



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

97759/2019

F F, V J Y OTROS c/ D, E A D C D J s/ MEDIDAS
PRECAUTORIAS

Buenos Aires, 16 de octubre de 2020.

AUTOS Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I. Vienen las presentes actuaciones a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la resolución dictada el 19 de agosto próximo pasado

El pronunciamiento recurrido hace lugar a la pretensión incoada por la demandada y, en consecuencia, le atribuye a aquélla y a su hija menor de edad, el uso de la vivienda de la calle , de esta ciudad, hasta tanto se encuentre firme la sentencia de liquidación de la comunidad de bienes, en el proceso que oportunamente se inicie a tales fines. Impone las costas al demandado vencido. Determina que, llegado el momento, se resolverá si procede extender su uso y, en su caso, por qué plazo y bajo que modalidad. Dispone, además, el reintegro a dicho domicilio de la accionante y sus dos hijas de menores de edad.

II. Funda sus agravios el recurrente en el memorial que digitaliza el 5 de septiembre de 2020, los que son replicados por la actora mediante la presentación digital de fecha 15 de septiembre de 2020. La Sra. Defensora de Menores e Incapaces ante esta alzada, dictamina el 09 de octubre de 2020, propiciando la confirmación de la resolución recurrida.

En prieta síntesis puede apuntarse que, en primer término, el demandado se agravia de la contradicción en que, a su entender, incurre la "a quo", al haber fallado a favor de la accionante como si se tratara de un trámite cautelar, luego de haber impreso el trámite incidental a la presente acción. Sostiene al efecto que existe una clara y evidente violación al principio de congruencia, al incurrir la "a quo" en contradicción con lo sostenido con anterioridad.



Refiere, pues, que el fallo recurrido es resultante de un claro intento de ocultar los errores de la actora por la ausencia de prueba y de resolver en favor de su pretensión, ignorando el debido proceso estructurado, insoslayablemente, sobre la prueba de los hechos que acusa, siendo determinante para la aplicación del derecho.

Critica, luego, que se haya admitido la pretensión de la accionante apartándose de los principios que gobiernan la prueba, avalando arbitrariamente el incumplimiento de la actividad probatoria de la pretensora, indicando que el pleito se decidió por las meras manifestaciones de la actor, cuando no existe en el expediente conexo, más allá de los dichos de la accionante, ningún informe o prueba que refiera estar comprometida la vivienda familiar de las menores y/o insatisfechas las necesidades habitacionales que aduce.

Reprocha la valoración que se hace de la prueba referenciada como existente en conexo sobre denuncia de violencia familiar, sostenido en dos hechos falsos que alega la accionante: el carácter familiar de la vivienda sobre la que se peticiona la medida y un pedido de reintegro a dicha vivienda que nunca habitó ni ocupó, siquiera provisionalmente.

Manifiesta erróneo que la "a quo" haya declarado que el contrato de comodato oneroso celebrado con relación al inmueble con un tercero ajeno al proceso, no resulte oponible a la actora y a la hija menor, cuando se base tal declaración en un argumento que asevera falso, al haberse insinuado una presunta intencionalidad y mala fe de su parte. Se queja de lo que señala como una extralimitación cargada de parcialidad en la que incurre la magistrada de grado, al suponer que el demandado prefiere que el inmueble sea ocupado por una extraña, antes que por su propia hija. Se agravia, además, de que se ordene la atribución de uso de un inmueble cuando se encuentra ocupado por un tercero en virtud de un contrato oneroso, situación que informa la en autos la propia actora.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Objeta, a continuación, que la primer sentenciante haya declarado de oficio la nulidad del contrato de oneroso alterando su decisorio los términos en que quedó trabada la litis, rebasando el objeto de la acción, en la cual no intervino la comodataria. Afirma, así, que la mera mención a la nulidad por falta de asentimiento de la actora respecto de un inmueble habitado por un tercero en virtud de un contrato oneroso, a su entender resulta violatorio de los principios de bilateralidad y debido proceso, así como de la seguridad jurídica y de la garantía de defensa en juicio.

Insiste en lo arbitrario del fallo que recurre y en caracterizar como un error de derecho inexcusable la declaración de oponibilidad del contrato por la juez de grado, atribuyendo la vivienda ganancial que no constituye la vivienda familiar, siendo este ocupado por un tercero extraño a la litis, omitiendo su citación como requisito intrínseco de admisibilidad indispensable para obtener una sentencia favorable.

Afirma, con base en ello, que contrariamente a lo sostenido por la "a quo", el interés visiblemente protegido en la resolución recurrida es el de servir a los intereses patrimoniales de la accionante, cuando no existen dudas que el planteo de atribución de la vivienda familiar por la ex cónyuge es una pretensión poco disimulada de una adjudicación encubierta de un inmueble que nunca habitó y que cuando estuvo casada permaneció desocupado, y cuya ganancialidad ha cuestionado el demandado, siendo que no puede desmentir la actora la inexistencia de aportes económicos de su parte para la adquisición del bien.

III. Descripto brevemente el marco conceptual del presente recurso, en un primer acercamiento a las cuestiones que motivan los agravios del demandado, no puede el tribunal dejar de puntualizar que se aprecian inadmisibles las críticas centradas en la afectación del principio de congruencia, cuando el análisis efectuado por el sentenciante de grado, quien clarificó la motivación ante cada



una de las aristas que presenta el caso, explicitando las situaciones de hecho y derecho que fundamentan su decisión, no vulnera los principios de plenitud y congruencia (artículos 34, inc.4°, y 163, inc.1°, del Cód. Procesal), en tanto la resolución da cuenta de la relación inmediata y necesaria que debe existir entre la pretensión de la parte y lo decidido. Así, a pesar de lo afirmado en contrario por la apelante, se falla sobre los hechos alegados y la sentencia interlocutoria contiene la decisión sobre la petición deducida, encuadrada conforme la ley.

Por lo demás, el hecho de haberse negado a la accionante la posibilidad de tramitar su pretensión "in audita pars", disponiéndose -acertadamente- la previa sustanciación con el demandado por la vía prevista por los arts.180 y sgts. del Código Procesal (ver resolución del 13/12/2019), ensanchó el ejercicio del derecho de defensa en juicio del demandado, al disponer la previa sustanciación, debate y la posibilidad de valerse de la prueba que se estimara conducente al efecto. En tales condiciones, no advierte el tribunal que ello pueda haber acarreado al recurrente un gravamen irreparable.

IV. Superada la alegación de la parte apelante sobre una supuesta violación del principio de congruencia, en segundo término, a igual conclusión cabe arribar en punto a la incorrecta valoración de la alegada inexistente actividad probatoria de la pretensora. Es que en marco de la presente "acción protectoria", de tinte exclusivamente cautelar, el razonamiento judicial fundado en los elementos de juicio disponibles en el proceso, que emergen, principalmente, de los indicios presuntivos que constan en los procesos conexos (Exptes. 73106/2019; 101.894/2019 y 103.488/2019), permiten corroborar la hipótesis aceptada, como suficientemente probada, por la "a quo", en el marco de la presente "acción protectoria" de tinte exclusivamente cautelar.

Ello y el déficit de esfuerzo probatorio por parte del ///.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

recurrente, conlleva a que se encuentre sellada la suerte adversa de estos los reproches vertidos sobre este tópico en particular, cuando en modo alguno la resolución apelada implica un decisorio de mérito que declare otros derechos más que el de la atribución del uso de la vivienda familiar, respecto del inmueble de autos, y en tanto el apelante no ha rebatido con eficacia la determinación judicial de los hechos relevantes en que se apoya la resolución, al no aportar en esta instancia antecedentes que posean la aptitud de proporcionar otra información específica sobre los hechos alegados por la pretensora, que permitan apartarse de las conclusiones a las que arriba la primer sentenciante, en la aplicación de la norma contenida en el artículo 443 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, no ha logrado rebatir hechos determinantes en la valoración de la primer sentenciante, tales como: el divorcio decretado el 02/02/2020 entre las partes; la exclusión del hogar del demandado, del inmueble en cuestión; que tanto la menor, hija de ambas partes, como su hermana también menor de edad, viven con su progenitora, quien detenta su cuidado personal; que se encuentran comprometidas las necesidades habitacionales de las menores; y que el destino de la adquisición del inmueble de autos no fuera para la vivienda del grupo familiar).

Evidentemente, la parte demandada no halló adecuado convencimiento en el análisis de la situación, su interpretación y la aplicación del derecho, de ahí su yerro en persistir en su postura sin esgrimir otros argumentos que rebatan los fundamentos de la juez de grado sobre el particular.

V. Llegados a este punto, es útil recordar que la protección de la vivienda es uno de los ejes centrales del ordenamiento jurídico de protección de derechos fundamentales y una de las maneras de protección prevista es a través de la atribución del uso de la vivienda que fue sede del hogar familiar. Esta atribución trae aparejada una restricción al derecho de propiedad que tiene como



fundamento a la solidaridad familiar y que en caso de confrontación de derechos debe primar. Pues lo que se busca es proteger al más vulnerable, sin importar las causas de la ruptura ni el tipo de unión que se trate.

Así, el artículo 443 del Código Civil y Comercial establece que: “Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.

En cuanto a la interpretación de la norma se ha sostenido que la atribución de la vivienda familiar, es decir, quien se queda en el hogar en que hasta ahora convivía el grupo familiar, es uno de los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial. Para tal fin, el precepto en análisis establece una serie de pautas objetivas y orientadoras para que el juez decida la atribución de la vivienda familiar, como así también determinar el plazo de duración y los efectos del derecho de uso, con total independencia del carácter propio o ganancial que revista el bien en cuestión. Como se ha reiterado, la vivienda constituye un derecho humano que cuando involucra a la familia se entrecruza con otro derecho como lo es la protección integral de la familia. En el caso del divorcio, la cuestión a determinar será a cuál de los cónyuges le será atribuido el uso, quién será reconocido como titular de un derecho de uso que tiene una naturaleza especial. La atribución de este derecho requiere en principio que uno o ambos cónyuges sean titulares de un derecho (propiedad, locación, usufructo, etc.) que les faculta al uso o goce de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

la vivienda familiar, pues si ésta se disfruta sin título, difícilmente la atribución del uso será defendible frente al tercero titular que podrá ejercitar las acciones que correspondan (conf. Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo Luis: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° II, págs.770/771).

Si bien el orden de las pautas que refiere el art.443 no debería indicar preeminencia de una sobre otra, no cabe duda de que quien quede a cargo del cuidado de los hijos tendrá un derecho preferente a solicitar la atribución de la vivienda y ésta será la pauta más importante a tener en cuenta por el juez (Bueres, Alberto J., dirección, “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 2016, T.2, Arts.401-723, pág.148/149). La persona a quien se le atribuye la custodia de los hijos representa el criterio mayoritario de todas las decisiones donde se resuelve la atribución del hogar y hay hijos menores de edad, y se traduce en la protección del grupo familiar más numeroso (Rivera, Julio César y Medina, G., Directores, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. La Ley, 2014, v.2, pág.91).

Así, con referencia a la pauta prevista en el inciso a) se sostiene que el fundamento de esta disposición admite una distinción. Por un lado, comprende la tutela de los derechos de los hijos, quienes requieren de la protección de sus padres —aún divorciados— para su desarrollo integral, incluso o básicamente en el aspecto habitacional. Se trata en definitiva, de una “manifestación del principio del interés del menor”, que la jurisprudencia nacional ya había receptado en forma pacífica. Pero a su vez, se tienen en consideración las mayores dificultades que puedan presentarse a aquel de los progenitores a quien le es otorgado el cuidado de los hijos para procurarse una vivienda, justamente por las restricciones de tiempo y esfuerzo que tal cuidado demanda (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y



Lloveras, Nora, Directoras, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, T. 1, pág.498).

La atribución del uso de la vivienda familiar alcanza así una trascendencia que supera a los cónyuges y que lleva a una evaluación de la totalidad de los elementos que configuran la situación familiar, reparando esencialmente en las condiciones económicas, sociales, las actividades laborales, y la existencia de hijos menores de edad. Con respecto a los derechos de estos últimos, de analizar el texto de la norma, surge que, en primer término, se resuelve el supuesto de matrimonio con hijos, anteponiendo siempre el interés de estos últimos (Iglesias, Mariana Beatriz y Krasnow, Adriana Noemí, “Derecho de las familias y las sucesiones”, LL.2017, 270), siendo que los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación” (Herrera, Marisa y Pellegrini, María Victoria: “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”) y que los tribunales en las medidas referidas a los niños deben atender el interés superior del niño (art.3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

Si bien el orden de las pautas que refiere el art.443 no debería indicar preeminencia de una sobre otra, no cabe duda de que quien quede a cargo del cuidado de los hijos tendrá un derecho preferente a solicitar la atribución de la vivienda y ésta será la pauta más importante a tener en cuenta por el juez (Bueres, Alberto J., dirección, “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 2016, T. 2, Arts.401 - 723, pág.148/149). Analizando el texto, surge que, en primer término, se resuelve el supuesto de matrimonio con hijos, anteponiendo siempre el interés de estos últimos (Iglesias, Mariana Beatriz y Krasnow, Adriana Noemí, “Derecho de las familias y las sucesiones”, LL.2017, 270). La persona a quien se le atribuye la custodia de los hijos representa el criterio





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

mayoritario de todas las decisiones donde se resuelve la atribución del hogar y hay hijos menores de edad, y se traduce en la protección del grupo familiar más numeroso (Rivera, Julio César y Medina, G., Directores, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, 2014, v.2, pág.91).

En ese cauce de ideas, aunque la vivienda cuya atribución se pretende nunca reunió las características de vivienda familiar, (cuestión con respecto a la que las partes se encuentran contestes), no merecen atención los principales postulados de la pretensión recursiva que cuestionan la atribución de uso de un inmueble con tal motivo. Es que, si bien la atribución, en principio, no está prevista respecto de cualquier bien, sino sobre aquel donde habitaba el grupo familiar, de manera permanente y estable hasta el quiebre de la convivencia, entendemos que en algunos casos, esta regla puede ceder, cuando las circunstancias del asunto así lo permitan, y la solución posibilite ofrecer una mejor protección a los intereses de los menores que integran el núcleo familiar.

Coincidimos por ello con lo considerado por la "a quo" que prioriza que las niñas mantengan su centro de vida, y lo ya expresado en doctrina, en cuanto a que la atribución puede ser acordada o resuelta no sólo respecto al inmueble que reviste como condición el lugar donde habitaba el grupo familiar hasta el quiebre de la convivencia, sino también con relación a otro inmueble sobre el cual los cónyuges tengan un derecho a uso más efectivo que sobre aquél en el que habitaban durante la convivencia (Ver Pellegrini, María Victoria en Kemelmajer—Herrera—Lloveras, "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, t.I, pág.442 y ss.; Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala B, "O., V. A. c/S., D. R. s/Cuidado personal - régimen de comunicación - alimentos y atribución del hogar", del 07/12/2018, La Ley online, Cita: AR/JUR/89277/2018)

Así fue resuelto en distintos precedentes del Tribunal ///.



Supremo y del Tribunal Constitucional de España. El punto es que precisar “vivienda familiar” puede presentar ciertas particularidades. Por lo tanto, para determinar qué debe entenderse por “vivienda familiar” es necesario recurrir a otros elementos que no se reducen a la mera constatación del lugar donde vivía el grupo familiar, sino que aquello verdaderamente relevante es procurar resolver la cuestión habitacional a la parte más débil, en concordancia con el principio de solidaridad familiar que rige la regulación actual de las relaciones familiares (conf. Pellegrini, op. cit., ídem, págs. 492/494).

De acuerdo con las consideraciones precedentemente expuestas, la precisión de “vivienda familiar” no debe limitarse a la que fuera sede del hogar familiar, sino que resulta relevante dar solución a las condiciones de habitación del grupo familiar, básicamente de los menores. Mas aún en el caso de autos, donde el progenitor recurrente no ha logrado rebatir que la adquisición de dicho bien durante el matrimonio fue el proyecto de vida de la familia cuando las partes aún seguían conviviendo, ni la necesidad habitacional que presentan las menores ante la denunciada inminencia de la venta del inmueble -de propiedad del padre de la actora- que habitan.

Además, es de remarcar que la pretensión que aquí se discute es la normada en el art.443 del Código Civil y Comercial, por lo que resultan estériles las alegaciones respecto del carácter ganancial o propio del inmueble en cuestión, ya que ello es materia de otro eventual pleito entre las partes (conf. art. 475 y sigs., CCCN). Ello, sin perjuicio del eventual derecho derivado de lo dispuesto en el art. 444 del mentado ordenamiento.

Finalmente, cuadra señalar que el contrato de comodato oneroso celebrado por el accionado con un tercero ajeno al proceso, no puede obstar a la atribución de la vivienda que decide la "a quo", a poco de verificarse que el mismo fue suscripto el 02 de enero de 2020, con posterioridad a la promoción de las presentes actuaciones donde





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

se solicita la atribución del mismo como vivienda familiar. Y, en ese entendimiento, en tanto deviene una cuestión ajena al objeto de este proceso, los postulados de la pretensión recursiva que sostienen la necesidad de integrar la litis con la comodataria denunciada, tampoco merecen atención.

Si bien es cierto que no fue el asiento de la vivienda familiar, dada la calificación del bien -que fuera determinada al momento de adquirir dicho inmueble- y lo resuelto precedentemente, la cuestión referente a la disposición de derechos sobre el mismo, se inscribe, en primer término, dentro del primer plano de la regulación en resguardo de la vivienda familiar, esto es, respecto a las relaciones internas, específicamente, respecto a la vida familiar matrimonial entre los ex cónyuges; ello, a más de la incidencia respecto de terceros pues, al hacerse lugar a la pretensión de atribución de uso y en la medida de su inscripción registral, la misma les resulta oponible.

El Código Civil y Comercial consagra la protección de la vivienda familiar dentro del denominado “régimen primario”, aplicable a cualquier régimen patrimonial del matrimonio, de tal modo tutela la vivienda que reconoce carácter “ganancial”, la que es “propia”, al tiempo que ahora también extiende la protección a la vivienda personal de cualquiera de los cónyuges bajo régimen de separación de bienes, y a la vivienda; y se abandona el criterio diferenciador entre actos de disposición y de administración, y considera necesario el asentimiento para los actos que impliquen “la disposición de derechos”, término comprensivo de todos los derechos reales y personales: venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, y la locación.

VI. Finalmente, a pesar de lo sostenido por la apelante en sus últimas quejas, en punto a la excesiva discrecionalidad que alega haber consagrado el pronunciamiento que impugna, no puede acogerse el postulado recursivo que sostiene la arbitrariedad de la



decisión recurrida, cuando la misma se autoabastece en su motivación, en tanto explicita los argumentos de derecho y de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, dando oportunidad a los justiciables de fiscalizar el proceso reflexivo de la magistrado de grado, quién, a nuestro criterio, ha cumplido con el deber jurisdiccional (de resolver) plasmado en el artículo 3° del Código Civil y Comercial que reza que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

VIII. Tocante a las costas de alzada, si bien sobre los aspectos que fueran objeto de agravio ha resultado vencida la parte apelante, se presentan circunstancias objetivas que habilitan la aplicación del segundo párrafo del art.68 del CPCCN al verificarse que la norma puede dar lugar a interpretaciones como la efectuada por este tribunal, sin desmedro de que no existe jurisprudencia y doctrina consolidadas en la materia, por lo que bien pudo el demandado considerarse con derecho a resistir la pretensión de la actora. En consecuencia, se deben distribuir las costas de esta instancia en el orden causado (conf. art. 68, 2° párrafo del CPCCN).

En mérito a lo considerado y concordando con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores ante esta Cámara, el Tribunal, RESUELVE: Confirmar la resolución de fecha 19 de agosto de 2020. Con costas de alzada en el orden causado (art.69 del Código Procesal).

Regístrese. Notifíquese a las partes y al Ministerio Pupilar. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. (Acordada n°15/13, art.4°) y devuélvanse digitalmente las actuaciones a la instancia de grado.

Se deja constancia de que la Vocalía n°30 se encuentra vacante.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Fecha de firma: 16/10/2020
Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA



#34456070#270798929#20201016123206765