ACUERDO. En Buenos Aires, a los 8 días del mes de mayo del año dos mil quince, hallándose reunidos los señores jueces de la Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Elisa M. Diaz de Vivar, Mabel De los Santos y Fernando Posse Saguier, a fin de pronunciarse en los autos **"G, A M c/ S, G P s/ división de condominio"**, expediente n°48.875/2010 del Juzgado Civil n°48 la Dra. De los Santos dijo:

I.- Que la sentencia de fs. 226/228 rechazó la demanda de división de condominio, con costas al actor vencido y difirió la regulación de honorarios hasta tanto se determine el monto del juicio.

El señor juez de primera instancia fundó su decisión en que, por haber existido entre las partes una relación concubinaria de diez años, de la cual nació una hija aún menor de edad, en la tensión entre el derecho patrimonial del condómino y el interés superior del niño ha de prevalecer este último. Sobre dichas premisas encuadró el caso como un supuesto de división nociva, que impone sea demorada cuando resulte necesario para que no haya perjuicio, máxime cuando la vivienda forma parte del deber alimentario del progenitor.

Contra dicho pronunciamiento se alzó el actor a fs. 232, recurso que fue concedido a fs. 233. A fs. 251/253 el recurrente fundó la apelación, presentación que fue respondida a fs. 255/256.

II.- Los agravios:

La parte actora cuestiona en sus agravios que el magistrado de grado anterior haya aplicado por analogía las disposiciones del art. 1277 CC, en consonancia con las de los

arts. 2692 y 2715 CC cuando no se ha acreditado en autos que la división de la cosa común comprometa el interés de la hija menor de las partes. Sostiene que nada se ha alegado por la accionada ni tampoco se ha probado en autos al respecto. Afirma que el fallo se extralimita e inmiscuye en un tema propio del fuero de familia. Critica también la aplicación del 2715 CC porque la hija menor no es copropietaria del bien, de modo que la norma aplicada importa un enriquecimiento indebido de la restante condómina, quien no probó tampoco su imposibilidad de adquirir otro inmueble con el producido de la venta de su mitad.

III.- Sobre los extremos fácticos del caso y la aplicación analógica del art. 1277 CC:

Como es sabido, en el condominio sin indivisión forzosa cualquiera de los copropietarios está autorizado para pedir en cualquier momento la división de la cosa común (art. 2692 del C. Civil), siempre que ello sea posible (art. 3475 bis del C. Civil) y no existan causales de indivisión (arts. 2710, 2715, 2716 y cc del CC).

Rige en la materia el principio general conforme el cual los condóminos se encuentran facultados legalmente para requerir en todo tiempo la división de la cosa común. Sin embargo, la ley admite ciertos casos de indivisibilidad, la que puede surgir de la voluntad de los propios condóminos o del testador, o, en su caso, de una disposición legal. La indivisión surgida de la voluntad de los interesados es esencialmente precaria, tiene un término máximo que no puede ser excedido y se rige, salvo supuestos excepcionales, por las mismas reglas del condominio normal o sin indivisión forzosa. En cambio, cuando la indivisión tiene su origen la ley, tiende a tener carácter permanente -en rigor: perdurable-, por lo menos mientras subsiste la causa legal que la ha provocado (conf.

Borda, G.A., *"Tratado…", Derechos Reales*, T. I, Editorial Perrot, 1978, p. 497/98, nro. 600).

Los supuestos de condominio con indivisión forzosa previstos en el régimen legal vigente son: a) el que recae sobre las cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades (arts. 2710 y sgtes.), b) el supuesto de que la división resultare nociva para la cosa (art. 2715), aplicado en autos, c) los sepulcros, d) el bien de familia, e) la vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal en las condiciones que establecen los arts. 1277 y 3573bis y f) los muros, cercos y fosos que dividen dos heredades (arts. 2716 y sgtes. CC).

Ahora bien, en primer lugar debo puntualizar sobre los agravios vinculados a los extremos fácticos del caso que, contrariamente a lo afirmado por el apelante, la accionada en su responde a la demanda expresamente basó su defensa en la circunstancia de haber sido las partes convivientes e invocó que de dicha unión nació la menor M B, quien habita el inmueble con la accionada, por hallarse a su cuidado. También pidió la aplicación analógica del art. 1277 CC por tratarse de la vivienda familiar, hasta que la niña adquiera la mayoría de edad y con fundamento en su interés superior. Si bien es cierto que en la audiencia preliminar ambas partes desistieron de las medidas de prueba ofrecidas, ello respondió a que ya se había solicitado la remisión de los expedientes conexos que tramitan ante el Juzgado de Familia nro. 9 del fuero y que se tenían a la vista los autos también conexos sobre repetición del pago de deudas comunes y fijación y cobro de canon locativo, que por auto de fs. 135 se ordenó tramitar separadamente, mediante decisión que no fue apelada por las partes ni por la Defensoría de Menores, pese a afectar el derecho que acuerda el art. 87 del CPCC.

De los referidos juicios conexos, también solicitados previo al dictado de sentencia por este Tribunal (v. fs. 264), resultan los extremos fácticos que cuestiona el actor en sus agravios; a saber: la relación concubinaria entre las partes, el nacimiento de la hija menor y que la venta del 50% del inmueble en condominio, que no llega a los 58 metros cuadrados de superficie, difícilmente permitirá adquirir una vivienda adecuada para la demandada y su hija, lo que permite colegir que la división de la cosa común tiene aptitud para perjudicar el derecho a la vivienda de la hija menor de edad.

Tampoco es cierto que el señor Juez "*a quo*" se haya inmiscuido en un tema propio del derecho de familia. Por el contrario, ha decidido la cuestión conforme sus especiales particularidades, valorando el contexto fáctico y jurídico que es determinante de la solución justa del caso, a la luz de la Constitución, los Tratados de Derechos Humanos y las leyes aplicables.

En efecto, el art. 1277 del CC dispone en su último párrafo que "*será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, trátese de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere imprescindible y el interés familiar no resulte comprometido.*" La doctrina es coincidente en afirmar que dicha norma no ampara el interés de los cónyuges sino el llamado "interés familiar", consistente en que los hijos menores de edad e incapaces tengan asegurado su derecho a la vivienda (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "*Protección jurídica de la vivienda familiar…*", p. 187; Zannoni, Eduardo A., "*Derecho Civil. Derecho de Familia*", Astrea, Bs. As., 1998, T. I, p.

610; Bossert, Gustavo A., "*Régimen jurídico de los alimentos*", Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 222 y sgs.).

No soslayo que alguna doctrina niega la aplicabilidad de la norma citada cuando los progenitores no están casados (v. Fleitas Ortiz de Rozas, A. y Roveda, E.G., "*Régimen de bienes del matrimonio*", LL, Buenos Aires, 2001, p. 112 y ss.). Otros, en cambio, se han inclinado por la aplicabilidad del art. 1277 a los hijos habidos de una convivencia estable con fundamento en que si se reservara sólo a aquellos nacidos dentro del matrimonio implicaría una discriminación contraria al art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al art. 240 CC que establece la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (conf. Iñigo, Delia B., "Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho", *Revista de Derecho de Familia* Nro. 9, Perrot, Bs. As., 1998, p. 260, Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit*., p. 385; Solari, Néstor, "La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 del Código Civil", *Revista de Derecho de Familia*, nro. 29, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, ps. 111 y ss.).

Comparto esta segunda posición doctrinaria, que es la que ha prevalecido en la legislación, tal como lo evidencia lo normado por el art. 522 del nuevo Código Civil y Comercial que comenzará a regir en agosto de este año, norma que consagra la protección de la vivienda familiar en el marco de las uniones convivenciales, con alcances similares a la protección de la vivienda matrimonial.

Conforme las premisas antes fijadas, no cabe sino coincidir con el magistrado de primera instancia en cuanto extendió analógicamente lo dispuesto por el art. 1277, 2do. Párrafo del C. Civil, estableciendo su prelación sobre el art. 2692 CC y

disponiendo la indivisión del condominio en los términos del art. 2715 CC.

Corresponde entonces analizar el agravio relativo a la aplicación del 2715 CC que, a criterio del apelante, importa un enriquecimiento sin causa de la restante condómina.

IV.- La indivisión por nocividad:

Tradicionalmente se ha considerado que deben concurrir circunstancias excepcionales que obsten a la división, cuya verdadera entidad debe ser apreciada por el juzgador en cada caso, importando su decisión el establecimiento de una indivisión forzosa durante el tiempo que estime necesario y hasta tanto subsistan tales circunstancias.

Borda destaca que la situación a que se refiere el art. 2715 alude no a bienes definitivamente indivisibles (vgr. una unidad económica rural mínima), sino a cosas que pueden ser divididas, pero que circunstancialmente no conviene que lo sean porque la división puede ocasionar perjuicios individuales o sociales. En ese orden de ideas destaca que la división debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos y que se trata, en definitiva, de que el derecho de pedir la división de la cosa común no sea ejercido abusiva o intempestivamente, cuestión que corresponde a los jueces determinar conforme las particularidades del caso concreto (conf. Borda, *op.cit.*, nro. 610, p. 503).

En el caso se ha otorgado el cuidado de la hija menor a la aquí demandada, a quien se la atribuyera también el uso de la vivienda familiar y tal circunstancia constituye el fundamento en que sustenta la sentencia desestimatoria el señor juez de grado. Si bien es cierto, como afirma el actor apelante, que él viene cumpliendo con la prestación alimentaria y que ésta incluye la

prestación de vivienda, tal argumento no es fundamento idóneo para obtener el cese del cumplimiento de una prestación que integra la obligación alimentaria, para cuya fijación cuantitativa en el incidente de aumento de cuota (v. acuerdo de fs. 143, homologado a fs. 145) sin duda se ha tomado en cuenta la situación de uso de la vivienda familiar.

Sostiene el apelante que, en definitiva, la beneficiaria de la indivisión es su condómina y madre de su hija, no esta última y que se soslaya que el art. 2715 alude a la nocividad para los condóminos, no para la hija. También en este punto considero que no asiste razón al apelante.

En efecto, la interpretación de la norma a la luz de la Constitución y los Tratados impone atender al “interés familiar” que involucra la tutela de la menor y de su interés superior (art. 3 Convención de los Derechos del Niño). Cabe recordar que si bien la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que el supuesto de indivisión previsto por el art. 2715 es de carácter excepcional, también ha señalado que la mencionada división debe ser demorada cuando sea necesario para evitar perjuicios a los condóminos, correspondiendo a los jueces determinar cuándo se da el supuesto de nocividad que obliga a postergar la división solicitada (conf. CNCiv., Sala F, 03/07/2000, elDial.com - AA5F0). En el caso no puede siquiera controvertirse que la circunstancia de ser el inmueble la vivienda de la hija menor de las partes constituye razón suficiente para considerar configurada la causal de nocividad al interés familiar, de los condóminos y al interés superior del Niño, de consideración prioritaria en todo proceso que los involucre.

V.- Los efectos de la indivisión forzosa:

Por todo lo antes expuesto coincido con los fundamentos esgrimidos por el Sr. Juez “*a quo*” en su sentencia

para establecer la existencia de una indivisión forzosa temporaria; sin embargo, considero que sobre tales premisas debería disponerse una condena de cumplimiento diferido y no el rechazo liso y llano de la pretensión.

En efecto, la pretensión de dividir el condominio es procedente, aunque no exigible antes de adquirir la hija de las partes la mayoría de edad. Los principios de economía procesal, celeridad y concentración, vinculados a la garantía de la tutela efectiva y del plazo razonable en la solución del conflicto, imponen pronunciar una condena de futuro, que evite la deducción de una nueva demanda, cuando la cuestión ha sido extensamente debatida en seis procesos conexos, tres que tramitaron o tramitan en el Juzgado de familia nro. 9 y tres en el Juzgado Civil (patrimonial) Nro. 48.

La extensión de la indivisión forzosa sólo hasta la mayoría de edad de la hija de las partes se funda en que, si bien es cierto que el rubro vivienda integra el derecho alimentario, que podría corresponder a la menor hasta los 21 años o aún hasta los 25 años, según el caso, lo cierto es que las funciones de cuidado y convivencia de la demandada con su hija, que derivan de la responsabilidad parental, han de cesar ineludiblemente al adquirir la adolescente la mayoría de edad. Ante ello, nada justifica extender la atribución de la vivienda a la demandada y la consecuente indivisión del condominio más allá de entonces, aun cuando deba preverse un incremento de la prestación alimentaria de la menor a cargo de su padre para asegurar también su derecho a la vivienda. De lo contrario se estaría consagrando un enriquecimiento sin causa a favor de la condómina demandada, como afirma el apelante al fundar sus agravios.

De lo expuesto también se colige que lo debatido en los distintos procesos en trámite ante el Juzgado de familia y ante el Juzgado Civil patrimonial son cuestiones íntimamente relacionadas, cuyo abordaje no sería adecuado sino se tomaran en cuenta todos los aspectos involucrados. Por ello, no asiste razón al recurrente cuando sostiene que debe analizarse cada proceso conexo como si se tratara de compartimentos estancos y postula separar lo atinente al ámbito patrimonial de lo que corresponde a los procesos de familia.

Ahora bien, la solución que propicio importa establecer una "modalización" de la condena. Se denomina "modalidades de los actos jurídicos" a ciertos elementos que alteran los efectos normales de dichos actos, postergando su ejercicio o gravando con modalidades accesorias su adquisición. Entre esas modalidades se encuentra el plazo de cumplimiento de la condena impuesta en la sentencia, que el juez tiene la facultad de establecer conforme las particularidades del caso (conf. Art. 163 inc. 7º CPCCN). El instituto de la modalización de la condena ha sido desarrollado por Evans para la reparación del daño (conf. Evans, Guillermo Federico, "*Reparación "modalizada" del daño"*, Rubinzal Culzoni, 2001). Sin embargo sus fundamentos son aplicables a toda condena y permiten adecuar su cumplimiento a los delicados intereses en juego, armonizando las garantías constitucionales involucradas. Así se decidió por esta Sala en los autos "*Prado, Alicia Irene c/ Prado, María Beatriz s/ división de condominio*", Rec. N° 614.705 del 10 de mayo de 2013 (expte. n° 70.835/2011).

VI.- Por las razones antes expuestas y sin perjuicio de coincidir con los fundamentos del decisorio recurrido, propongo con mi voto revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda de división de condominio y admitirla, supeditando su

cumplimiento a que la hija menor de las partes alcance la mayoría de edad, vale decir, hasta el 18 de diciembre de 2019. En cuanto a las costas del proceso, atento el modo como se resuelve, propicio se impongan por su orden en ambas instancias (art. 71 CPCC).

Los Dres. Fernando Posse Saguier y Elisa M. Diaz de Vivar adhieren por análogas consideraciones al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí que doy fe. Fdo: Mabel De los Santos, Fernando Posse Saguier y Elisa M. Diaz de Vivar. Ante mí, María Laura Viani (Secretaria). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

MARIA LAURA VIANI

///nos Aires, mayo 8 de 2015.

Y Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal **Resuelve: 1)** Revocar la sentencia apelada de fs. 226/228 en cuanto desestima la demanda y hacer lugar a la pretensión formulada, disponiendo la división del condominio existente sobre el inmueble sito en X de esta ciudad, difiriendo su ejecución hasta que alcance la mayoría de edad la hija menor de las partes, vale decir, hasta el 18/12/2019. **2)** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. **3)** Diferir la regulación de los honorarios por las tareas realizadas en esta instancia para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

MABEL DE LOS SANTOS

FERNANDO POSSE SAGUIER ELISA M. DIAZ de VIVAR

MARIA LAURA VIANI

Fecha de firma: 08/05/2015
Firmado por: MABEL ALICIA DE LOS SANTOS, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: ELISA DIAZ DE VIVAR, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: FERNANDO POSSE SAGUIER, JUEZ DE CAMARA