

Reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial Dolores, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa nº **100.772**, caratulada: "**G.S. D. C/ C., A. Y OTROS S/ ATRIBUCIÓN VIVIENDA FAMILIAR**", habiendo resultado del pertinente sorteo (arts. 263 del CPCC; 168 de la Constitución Provincial), que los Señores Jueces debían votar según el siguiente orden: Dres. Mauricio Janka y Daniela Galdos (Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 2), quien integra el Tribunal (arts. 39 y 40 de la ley 5.827).

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión: ¿Es ajustada a derecho la sentencia dictada el 10.06.2022, en lo que es materia de agravio?

Segunda cuestión: ¿Corresponde mantener la pauta regulatoria de los honorarios que contiene dicha sentencia?

Tercera cuestión: ¿Qué pronunciamiento se debe dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

I. Contra la sentencia del 10.06.2022, ambas partes interpusieron los recursos de apelación del 14.06.2022 (actora) y el 21.06.2022 (demandada). Libremente concedidos, se presentaron las expresiones de agravios del 13.07 y 03.08.2022, cuyas contestaciones obran el 17 y 10.08.2022.

II. S. G. promovió acción a fin de obtener la atribución del uso de la vivienda sede del hogar convivencial, sita en la calle Churrinche nº 35 de la localidad de Cariló, contra D. y A. C., respectivamente, progenitor y tía de las personas menores de edad involucradas en autos y cotitulares registrales del inmueble. Asimismo, lo hizo contra A. C., como titular del derecho real de usufructo respecto del bien y abuelo paterno de aquellas.

Ello hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas, quienes habitan con ella. Alegó su imposibilidad de procurarles otra vivienda.

Solicitó en forma subsidiaria que se decrete la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyCN, en cuanto establece que el plazo de la atribución del hogar convivencial no puede exceder de dos años, a contar desde el cese de la convivencia (conf. presentación del 13.05.2021).

Los codemandados opusieron las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva.

En relación a la primera, indicaron que la accionante no es titular del derecho de dominio que le posibilite obrar en este proceso.

En cuanto a la segunda, que A. C. es titular del derecho de usufructo oponible tanto a la actora como al resto de los codemandados, y que los hermanos A. y D. C. no tienen consolidado el condominio a su favor hasta tanto opere la condición pactada según escritura de donación de nuda propiedad celebrada en 2004.

En subsidio, contestaron la demanda previa negativa general y particular, relataron el modo de adquisición del terrero y construcción de la vivienda que en 2017 D. C. y S. G. tomaron en préstamo para vivir con sus hijas en forma provisoria hasta que se organizaran económica y laboralmente.

Pero que, cuando D. C. fue desalojado del inmueble por desavenencias de la pareja, a la accionante le fue requerida por diferentes medios la restitución por finalización del comodato sin plazo, a lo que se negó invocando derechos de propiedad que nunca tuvo.

En ese camino, explican que no se dan los presupuestos del art. 526 del CCyCN, que establece además una limitación temporal de dos años.

Que si bien la actora tiene bajo su cuidado personal a las hijas fruto de la unión, no acreditó su extrema necesidad de procurarse una vivienda (conf. presentación del 18.06.2021).

III. La sentenciante desestimó las defensas de falta de legitimación y atribuyó el uso a la actora por el plazo de 36 meses desde la interposición de la demanda "...debiendo durante dicho plazo los progenitores arbitrar los medios para procurar a las niñas una vivienda digna -carga que corresponde a ambas partes, Sra. G. y Sr. D. C." (sic).

Para así resolver consideró, básicamente, que el inmueble fue el último hogar familiar y que el derecho de propiedad en cabeza de los demandados debe ceder temporalmente frente a los restantes derechos humanos, sustancialmente, al interés superior de las niñas.

Impuso las costas a los codemandados y, a fin de regular honorarios, requirió que se acompañe la valuación fiscal del inmueble.

IV. 1. Se agravia la actora por lo irrazonable del plazo establecido, pues la cuestión va más allá de lo meramente legal.

Indica que se ha fallado sin un criterio axiológico acorde a las perspectivas de las infancias y de género, sin tener en consideración que D. C. incumple el sistema de comunicación pactado en relación a sus hijas, provocándoles daño emocional que sólo ella contiene en lo cotidiano.

En idéntica línea, destaca que no se valoró el incumplimiento de la cuota alimentaria establecida a su cargo, según actuaciones judiciales relacionadas.

Puntualiza que, si bien se la mencionó, tampoco se apreció como correspondía la situación de violencia en la que estuvieron inmersas ella y sus hijas, que motivó la exclusión del hogar de D. C..

Refiere que A. y A. C. nunca habitaron el inmueble, que no se les hizo la tradición del mismo y que el derecho de usufructo del primero le es inoponible por su falta de registración.

Que todos los demandados son obligados alimentarios en relación a las niñas, que cuentan con vivienda propia y no les colaboran económicamente ni con su cuidado.

Agregó que aportó fondos para la construcción de la casa y que desde la separación le incorporó mejoras para que sea habitable.

Indica que es insólita la enumeración de los elementos probatorios realizada en sentencia, para que luego se vedan los efectos de la atribución con fundamento en la "...afectación de derechos de los codemandados..." (sic) derivando en un plazo exiguo que priva al instituto de su verdadero sentido.

Que se sopesó erráticamente el interés patrimonial de los demandados por sobre el interés superior de las niñas y el principio de solidaridad familiar.

Señala que el valladar temporal del art. 526 del CCyCN en confrontación con los términos del art. 443 del CCyCN, se traduce en una violación del derecho a la igualdad de los hijos nacidos de uniones convivenciales, respecto de los matrimoniales.

Se agravia porque, para regular los estipendios profesionales, la juzgadora ordenó el acompañamiento de la valuación fiscal del inmueble cuando surge de otras constancias que no fue denunciada la construcción, lo que implicaría tomar una base regulatoria irrisoria.

2. La parte demandada se agravia en tanto lo resuelto no se ajusta al plazo máximo del art. 526 del CCyCN, sin conferir motivos válidos.

Señala que no se probó ninguno de los requisitos de procedencia de la acción, pues la actora reconoció trabajar y no acreditó la extrema necesidad de una vivienda ni la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Que el propio codemandado D. C. ofreció, en su momento, hacer el esfuerzo de mejorar la cuota alimentaria para que la actora alquilase un inmueble.

Puntualiza que, su carácter de progenitora de las niñas o el haber fijado residencia en la vivienda de la calle Churrinche, no es óbice para el rechazo de la excepción de no legitimación activa.

Indica que, definir si tiene derecho a la restitución es una cuestión que debe dirimirse en el proceso pertinente y no en éste.

Aduce, a todo evento, que el legislador dispuso un plazo de caducidad de dos años desde el cese de la convivencia y que, de no accionarse en ese entonces cabe presumir que la situación de vulnerabilidad ha fenecido. Que la jueza perdió de vista que la separación se produjo en 2018, por lo que dicho plazo estaba vencido al inicio de la pretensión.

Se agravia del modo en que fueron impuestas las costas, que deberán ser soportadas en el orden causado dado que la cuestión del plazo ha justificado opiniones jurídicas diversas.

Por último, entiende incorrecto establecer como pauta para regular honorarios la valuación fiscal, dada la naturaleza del litigio.

Estima que para la determinación de la base regulatoria deberá estarse al art. 9 -ap. I- inc. e de la ley 14.967, desde que el caso está comprendido dentro de las acciones judiciales en que se debaten derechos de familia, no estrictamente patrimoniales.

V. Reseñados los antecedentes de la causa en lo que es de interés, me referiré primero a las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva.

Como se anticipó, ambas defensas fueron rechazadas y, si bien ello es motivo de un agravio rayano a lo insuficiente, pues no asume en profundidad un juicio crítico y concreto del razonamiento atacado (art. 260 del CPCC), igualmente el punto requiere un examen intrínseco propio del órgano jurisdiccional. Es que la cuestión no debe ser sustituida ni por la voluntad de aquiescencia de las partes en un tramo anterior del proceso, ni por la insuficiencia técnica del ataque recursivo.

Ello teniendo en especial consideración que la legitimación es presupuesto esencial de la pretensión, observable o verificable aún de oficio, sin infracción al principio de congruencia y defensa en juicio, dado que a los jueces y juezas nos corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes en tanto y en cuanto no se alteren los hechos o tergiversar la naturaleza de la acción (SCBA, C.118128, del 08.04.2015; C.116712, del 04.03.2015; C. 111450, del 19.12.2012; Ac. 90993, del 05.04.06). (arts. 1, 2, 3 del CCyCN; 34 incs. 4 y 5, 163 incs. 5, 6 del CPCC).

Resulta útil entonces, recordar que la legitimación procesal está determinada fundamentalmente por la posición subjetiva respecto de la pretensión, de modo que sólo quienes se encuentren vinculados a ella

puedan ser parte en el pleito en que se deduce; se refiere a la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial a debatir (arg. SCBA, B. 67.026, del 21.02.2018; B. 66852 RSD-127-19, del 10.07.2019) (doctr. art. 345 inc. 3 del CPCC).

Para determinar el real interés jurídico que un sujeto pudiera tener con el objeto de la acción, es menester atender a la naturaleza del derecho material que se ejercita, al menos desde una primera aproximación.

Es por ello que cabe partir de que el derecho a usar la vivienda sede del hogar familiar, tal como aparece regulado en el Código Civil y Comercial, nace del seno de la relación de familia o tiene su causa en ella, dada la presencia de un interés especial que sin duda mediatiza e influye en su régimen jurídico. Me refiero a una situación en la que uno de los cohabitantes es preferido por sobre el otro, por una serie de razones que el ordenamiento jurídico -normas y principios- considera protegibles.

Partiendo de esa premisa, la atribución del uso del hogar es un auténtico derecho personal propio de las relaciones familiares, cuyos titulares no son otros que los propios convivientes que conformaron aquel proyecto de vida en común en cierto lugar de residencia cuya atribución para su uso, posterior a la ruptura, habrá que dilucidar (arts. 526 y concs. del CCyCN).

La lógica de esa finalidad específica impone consecuencias especiales, como la disociación entre el interés familiar protegido a partir de una situación de vulnerabilidad -objeto del instituto- y los derechos estrictamente reales o posesorios que respecto de la cosa pudieran tener, no sólo los propios convivientes, sino todo tercero ajeno a esa situación familiar que por sí sola podrá justificar el análisis.

Ejemplo de ello es que el mismo art. 526 del CCyCN -en su último párrafo- protege al conviviente no titular del contrato de locación, manteniéndose todas las condiciones que se pactaron hasta la finalización del contrato, con todos los derechos y obligaciones adquiridos al celebrarlo. Precisamente, porque lo que se protege es el derecho de uso del hogar

familiar más allá de las vinculaciones contractuales o provenientes de los derechos reales que pudieran existir por fuera de ello.

Las partes, más que nada la demandada, intentan introducir desde sus escritos postulatorios, cuestiones referentes a derechos reales de dominio, condominio y usufructo, su consolidación, inscripciones registrales y oponibilidad a terceros. También traen a colación causas de la ocupación, como un contrato de comodato, su plazo o vencimiento, y hasta supuestas mejoras introducidas a la vivienda y/o contribuciones para su construcción, entre otras.

Sin embargo, no es jurídicamente posible analizar en este delimitado marco, ninguno de esos extremos ni otros atinentes a derechos posesorios, reales o contractuales que, eventualmente, podrán ser discutidos por quienes se consideren sus titulares en el proceso que corresponda.

Basta por ahora centrarnos en que la accionante G. se encuentra al cuidado principal de las niñas fruto de la unión con D. C..

De los autos "C., D. c. G., S. s. comunicación con los hijos" (expte. nº 43.124, de trámite ante el mismo órgano) surge que se pactó el cuidado personal compartido indistinto, residiendo aquellas de manera principal con la progenitora en la vivienda de Cariló (v. sentencia del 02.12.2020 y convenio del 17.11.2020).

También está probada -por otra parte, fuera de debate- la organización familiar que los convivientes concretaron en ese inmueble a partir del año 2017 hasta el cese de la unión, como así también que ese proyecto de vida conjunto encontró sus inicios con anterioridad, habiendo nacido la primera de las hijas de la pareja en 2004, según certificado obrante el 13.05.2021.

Esas solas circunstancias son suficientes para vislumbrar que la legitimación activa y pasiva está determinada objetivamente por la calidad de los exconvivientes (y sus hijas menores de edad), por ser titulares de la relación jurídica sustancial, cualidad emanada de la ley que les confiere

aptitud para ser destinatarios de una decisión jurisdiccional de naturaleza asistencial.

De ello se sigue que el codemandado A. C., aparentemente titular de un derecho de usufructo invocado como fundamento para el rechazo de la acción, carece de legitimación.

Y lo mismo acontece respecto de la codemandada A. C., como nuda propietaria de una porción del bien, dado que la naturaleza de la pretensión impide que puedan ser útilmente sujetos receptores de los efectos del proceso y, por consiguiente, de la tutela judicial.

Asimismo, observo que A. C. promovió una acción de reivindicación del inmueble contra S. G., radicada ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 2 departamental (expte. n° 60.113 según surge de la mesa de entradas virtual), poniendo en evidencia un verdadero exceso al pretender la discusión de idénticos derechos reales en el marco de ambos procesos (arts. 9 y 10 del CCyCN).

Al mismo tiempo, no dejan de llamar la atención las diferentes visiones que convenientemente asume la demandada en relación a idéntica cuestión. Por un lado, opone y pretende el debate de derechos reales y/o contractuales, para luego afirmar que, a los fines de regular honorarios, la naturaleza del litigio es estrictamente familiar sin contenido económico.

Es en el aspecto bajo análisis donde considero que la sentenciante anterior pierde el camino de la razonabilidad, al aludir al "...derecho de propiedad en cabeza de los demandados..." que "...debe ceder temporalmente frente a los restantes derechos humanos..." (sic).

Ello sin determinar su verdadero contenido o alcance, enumerando sin embargo elementos de prueba relacionados a derechos reales o posesorios (tanto documentales como testimoniales), que no sólo no guardan relación con el objeto del caso, sino -lo que es más importante- para conferirle consecuencias capaces de poner un límite material y temporal al derecho invocado por la actora sin expresar ningún motivo (arts. 18 de la C.N.; 2, 3 del CCyCN; 163 incs. 5 y 6 del CPCC).

Que esas cuestiones hayan sido alegadas no conlleva necesariamente su consideración, pues la jueza está obligada a calificar autónomamente las pretensiones y defensas a la luz de los hechos articulados por las partes y, lógicamente, deslindando los conducentes conforme a derecho, para su resolución (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 del CPCC).

Por lo expuesto, dejo desde ya propuesta la modificación de la sentencia apelada, la recepción de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por A. C. y A. C., y el rechazo de la acción de atribución del uso de la vivienda propuesta a su respecto (arts. cit.).

En consecuencia, se torna abstracto el abordaje de los agravios expresados por ambas partes, que de algún modo hubieran quedado ligados a cuestiones vedadas de análisis, pues la emisión de un pronunciamiento judicial corresponde siempre y cuando se mantenga un real interés como presupuesto visceral del planteo revisor (arg. art. 242 del CPCC).

Las costas generadas en el proceso serán a cargo de la parte actora en su objetiva condición de vencida (art. 68 del CPCC).

VI. Ya en el abordaje de la cuestión de fondo, debo decir que los jueces y juezas no estamos obligados a analizar cada una de las argumentaciones de las partes, sino aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301).

Por tanto, me inclinaré por los elementos de mérito que producen mayor convicción, aquellos jurídicamente relevantes o “singularmente trascendentes”, como los denomina Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, Estudios sobre el proceso civil, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, págs. 369 y ss.).

Considero necesario partir de que, el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales como otra alternativa de vivir en familia, tiene sustento en el concepto de “familia” emergente de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales que tras la reforma del año 1994 conforman el bloque derivado del art. 75 inc. 22 de la CN, de las recomendaciones generales y particulares y las decisiones de los organismos

internacionales y regionales de protección de derechos humanos, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que gozan de la misma jerarquía que los citados instrumentos.

El art. 14 bis de la Carta Magna alude a “la protección integral de la familia” y las convenciones internacionales hablan de lo que se ha dado en llamar el “derecho a la vida familiar”, poniendo de resalto que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ello, toda persona tiene derecho a fundar una y a su consecuente protección.

Ese marco supralegal obliga a construir un concepto constitucional de familia no discriminador, cuyas diversas formas reciban igual protección como derivación de la garantía de los derechos humanos, sin restringirla a cierto modelo o condiciones.

Esta idea fue consagrada por la CIDH en “A., R. y niñas vs. Chile”, sent. del 24.02.2012, al subrayar que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’. El concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (sic) (párrafo 142).

Sobre ese principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, la CIDH señaló que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en cierta situación.

Parece claro entonces que, desde el andamiaje constitucional y convencional, y el concepto de familia que responde a una pluralidad de realidades, surge la necesidad de diseñar un piso mínimo de protección para las diversas modalidades, asentado sobre el principio de solidaridad.

Pero además, cuando en el análisis de la operatividad de ese piso mínimo aparecen en el escenario niños/as o adolescentes, indudablemente aquél quedará nutrido de su superior interés, pauta que justificará disipar toda posible diferenciación legislativa basada en 'tipos de familia' por la razón de que los niños/as no eligen bajo qué condiciones nacer ni pueden sufrir las consecuencias de un trato disímil.

Ese norte debe guiar toda decisión que sobre ellos se tome y en concreto, ya que no se concibe un interés del menor de edad puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA, C. 124.007, "L. o NN", sent. del 06.07.2020).

Acorde a ello, la ley 26.061 enfatiza en su texto que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 3, última parte, en un todo coherente con lo estipulado en el art. 3 CDN; 4, ley 13.298, 706 del CCyCN; 1, 2, 19, 24, 29 del Pacto de San José de Costa Rica; 75 inc. 22 C.N).

Aquí, el interés superior se materializa en la necesidad de resguardo de los derechos de las niñas involucradas (A.C., nacida el 04.07.2013; y R.C., nacida el 15.03.2009, conf. certificados agregados el 13.05.2021), hijas de G.-C..

En especial, el derecho habitacional que exige -a la luz de lo expuesto- mantener las cosas en el estadio anterior a la ruptura de la pareja, que les es absolutamente ajena y no debe generarles consecuencias negativas en cuanto a la extensión y garantía de sus derechos superiores, como anticipé.

El art. 526 del CCyCN establece que el inmueble sede de la unión convivencial puede ser atribuido a alguno de los convivientes, una vez cesada, si tiene a su cargo el cuidado principal de hijos o hijas de la pareja.

Ninguna de estas dos situaciones está discutida; como referí, de lo actuado en "C., D. c. G., S. s. comunicación con los hijos" surge que se

pactó el cuidado personal compartido indistinto, residiendo las niñas de manera principal con la progenitora en la vivienda de la calle Churrinche de Cariló (v. sentencia interlocutoria del 02.12.2020 y convenio del 17.11.2020).

También quedó fuera de debate la organización familiar que G.-C. concretaron en el inmueble a partir de 2017 hasta el cese de la unión, aunque el proyecto de vida en común es anterior (arts. 509 y conchs. del CCyCN).

En cuanto a las dificultades para la progenitora de procurar otra vivienda, cabe recordar que el demandado reconoció la situación económica que la pareja atravesaba en 2017 al comenzar a habitar el inmueble.

Puntualizó que ninguno tenía trabajo ni recursos suficientes y que, construido el inmueble de Cariló, D. y S. lo tomaron prestado provisoriamente hasta lograr una mejor organización en lo laboral y alcanzar una estabilidad que les posibilite alquilar o construir otra vivienda (conf. presentación del 18.06.2021).

Frente a esas afirmaciones no encuentro razonable sostener, sin otro elemento probatorio, que la progenitora hubiera podido variar ese contexto inicial, al momento de la ruptura en 2018 (un año después) y que se encontrare -en un relativamente breve lapso de tiempo- en condiciones de procurar otra vivienda para ella y sus hijas.

No existe en autos prueba tendiente a demostrar las posibilidades económicas de la actora, que a tales fines señala el demandado (arts. 706, 710, 711 y conchs. del CCyCN; 375, 384 del CPCC).

Por el contrario, la accionante acompañó el informe de dominio obrante al 23.08.2021, del que no surgen otros bienes inmuebles a su nombre.

Y ello sin perjuicio de reconocer sus labores como terapeuta ocupacional al absolver posiciones, situación que evidencia una inserción laboral pero que obviamente no alcanza para tener por acreditadas alternativas económicas que justifiquen otro análisis (arts. cit.).

Máxime ante las restricciones de tiempo y esfuerzo que la dedicación y cuidado principal de las hijas de la pareja apareja, como así

también la situación de violencia que atravesó la familia en que encontró causa la exclusión del hogar de C. (cuestión sobre la que volveré).

No obstante lo anterior, no pierdo de vista que -según se ha expuesto- quien queda a cargo del cuidado de los hijos o hijas, tendrá un derecho preferente a solicitar la atribución de la vivienda y ésta será la pauta más importante a tener en cuenta (Bueres, A. “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias...”, Hammurabi, 2016, t 2, arts. 401/723, pág.148/149).

Es que el hecho de que la persona que queda al cuidado principal de los hijos o hijas, representa el criterio mayoritario de todas las decisiones donde se resuelva la atribución del hogar y haya hijos menores de edad, pues se traduce en la protección del grupo familiar más numeroso (Rivera, J. y Medina, G. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, 2014, v. 2, pág. 91).

Señala el demandado que, cuando fue excluido o desalojado del inmueble, a la accionante le fue requerida por diferentes medios la restitución por finalización de un comodato sin plazo en los términos del art. 1536 inc. e del CCyCN (v. punto IV. c de la contestación de demanda), reduciendo la cuestión al “vencimiento de un contrato” como consecuencia inmediata de la separación, visión que luce inadmisible desde todo vértice.

Esto da cuenta de una dinámica familiar con estereotipos patriarcales con roles definidos que reproducen desigualdades y, con ello, diferentes formas de vulnerabilidad que, en el caso, permite divisar que la estabilidad de la vida familiar dependía de la permanencia del progenitor en el hogar más allá de todo (me refiero, más allá de la violencia doméstica habida).

Ya desde este relato se observa la violencia económica impresa en el ámbito de la familia, al dejar en evidencia que el final de la unión convivencial repercutiría en un perjuicio directo sobre los recursos económicos de la mujer, quien convive con las hijas de la pareja, a través del

impedimento o limitación del uso del inmueble destinado a la satisfacción de necesidades básicas del grupo.

La cuestión, indudablemente, amerita su valoración en los términos previstos por el art. 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que determina que los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones con el hombre.

La incorporación de dicha perspectiva en la labor jurisdiccional, implica cumplir la obligación constitucional y convencional de hacer realidad el derecho a la igualdad, remediando, no sólo relaciones asimétricas de poder sino cualquier situación estructural de desigualdad que pudiera tener origen en esas condiciones (arts. 16, 75 inc. 22 de la Const. Nac.; Recomendación General n° 28 del Comité CEDAW, párrafo 10; 2, 3, 6 y 7 incs. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Como se aprecia, el caso está signado por una serie de especialísimas connotaciones que deben analizarse armónicamente y justifican la múltiple ponderación de vulnerabilidades.

Ello según el argumento expuesto por la Suprema Corte local (en Rc 125591 I 24/05/2022, en “O.M c/ S.E.A. s/ atribución de la vivienda familiar”), al valorar que la solución arribada en la segunda instancia en cuanto estableció la procedencia de la atribución del uso del hogar convivencial y declaró inaplicable el plazo de dos años previsto en el art. 526 del CCyCN, se concilia con la valoración de diversas “vulnerabilidades”, tanto de género como de las infancias, especialmente en un contexto de violencia.

En el proceso caratulado “G. c. C s. ley 12.569” (expte. n° 41.436 de trámite el mismo órgano) se dispuso como medida cautelar de protección de persona, la exclusión del hogar de D. C., con pie en una denuncia de

violencia efectuada por G., extendiéndose la medida en 2018 por 180 días y fijándose un perímetro de exclusión.

Situación replicada en autos "G. c. C. s. ley 12.569" (expte. n° 45.916), donde el 23.01.2020 se ordenó a C. el cese inmediato de todo acto de intimación, acercamiento, perturbación, hostigamiento y/o contacto en la vía pública, con relación a la actora.

Contexto que no puede considerarse ajeno a las niñas, sino todo lo contrario.

En la causa caratulada "G. (en representación de su hija menor de edad M.C) c. C. s. ley 12.569" (expte. 47.383), surge del acta del 23.10.2020 suscripta por el perito interviniente, que el "...13 de octubre cuando su hija M. retiraba de una esquina a su hermana de siete años, su padre comienza a agredirla verbalmente, haciendo maniobras peligrosas a su persona, muy asustada su hija se retira del lugar, por lo que decide realizar dicha denuncia, solicitando se extienda la medida a su hija..." (sic).

A ello cabe adunar la conducta del demandado respecto de su obligación alimentaria, según lo actuado en el trámite "G. c. C. s. alimentos" (expte. n° 43.523), de donde surge que el 01.12.2020 se dictó sentencia homologatoria de una cuota alimentaria de \$ 20.000, ajustada anualmente en un 30 %, incumplida por el obligado asistencial (v. 13.12.2021).

Más, en relación al régimen de comunicación establecido en autos "C. c. G. s. comunicación con los hijos" (expte. n° 43.124), acordado a favor del progenitor (v. sentencia interlocutoria del 02.12.2020 y convenio del 17.11.2020), habría sido incumplido por éste según denunció de la actora el 28.06.2021.

Y conforme lo decidido el 05.07.2021, D. C. fue intimado a cumplir con el régimen de comunicación bajo apercibimiento de fijar las medidas correspondientes para asegurar su cumplimiento (art. 557 del CCyCN).

Destaco nuevamente que ello, en su conjunto, implica problemáticas múltiples, acumuladas y sostenidas, que aparejan factores de

vulnerabilidad para el pleno ejercicio de los derechos de las niñas que aún hoy siguen en discusión.

El concepto de vulnerabilidad se asocia a expresiones como perjuicio, indefensión, fragilidad, desamparo, debilidad y refiere a las condiciones de los individuos que tienen mayor probabilidad de ser afectados de forma negativa y con menor capacidad de respuesta ante los cambios del entorno social o familiar.

Ello de la mano con los cambios en las estructuras familiares a que hice referencia y el aun presente modelo de “hombre proveedor-mujer cuidadora”, asimetría que ante la ruptura provoca consecuencias diferentes.

El demandado D. C. asumió una serie de obligaciones familiares y parentales que no cesan con la ruptura de la unión convivencial, ni mucho menos; entre ellos, el aporte económico al sustento de las niñas incluido el rubro vivienda.

El cambio en ese proyecto de vida, cuyo fin fue signado por un marco de violencia respecto de la progenitora e hijas, como así también por incumplimientos del sistema de comunicación y cuota alimentaria, que se mantienen al presente, no puede justificar el rechazo de la acción a partir de los argumentos del recurrente plagados de una visión meramente contractualista.

En el aspecto puntual del plazo máximo de duración de la atribución del uso del hogar familiar, la ley es más estricta que para el supuesto de un matrimonio, pues el art. 443 del CCyCN no fija un plazo, sino que deja al criterio de los jueces y las juezas su determinación.

Sin embargo, para el mismo beneficio, el plazo máximo de dos años del art. 526 del CCyCN evidencia un trato discriminatorio en relación a los efectos que este derecho tiene respecto de aquellos menores de edad en el ámbito de la convivencia, entrando en colisión con la eficaz protección de los derechos humanos que se pretenden proteger.

En este orden y con pie en los principios señalados y en las circunstancias especiales del caso, es acorde considerar que el plazo del art.

526 del CCyCN debe regir para las relaciones entre los convivientes adultos, pero bajo ningún aspecto puede comprender a los hijos o hijas menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, pues el contenido de la prestación por alimentos que se fija a su favor debe abarcar también el rubro habitación (art. 659 del CCyCN).

Una solución contraria importaría un trato diferenciado entre hijos matrimoniales y los que no lo son, si se suma lo dispuesto por el art. 14 bis de la CN que garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna y arts. 2, 18, 27, siguientes y concordantes de la Convención de los derechos del Niño (C. Nac. Civ., sala D, 08.09.2017, “M., C. M. y otros vs. D., D. A. s. Alimentos”, Rubinzal Online, RC J 6752/17).

En ese sentido, se ha expresado que el plazo máximo de dos años es contrario al espíritu protectorio de los derechos de los hijos en igualdad de condiciones más allá de las distintas fuentes de filiación, y que la cuestión requiere ser interpretada en forma coherente con el resto del ordenamiento jurídico, es decir, con las normas de la responsabilidad parental; pues el límite de dos años se establece respecto a los convivientes, a los adultos. En caso de involucrar niños, deberá resolverse la cuestión conforme a aquello que mejor responda a su interés, que se evalúa en cada caso en concreto (Famá, María Victoria, “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”, La Ley, 14.04.2015 -1 o LA LEY 2015-B, 921; Pellegrini, M., “Las uniones convivenciales”, Errejus, Bs. As., 2017, pág. 233 y 236).

Y que, cuando luego del cese de la convivencia, la vivienda se otorga en protección de los hijos, surge un trato discriminatorio, con relación a los hijos matrimoniales, ya que éstos gozarán de la vivienda sin plazo, mientras que los hijos de los convivientes no podrán hacerlo por más de dos años. Este tratamiento diverso de una situación similar, puede ser tachado de inconstitucional y por ello, debería reconocerse el derecho a gozar de la vivienda familiar en condiciones idénticas a las que confiere el art. 443 del CCyCN (Azpiri, J.O., “Uniones convivenciales”, Hammurabi, Bs. As., 2016, p. 239).

Si se entendiera que el plazo máximo establecido en el art. 526 resulta aplicable existiendo hijos menores de edad, ello implicaría que el nuevo Código Civil y Comercial en el punto, pese a sus grandes avances en materia de familia, deja un gran vacío y desigualdad referente a la protección de la vivienda para los hijos o hijas nacidos de estas uniones. Claramente existiría una inequidad o injusticia del sistema que se manifestaría en la discriminación y trato desigual entre hijos/as extra o matrimoniales que arduamente la doctrina y jurisprudencia actualizada pregonan por su eliminación en pos del principio de igualdad asentado en el art. 558 del CCyCN.

Cabe recordar que durante la vigencia del Código Civil, recurriendo al argumento de la igualdad entre hijos y el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental, se concluía en la aplicación analógica del art. 1277 a las convivencias de pareja pues, más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial, no correspondía formular distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, correspondiendo a los jueces la tarea de reinterpretar la norma de nuestra ley civil, tras una nueva exégesis de compatibilización o integración; teniéndose por derogados de manera implícita los preceptos que resultan manifiestamente incompatibles con los derechos fundamentales de niños y niñas (Solari, N, "La vivienda y su protección a los hijos su relación con el artículo 1277 del Código Civil. Derecho de Familia". Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nº 29, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p.111 y ss).

A estas alturas, no me quedan dudas de que, en el caso, se encuentran reunidos los recaudos exigidos por el art. 526 del CCyCN a fin de atribuir la vivienda familiar a la actora tras el cese de la convivencia, tal como lo solicitó en el escrito inicial.

Esto es, hasta que la más pequeña de las hijas de la ex pareja G.- C. (A.C. nacida el 04.07.2013, conf. certificado de nacimiento del 13.05.2021) adquiera la mayoría de edad, declarando la inconstitucionalidad

del art. 526 del CCyCN en cuanto establece un tope de dos años al ejercicio del derecho de atribución.

Deviene abstracto el tratamiento del agravio del demandado, dirigido a la extemporaneidad del pedido de atribución o caducidad de plazo, dada la extensión del mismo que se propone.

Los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar. “Las modernas tendencias en derecho procesal de familia rescatan lo que Carbonnier pregonaba desde hace décadas: un “derecho flexible” más preocupado por ponderar las circunstancias del caso que por burilar perfectas y frías construcciones racionales geométricas” (citado por Peyrano, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, LL, 1991-B-1034).

En consecuencia, propongo la recepción del recurso de apelación interpuesto por la actora y la modificación de la sentencia apelada en lo que hace al alcance temporal de la atribución de la vivienda familiar, en los términos expuestos (arts. cit.)

VII. Se agravia el demandado en relación a las costas impuestas a su cargo por la procedencia de la acción, las que deberían ser soportadas en el orden causado dado que la cuestión del plazo ha justificado opiniones jurídicas diversas.

Cabe partir del principio general que indica que las costas deben ser asumidas por la parte vencida, observando la cuestión desde una óptica puramente objetiva, desdeñada de móviles subjetivos que la pudieron haber guiado.

Si bien esa regla tiene excepciones, pues el art. 68 -segundo párrafo- del CPCC faculta la eximición total o parcial, ello lo será cuando encontrare mérito suficiente para hacerlo.

Alega el recurrente una cuestión dudosa de derecho en relación al plazo del art. 526 del CCyCN.

Sin embargo, las circunstancias especiales del caso, unidas a la jurisprudencia y doctrina actuales que en la materia se han perfilado y que han sido citadas, impiden justificar la excepción como se pretende.

Máxime cuando la cuestión puntual del plazo de dos años, muy lejos estuvo de configurar la única oposición a lo peticionado en demanda, pues formó parte de un conglomerado de argumentos dirigidos sustancialmente a impedir el reconocimiento del derecho invocado por sobre su mero alcance temporal.

Lo cierto es que el demandado generó un conflicto judicial del que resultó perdedor, cobrando plena actuación la regla general cuyo fundamento reside también en la correlativa necesidad de resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la vencedora; por lo que si no hay razones válidas para apartarse debe respetarse, caso contrario, los gastos para obtener ese reconocimiento se traducirían en una disminución del derecho judicialmente declarado (SCBA LP L 84607 S 27.02.2008, su argumento).

En consecuencia, se desestima el agravio formulado en este tramo, manteniéndose la imposición de las costas generadas por la procedencia de la acción, al codemandado D. C. en su condición de vencido (arts. cit.).

VIII. Como los agravios dan la medida de la competencia de esta alzada (arts. 260, 261 y 266 CPCC), en base a los fundamentos expuestos, citas legales y jurisprudenciales, propongo:

1. Declarar la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyCN en cuanto al plazo de dos años que prevé como tope al ejercicio del derecho invocado.

2. Modificar la sentencia apelada del 10.06.2022 y hacer lugar a la demanda promovida por S. D. G. contra D. C., otorgándole la atribución del uso de la vivienda familiar sita en calle Churrinche n° 35 de la localidad de Cariló, hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas (A.C.). Con costas de la instancia de origen al demandado vencido.

3. Hacer lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por A. C. y A. C. y desestimar la pretensión incoada a su respecto. Con costas de la instancia de origen a la actora vencida (arts. 14 bis, 16, 18, 75 inc. 22 de la CN; 3, 23, 27 y 28 de la Convención sobre los Derechos de los niños/as y adolescentes; 1, 2, 19, 24, 29 del Pacto de San José de Costa Rica; 2, 3, 6 y 7 incs. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 24 de la Convención Americana; Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17; Recomendación General 28 de la C.E.D.A.W., párr. 18; 1, 2, 3, 9, 443, 526, 659, 706, 709, 710, 711 y concs. del CCyCN; 1277 del CC; 34 incs. 4 y 5, 68, 163 incs. 5 y 6, 242, 266, 272, 274, 345 inc. 3, 354, 375, 384 del CPCC; 4, ley 13.298; 1, 2, 3, 4, 5, 7, 16 ley 26.485).

4. Las costas de esta instancia se impondrán en el siguiente modo: por el progreso de la acción, a la parte demandada D. C. en su condición objetiva de vencido y la oponibilidad de fecha 17.08.2022.

Por el rechazo de la pretensión respecto de A. y A. C., a la parte actora, por iguales razones y la oponibilidad del 10.08.2022 (arts. 68, 274 del CPCC).

Con la modificación propuesta, voto parcialmente por la afirmativa.

La señora jueza doctora Galdos adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

I. La sentenciante de grado dispuso que, a los fines de regular los honorarios de los letrados intervinientes, deberá acompañarse la valuación fiscal del inmueble, con cita de los arts. 27 “inc. 1” (sic) y 45 y conc. de la ley 14.967.

Señala la actora en su expresión de agravios que, de estar a ello, se tomaría una base irrisoria dado que la valuación fiscal no se encontraría actualizada.

El demandado entiende incorrecto establecer como pauta la valuación fiscal, dada la naturaleza del litigio. Estima que deberá estarse al art. 9 -ap. I- inc. e de la ley 14.967, desde que el caso está comprendido dentro de las acciones judiciales en que se debaten derechos de familia, no estrictamente patrimoniales.

II. Cabe recordar que el objeto de este proceso versó sobre la atribución del uso del inmueble que supo ser el hogar de la familia, como quedó expuesto en la cuestión anterior, como un efecto propio de la finalización de la convivencia, derecho analizado con independencia de la calificación del bien y de los derechos reales o contractuales que las partes pudieran tener en estricta relación al mismo (arg. art. 526 del CCyCN).

A los fines arancelarios, sabido es que la naturaleza del asunto en modo alguno resulta ajena, pues debe atenderse al interés puesto en juego por los litigantes mediante la actuación del o la profesional del derecho, en función de un criterio prudencial y equitativo que contemple razonablemente lo señalado, a fin de fijar una justa retribución (arts. 2 y 3 del CCyCN).

Teniendo en cuenta lo anterior, no aprecio conveniente identificar la cuantía económica del presente con el valor pecuniario del inmueble, establecido según las pautas art. 27 de la ley arancelaria, en orden al carácter personal y, a su vez, transitorio de la operatividad del instituto de la atribución del hogar (arg. arts. 1, 9, 10, 15, 16 y conchs. de la ley 14.967; 526 y conchs. del CCyCN).

La finalidad de una equitativa retribución se vería desdibujada si la base para efectuar el cálculo del honorario se tomara en función de aquella norma, en un asunto donde sólo ha estado en tela de juicio la atribución del uso del inmueble familiar, que no se vertebra en una autónoma polémica sobre derechos inherentes al mismo.

En tal sentido, se ha expuesto que el art. 27 de la ley arancelaria no es aplicable en todos los juicios en los cuales se controviertan derechos sobre inmuebles, sino que es necesario que los derechos en litigio tengan conexidad con el dominio o la posesión de tales bienes (Hitters -Cairo, "Honorarios de abogados y procuradores", Buenos Aires: Lexis Nexis, año 2007, pág. 314 y jurisprudencia allí anotada, enunciando los autores los supuestos que consideran inmersos en esa norma, como las acciones referentes al dominio, condominio, interdictos, posesorias, confesorias, servidumbres, etc.), extremos que no aprecio configurados aquí.

Es que el supuesto genérico contemplado por ese precepto legal no puede ser aplicado sin contemplar las características propias que cada caso presenta, en desmedro del espíritu que le da sustento a aquella prescripción.

En definitiva, en este marco, parece ajustado a derecho y a la naturaleza de lo debatido que, en su oportunidad, se determine la base regulatoria de este asunto sobre atribución del uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta la pauta regulatoria que surge del art. 9, apartado I-1 inc. e de la ley 14.967.

En consecuencia, propongo dejar sin efecto lo dispuesto en la sentencia apelada en este acápite, en cuanto dispuso que se debe acompañar la valuación fiscal del inmueble de autos a los fines regulatorios (arts. cit.).

Ello torna abstracto el tratamiento del agravio expuesto por la actora al respecto, por haber perdido virtualidad frente a lo propuesto (arg. art. 242 del CPCC).

Voto por la negativa

La señora jueza doctora Galdos adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.

A la tercera cuestión planteada el señor juez doctor Janka dijo:

Conforme se han votado las cuestiones anteriores, corresponde:

1. Declarar la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyCN en cuanto al plazo de dos años que prevé.

2. Modificar la sentencia apelada del 10.06.2022 y hacer lugar a la demanda promovida por S. D. G. contra D. C., otorgándole la atribución del uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas (A.C.). Costas de ambas instancias al demandado vencido.

3. Hacer lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por A. C. y A. C. y rechazar la pretensión incoada a su respecto, con costas de ambas instancias a la actora vencida.

4. Dejar establecido que la base regulatoria deberá fijarse teniendo en cuenta la pauta que surge del art. 9, apartado I-1 inc. e de la ley 14.967 (arts. cit.).

Así lo voto

La señora jueza doctora Galdos votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el presente acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

De conformidad al resultado que instruye la votación del acuerdo que antecede, fundamentos, citas legales y jurisprudenciales que se dan por reproducidas:

1. Se declara la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyCN en cuanto al plazo de dos años que prevé.

2. Se modifica la sentencia apelada del 10.06.2022, se hace lugar a la demanda promovida por S. D. G. contra D. C., y se le otorga la atribución del uso de la vivienda familiar, hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas (A.C.). Costas de ambas instancias al demandado vencido.

3. Se receptan las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por A. C. y A. C. y se rechaza la pretensión incoada a su respecto, con costas de ambas instancias a la actora vencida.

4. Se deja establecido que la base regulatoria deberá fijarse teniendo en cuenta la pauta que surge del art. 9, apartado I-1 inc. e de la ley 14.967.

Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase por la vía que corresponda.

Suscripto y registrado por el Actuario firmante en la ciudad de Dolores, en la fecha indicada en la constancia digital de la firma (Ac. 3975/20 SCBA).

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 09/02/2023 09:46:17 - JANKA Mauricio - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/02/2023 12:09:19 - GALDOS Daniela - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/02/2023 12:14:18 - FERNANDEZ Gaston Cesar -
SECRETARIO DE CÁMARA

%7^è+p%

236200118005285126

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - DOLORES

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 09/02/2023 13:17:43 hs. bajo el número RS-2-2023 por FERNANDEZ GASTON.