de 2011 para períodos que van desde noviembre de 2007; argumentando que no resiste el menor análisis en cuanto que no se pueden fijar un canon locativo teniendo en cuenta un valor locativo del año 2011 para años o períodos anteriores.-

Para abordar tales agravios, debo comenzar recordando que ***el uso exclusivo de la cosa común queda justificada por la conformidad de todos los condóminos, o en la preferencia establecida en el art. 2702 del código Civil, pero cuando la disconformidad se manifiesta el emplazado deber resarcir a sus condóminos por el provecho que obtuvo al usar para sí el inmueble, siendo el único beneficiario de los frutos civiles devengados de su ocupación (esta Sala en causa 44.989, R.S. 192/01). Así ante el pedido de cualquiera de los condóminos procede la fijación de una suma mensual a título de compensación a***



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cargo del o de los condóminos ocupantes del bien objeto de condominio (esta Sala en causa nro. 46.361, R.S. 47/03 y 49525, R.S. 231/04).-

Sentado ello, lo primero que debemos analizar es como fue abordado el tema del derecho de retención pues, a estar de la demandada reconviniendo, su ejercicio obstaría que se la condene a pagar el cánon.-

Ahora, para abordar el análisis de tal agravio debemos partir de la definición del derecho cuya aplicación pretende la reconviniendo.-

Para lo cual, he de recurrir a la letra del **artículo 3939** de nuestro código de fondo.-

Tal norma se refiere al **derecho de retención** como "**la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa**".-

Al remitirme a lo decidido -en este aspecto- por la sentenciante, advierto que en la sentencia -hoy atacada-, **NO SE RECHAZO LA ALEGACIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN**, sino se **DIFIRIO su tratamiento para la etapa de ejecución de sentencia**.-

Con todo, advierto que -en su réplica- la hoy quejosa (fs. 460vta.) había enarbolado el ejercicio de tal derecho como fundamento para enervar la pretensión de la contraria en cuanto al pago del cánon por uso exclusivo.-

Luego, lo que hubiera correspondido -y en ello entiendo que le asiste razón a la quejosa- es resolver sobre el tema al momento de analizar la atendibilidad, o no, de la pretensión actoril en la que se reclamaba el pago del cánon (art. 163 inc. 6 CPCC).-

Ahora bien, que le asista razón en cuanto a que el tema debía haberse tratado no implica que le asista razón en su planteo.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Es que, a mi modo de ver, una cosa es el pago del cánon por uso exclusivo y otra, bien diversa, es el ejercicio del derecho de retención.-

En tal contexto, pienso que el conservar la posesión (no devolver la cosa) hasta que se le pague lo debido, no implica la posibilidad de utilizar y valerse de esa misma cosa; son, a mi modo de ver, dos temas diversos e independientes: el no devolver mantiene un *status quo*; el utilizar apareja un provecho económico.-

Y aquí la compensación se debe, justamente, por esta última razón.-

Concretamente: el ejercicio del derecho de retención autorizaba -a todo evento- a que la demandada reconviniente, si le era requerido, no devolviera, pero no a que usara exclusivamente el inmueble.-

Así entonces, el agravio no prospera.-

Por otro lado, no se da el caso del art. 1201 del Código Civil pues no nos hallamos en el ámbito contractual.-

Ahora bien, para entrar al análisis de los restantes temas, debo referirme al dictamen pericial efectuado por la martillera Ivana Beatriz Parisi, glosado a fs. 1313/1332, ello a la luz de lo normado por el art. 474 del C.P.C.C.-

En dicho informe la experta concluye que **"el valor asignado al bien representa el valor del mercado, que para el caso del inmueble ubicado en la calle Francia 3594 de la localidad de castelar, Pdo. de Moron, según anexo adjunto de descripción y valuación se determino en la suma de \$ 961.220 (U\$S 231.619,43) y \$ 5.767, 32 para la locación respectivamente".-**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Conferido el pertinente traslado a fs. 1333, la demandada reconviniente impugna la mentada experticia a fs. 1373/1378.-

Atinadamente a fs. 1379 -en auto reproducido a fs. 1380- desestimó la impugnación atento a no estar contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de ello entendió la *a quo* que tal presentación importó un pedido de explicaciones y confirió traslado de las mismas a la perito, el cual fuera evacuado por la misma a fs. 1389/1390.-

Así, en respuesta a los agravios traídos por la Sra. Frangione se observa que la misma ante la citada pericia **guardó absoluto silencio en relación a la queja hoy vertida.-**

Es decir, **no le requirió a la martillera el calculo del canon locativo en los distintos años reclamados por el actor.-**

Sumado a que si bien la sentenciante fijó un canon en relacion a la tasación efectuada en el 2011, resulta claramente un valor promedio -el cual si bien abarca periodos anteriores, tambien comprende posteriores al 2011-.-

Asi se deberá rechazar el agravio de la reconviniente en este sentido.-

Superado ello corresponde ahora abordar la crítica del actor en este punto relacionada a la omisión por parte de la sentenciante de la aplicación a la condena de abonar el canon locativo de intereses y actualización.-

Para ello, resulta necesario remitirnos a la compulsa del escrito de demanda, glosado a fs. 15/17 vta.-

Luego de una pormenorizada lectura del mismo, **no se observa que el actor al requerir la compensación por el**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

uso exclusivo del inmueble, hubiera pedido la aplicación de intereses y actualización.-

Frente a dicha omisión vale recordar que el Címero Tribunal Provincial en éste sentido ha dejado sentado que: "**...no procede incluir oficiosamente intereses en la condena ya que el Juez sólo debe pronunciarse sobre lo pedido y nada más que sobre ello, por así exigirlo el derecho constitucional de la defensa en juicio, el principio dispositivo y el de congruencia...**" (Conf. SCBA, AC.69734 S 14-3-2.001).-

Vale recordar que el art. 272 del C.P.C.C. señala que "**el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, siendo ello consecuencia de la naturaleza revisora del procedimiento ante la Alzada. Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda, contestación o reconversión en su caso. Entonces, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (FENOCHIETO-ARAZI, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, T I, páginas 851 y siguientes)**" (esta sala en causa 47.916, R.S. 577/03).-

Así las cosas, al no haber el actor peticionado oportunamente en la instancia de origen la aplicación de intereses y la pertinente actualización -pese a lo sostenido en su expresión de agravios-, y sin dejar de resaltar que la actualización monetaria se encuentra, hoy, legalmente prohibida (cfe. art. 7 y 10 ley 23.928), el agravio hoy deberá sin más rechazarse.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cierro diciendo que, como consecuencia de lo propuesto en cuanto a las proporciones del condominio, deberá modificarse la suma mensual que deberá abonar la demandada reconviniente, la que ascenderá a la de \$2318,33.-

4.- El pago de tasas e impuestos

El actor Gaig embiste contra este punto considerando errónea la fecha desde la cual se le condena al reintegro y habla del pago, por su parte, de los mismos con anterioridad a su retiro de la vivienda.-

La sentencia condena a reintegrar "la suma oblada por la demandada" (textual, fs. 1414) difiriendo su cálculo y liquidación para la etapa de ejecución de sentencia "oportunidad en que deberá acreditarse el monto efectivamente adeudado por tales conceptos" (también textual, fs. 1414).-

Es claro, en este sentido, que de ninguna manera se lo ha condenado a pagar puntualmente suma alguna, sino que se difirió la determinación a lo que se acredite en la etapa de ejecución.-

El apelante, por cierto, no se hace cargo de los fundamentos y alcances de tal decisión, sino que dice que se lo condenó a pagar desde el año 2002, sin advertir que lo que deberá pagar (concretamente) no está aun determinado y que en la etapa de ejecución de sentencia podrá, y deberá, discutirse quien fue el que efectuó cada uno de los pagos.-

Luego, y por lo dicho en el párrafo precedente, entiendo que el recurso del actor reconvenido no satisface, en el punto, las exigencias del art. 260 del CPCC.-

Sin perjuicio de lo cual, y como consecuencia de lo propuesto en cuanto a los porcentajes del condominio, la suma a reintegrar por el actor reconvenido ascenderá al 40.2% de lo abonado.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

5.- Contradicción entre los fundamentos y la parte dispositiva del decisorio

Acertadamente marca la demandada reconviniendo una contradicción, pues la parte dispositiva de la sentencia dice que se repele la reconvención cuando ello no es así.-

En efecto: a tenor de lo resuelto en el fallo y la modificación propuesta por mi, la reconvención ha triunfado totalmente, lo que así deberá dejarse establecido.-

6.- Costas de primera instancia

Se alza la demandada reconviniendo contra la imposición de costas que porta la sentencia en crisis.-

Al respecto tiene dicho este Tribunal que:

"La Suprema Corte de Justicia Provincial siguiendo el pensamiento chiovendano consagra la teoría objetiva de la condena en costas, atribuyendo a estas el carácter de una indemnización debida a quien se ha visto obligado a litigar, para obtener el reconocimiento de su pretensión jurídica (Chiovenda, La condena en costas, Madrid, 1928, p. 232; La Ley v. 66, p 202).-

En otras palabras, las costas son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (Podetti, Tratado de los actos procesales, p. 111, n° 30).-

Este principio general prescinde de toda idea subjetiva de buena o mala fe, la condena en costas al vencido es la regla, pues quien hace necesaria la intervención del Tribunal por su conducta debe cargar con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

los gastos efectuados por quien ha debido iniciar una demanda justa, o defenderse de una injusta, para obtener el reconocimiento de su derecho.-

Por su parte, la facultad judicial para eximir de costas al vencido reviste caracter excepcional y no esta condicionada por la temeridad, mala fe o culpa del litigante, sino inspirada en razones de equidad ajustables a cada caso..." (esta Sala en Causa n° 27.140, R.S. 219/92, sent. del 29-11-1992, entre muchas otras).-

Realizadas estas precisiones, que resultan idóneas para delimitar el marco en el cual habré de argumentar, entiendo oportuno dirigirme al caso de autos en concreto.-

Y así diré que la reconvencción ha prosperado en su totalidad (en cuanto la planteo del porcentaje indiviso, pago de impuestos y tasas y pacto de preferencia), por lo cual las costas deben quedarle impuestas al actor reconvenido que resulta derrotado (arts. 68 y 274 del CPCC).-

6.- Costas de alzada

Las costas de esta instancia se deberán imponer, por el recurso de la actora, a esta en su totalidad dado el rechazo total de sus agravios, y por el de la demandada reconviniente 50% a esta y 50% a la actora atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.).-

IV.- CONCLUSION

Si mi propuesta es compartida se deberá modificar la sentencia apelada en cuanto a los porcentajes asignados en la instancia originaria en el condominio del inmueble, correspondiendo 59.8% a la demandada reconviniente y 40.2% al actor reconvenido; consecuentemente, se deberá modificar la suma que deberá abonar la demandada reconviniente por cada mes de uso, la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que ascenderá a la de \$2318,33 y, asimismo, dejar establecido que la suma a reintegrar por el actor reconvenido en cuanto a las tasas e impuestos abonados ascenderá al 40.2% de lo pagado por la demandada; asimismo se deberá modificar la sentencia en cuanto indica que la reconvenición se rechaza, dejando establecido que la misma prospera; se habrá de modificar también la imposición de costas de primera instancia, quedándole impuestas las de la reconvenición que prospera al actor reconvenido; por lo demás, habrá de confirmarse la sentencia en todo lo otro que decide y ha sido materia de agravio.-

Las costas de esta instancia se deberán imponer, por el recurso de la actora, a esta en su totalidad dado el rechazo total de sus agravios, y por el de la demandada reconviniente 50% a esta y 50% a la actora atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.).-

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor **FERRARI**, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS: **CONSIDERANDO:** Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, **SE MODIFICA** la sentencia apelada en cuanto a los porcentajes asignados en la instancia originaria en el condominio del inmueble, correspondiendo 59.8% a la demandada reconviniente y 40.2% al actor reconvenido;



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

consecuentemente, **SE MODIFICA** la suma que deberá abonar la demandada reconviniente por cada mes de uso, la que ascenderá a la de \$2318,33 y, asimismo, **SE DEJA ESTABLECIDO** que la suma a reintegrar por el actor reconvenido en cuanto a las tasas e impuestos abonados ascenderá al 40.2% de lo pagado; asimismo **SE MODIFICA** la sentencia en cuanto indica que la reconvenición se rechaza, **DEJANDO ESTABLECIDO** que la misma **SE ADMITE**; asimismo **SE MODIFICA** la imposición de costas de primera instancia, quedándole impuestas las de la reconvenición que prospera al actor reconvenido; por lo demás, **SE CONFIRMA** la sentencia en todo lo otro que decide y ha sido materia de agravio.-

Costas de Alzada, por el recurso de la actora, a esta en su totalidad dado el rechazo total de sus agravios, y por el de la demandada reconviniente 50% a esta y 50% a la actora atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del C.P.C.C.).-

SE DIFIERE la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 Dec. Ley 8904/77).-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.-

Dr. FELIPE AUGUSTO FERRARI
Juez

Dr. JOSÉ LUIS GALLO
Juez

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón