



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Dolores, a los catorce días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 98.167, caratulada: "G.A.P. C/ P.C.V. H. Y/O OCUPANTES, TENEDORES, INTRUSOS U OCUPANTES S/ DESALOJO", 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 María R. Dabadie.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 132/136 ?

Segunda cuestión ¿Qué corresponde decidir?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA DIJO:

I. Vienen las actuaciones a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 137, contra la sentencia de mérito dictada a fs. 132/136. Concedido libremente a fs. 138, ya en esta Alzada se sustentó con el escrito de fs. 161/169, que mereció réplica de la contraria a fs. 171/185.

En fecha 04.10.2019 la Asesora de Incapaces contestó la vista conferida a fs. 187, y practicado el sorteo de fs. 190 pasaron los autos a estudio (arts. 263, 265 del CPCC).

II. a) P. G. A. promovió acción de desalojo contra V.P.C. y/u ocupantes, tenedores e intrusos, invocando su carácter de propietaria del inmueble sito en la calle Espinoza n° 661 de la localidad de Ostende, Partido de Pinamar.

Relató que cesada la convivencia con quien fuera su cónyuge, ambos dejaron la vivienda ofreciéndola ella en locación a terceras personas, lo que no pudo ser llevado a cabo al haber luego el demandado reingresado a la casa como intruso (fs. 16/22).

b) El demandado contestó la acción por sí y en representación de los hijos menores de edad de ambas partes (v. certificados de nacimiento de fs. 1 y 2 de la causa n° 34.125, agregada por cuerda y que tengo a la vista), planteando la excepción de falta de legitimación pasiva y activa con sustento en que los niños serían copropietarios del bien, según acordaran las partes antes o al momento de disolverse la sociedad conyugal. Señaló subsidiariamente que la vivienda es un bien ganancial, en virtud de las construcciones hechas durante la vigencia del matrimonio, con su patrimonio (fs. 39/61).

c) La iudex a quo hizo lugar a la demanda y condenó a P.C. a desalojar la vivienda; ordenó intimar a quien habita el inmueble con la niña/adolescente, para que en el plazo de diez días arbitre los medios a su alcance para asegurarle una vivienda digna (art. 75 inc. 22 CN; art. 3, 27 ap. in fine de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849).

Confirió intervención inmediata al Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la ciudad de Pinamar, para que en el caso de no obtenerse resultado positivo en el plazo otorgado, se brinde respuesta a la necesidad habitacional referida, previo a efectivizarse el lanzamiento.

Para así decidir consideró la sentenciante que de la documental acompañada surge la legitimación de la actora para reclamar el desalojo, por resultar el inmueble un bien propio no ganancial; advirtió en relación a las mejoras, que el demandado deberá iniciar las acciones que estimare corresponder.

Señaló además que el convenio donde las partes habrían pactado que el inmueble "sufriría la modificación de titularidad en favor de nuestros hijos" alegado por el ex cónyuge demandado, no fue finalmente homologado según la sentencia del 11.12.2015 dictada en el proceso de divorcio, tramitado ante su Juzgado de Paz Letrado –expte. n° 34.125-.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

III. a) De lo así resuelto se agravia el demandado al reputar que la jueza de grado ha valorado la prueba de manera absurda y arbitraria.

Aprecia que en el caso no surge clara la obligación de restituir, no sólo porque la accionante acordó modificar la titularidad del bien -no obstante la falta de homologación de lo pactado- sino porque la hija de ambos litigantes, habita en el inmueble junto a su parte.

Estima en ese sendero que la acción debe ser desestimada con igual criterio con que se lo hizo al rechazarse la entrega anticipada en los términos del art. 676 bis del CPCC –por auto emanado de esta Alzada, en la causa nº 98167- al no haberse producido luego otra prueba que sustente la pretensión.

Se explaya sobre las mejoras introducidas y la prueba que las acreditaría, extremo que -a su entender- coadyuva a su postura y a la ganancialidad del bien que alega.

Afirma en definitiva que los aspectos introducidos y acreditados por su parte son suficientes para desestimar la acción, pues quedan excluidos de su ámbito los que exceden el conflicto vinculado a la tenencia o uso de la cosa.

Finalmente, se queja de la imposición a su cargo de las costas de la instancia de origen, al sostener que se trata de una situación dudosa que -sumado al superior interés de la niña/adolescente que habita con él- justifica la excepción al principio objetivo de la derrota.

b) Al contestar los agravios a fs. 171/185, la parte actora sostiene resumidamente que la sentencia dictada se ajusta a derecho por ser ella la propietaria del bien e intrusa su contraria. Señala que no surge acreditado el aporte económico para la construcción de mejoras que denuncia el demandado; también que éste se mudó en un principio a una vivienda de su propiedad lindante a la que se pretende desalojar, quedando ésta desocupada para ser alquilada en verano a integrantes del Operativo Sol; proyecto malogrado dada la posterior intrusión invocada.

Afirma que P.C. utiliza el principio del interés superior del niño como mero argumento de retención de la vivienda que debe restituir, pudiendo en realidad mudarse a su propia casa lindera si lo que desea es convivir con su hija.

Esgrime que el demandado no ha acreditado acto posesorio alguno. Finalmente, que esta acción de desalojo es producto de una cuestión de violencia de género dada entre las partes y en relación a los niños; y que de las actuaciones relacionadas surge evidente que la actora dejó la casa como consecuencia de esa violencia ejercida en su contra, como así también lo fue la posterior ocupación y/o intrusión.

IV. Entrando al tratamiento de la cuestión suscitada, estimo necesario delimitar aunque más no sea de manera acotada, el objeto del proceso de desalojo y los extremos necesarios para la procedencia de la acción, a fin de determinar si de acuerdo a las circunstancias fácticas dadas, surge en el caso nítida e indudable, la obligación de restituir por parte de quien ha sido demandado (conf. art. 676 in fine CPCC).

En esa tarea, he de comenzar diciendo que el juicio de desalojo es aquel que tiene por finalidad una prestación que compete al propietario, al poseedor y aún al simple tenedor, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que está ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso, aunque sin pretensiones a la posesión. Así, procede respecto de locatarios, tenedores precarios, intrusos o cualquier otro ocupante, cuya obligación de restituir sea acreditada.

En cuanto a las cuestiones que quedan excluidas de su ámbito -en tanto exceden el conflicto vinculado a la mera tenencia o uso de la cosa-, son las relacionadas con toda pretensión real derivada de la posesión o propiedad sobre el inmueble, debiendo en estos casos recurrirse al juicio de conocimiento pleno pertinente; como así también cualquier otra materia o aspecto que de manera verosímil se constituya en un obstáculo para la justicia de la pretensión (arts. 676 y concs. del CPCC).

V. Con base en estos parámetros, lo primero que surge al analizar las constancias de la causa (por supuesto de una manera más exhaustiva que al hacerlo cuando se desestimó la entrega anticipada del bien en la causa de esta Alzada nº 97426 –resol. del 06.12.2018) es que la actora ha acreditado ser la titular registral del inmueble según el certificado de dominio de fs. 8/10 y la escritura pública que en copia certificada luce a fs. 11/14 (fs. 15) de fecha 03.07.2007 (arts. 1887 inc. a, 1890 primera parte, 1892, 1893 y concs. del CCyCN; 375 del CPCC).

Tales constancias resultan suficientes para demostrar el carácter invocado y su legitimación para accionar (arts. cit.), sin perjuicio de lo alegado por el demandado en relación a un acuerdo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

habido sin homologar, sobre la modificación de esa titularidad registral en favor de sus hijos, punto sobre el que volveré.

Pero como es sabido, la procedencia de la acción de desalojo no depende pura y exclusivamente de la calidad de propietaria del bien, sino que a su vez debe ser demostrada la obligación de restituir de quien es demandado o su carácter de intruso (arts. 375, 384 y 676 del CPCC).

Con ese fin, refiere la actora en su escrito inicial que luego de dejar la vivienda, P.C. hizo lo propio; y que luego la ofreció en alquiler a integrantes del Operativo Sol para la temporada 2017/2018.

Que no obstante, nunca se concretó esa locación al haber el demandado reingresado a la propiedad por la fuerza y como intruso, ocupándola sin su permiso desde el mes de noviembre del año 2017 e impidiendo su alquiler, según indica (fs. 18).

La contraria niega expresamente esa condición de intruso atribuida (art. 354 inc. 1 del CPCC; fs. 48/49 del escrito de contestación).

Por lo que, en consecuencia, cabe examinar si P. G.A. -de acuerdo a la carga que el art. 375 del CPCC le impone- ha producido prueba que avale los hechos controvertidos invocados en sustento de su pretensión, no obstante haber demostrado ser la propietaria del bien como indica al contestar la expresión de agravios.

Se trata el intruso del ocupante circunstancial, sin base ni pretensión jurídica alguna, que se ha introducido en el inmueble por un acto unilateral sin acuerdo de quien debía prestarlo y cuya ocupación transitoria es mera tenencia sin animus domini (SCBA, DJBA 125-186, citado en Morello y otros, "Código...", ed. Abeledo Perrot, última edición, tomo VII, pág. 1138).

Explicitando aún más el concepto, se ha reafirmado que el intruso y el precario tenedor no tienen una equivalencia gramatical ni jurídica; mientras el tenedor o detentador precario siempre tiene, o ha tenido, un título a la ocupación, aunque pueda ser discutido, en cambio el

intruso no es nada de eso. Éste último es un usurpador, en potencia o en acción, con base operativa de clandestinidad. No ha recibido la cosa de nadie, ni se le ha hecho la tradición de la misma, y su ocupación se ha logrado a espaldas del dueño o del poseedor, o del simple tenedor, aprovechando del descuido o desconfianza de éstos (obra citada, pág. 1138, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Invocada aquí esa calidad respecto del demandado y luego negada por éste, la actora debió probar la intrusión (art. 375 cód. cit.).

Sin embargo, el hecho alegado que el inmueble hubiera quedado en un primer momento libre de ocupantes por haberse el demandado mudado a una vivienda lindera de su propiedad y que luego volviera a ocuparlo sin permiso, carece de sustento probatorio.

Como así también que el bien hubiera sido ofrecido en alquiler a integrantes de un Operativo Sol por temporada de verano, pues aunque la actora aluda a un contrato o proyecto de contrato, lo cierto es que no se han agregado al expediente las evidencias a que refiere, ni producido otro elemento de prueba idóneo que respalde sus afirmaciones (arts. 375 y 384 del CPCC).

Es por ello que ante esta debilidad probatoria, mal puede proclamarse que el demandado hubiera ingresado al inmueble como intruso en los términos que indica la actora en su escrito de inicio y reitera al replicar la expresión de agravios.

Aunque cabe anticipar que más allá de esta orfandad, tanto respecto de la promesa de alquiler como de la existencia de una vivienda contigua propiedad del demandado y su supuesta mudanza que han quedado en meras manifestaciones, existen configuradas en el caso una serie de circunstancias de mayor trascendencia, que lejos de justificar la obligación de restituir, la suprimen, aún cuando hubieran sido demostrados aquellos extremos.

Las partes son contestes en que el inmueble fue el asiento del hogar conyugal y de sus dos hijos (v. 18 y fs. 49 vta./50); y según informa el Equipo Técnico interviniente el 20.03.2019 –según las constancias de la Mesa de Entradas Virtual del expediente nº 40.259-, la niña se encuentra al cuidado del padre.

Por otra parte, así lo ha reconocida la madre en estos actuados, al responder a la posición número doce de la absolución de fs. 128 formulada a tenor del pliego de fs. 126/127, que su hija convive con el padre (arg. arts. 402, 409 del CPCC).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es así que ya desde un primer examen de la causa no aprecio un inequívoco deber legal de restituir (art. 676 del CPCC), sino más bien una permanencia en el inmueble que fue asiento del hogar familiar, del padre con la hija de ambas partes, cuyo interés superior se encuentra comprometido y es lo que cabe con prioridad proteger (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

Debo aquí inexorablemente referir a un principio indiscutible en la materia al que siempre los juzgadores hemos de estar; me refiero a la consideración del superior interés de los niños, máxima que de modo necesario ha de orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, cada uno siempre signado por sus características particulares (art. 706 inc. c del CCyCN).

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, su interés moral y material debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso (CSJN, "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN", sentencia del 26/11/2018; Fallos 318:1269; 328:2870; 331:2047).

En ese camino, el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.) dispone que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio mientras se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Puedo afirmar que se trata entonces de ponderar el referido principio protectorio para arribar a una decisión no sólo ceñida a los procedimientos legales o judiciales, sino principalmente, que sea justa y equitativa, respetuosa de los intereses y derechos de aquellos más vulnerables de la relación (art. 706 inc. c) del CCyCN).

Sin duda la situación que surge de la lectura de los procesos existentes entre las partes está teñida de ciertas particularidades personales y sociales que impiden a mi juicio, una aplicación estricta de la procedencia de los mecanismos procesales del desalojo, a tenor del principio protectorio superior referido.

Lo dicho surge de los actuados que en este acto tengo a la vista, sobre divorcio por presentación conjunta –expte. nº 34.125-, sobre homologación de convenio –expte. nº 39.986-, y sobre denuncias por violencia familiar cruzadas entre ambas partes, donde fueron dictadas medidas de restricciones en relación a los progenitores y a los niños –exptes. nº 37.442 y 39.136-; sobre incidente de cumplimiento de cuidado personal –expte. nº 40.259- y sobre cuidado personal unilateral iniciado por el progenitor en relación a ambos niños –expte. nº 41.902- estos últimos visualizados a través de la Mesa de Entradas Virtual.

Ello también analizando la cuestión a la luz de un antiguo precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (Ac. 40420, sent. del 23.04.1990) donde –aunque no idéntico al presente pero análogo en su esencia- se rechazó la acción de desalojo contra un ex concubino con la presencia de un hijo en común en el inmueble, propiciando la adopción de un proceso adecuado para ventilar las situaciones con mayor amplitud probatoria.

Pues cuanto más se ha de aplicar ese criterio, cuando en la actualidad mayor plexo normativo no sólo lo permite, sino que lo exige frente a las circunstancias referidas.

El Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir del 1º de agosto de 2015, recepta la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, lo que se vislumbra con la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos (conf. "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012).

Entre estos aspectos se encuentra el derecho a la vivienda, constituyendo un derecho humano y encontrándose este derecho íntimamente enlazado al concepto de “familia”. Esta institución se encuentra reconocida en nuestra legislación a través de la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a la vivienda digna (arts. 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 23 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Y en el caso concreto, sin hesitación, la protección de la vivienda en favor de los hijos menores de edad traslada el centro de gravedad de la limitada cuestión que hace al proceso de desalojo, a lo asistencial y al interés superior del hijo de ambas partes, desplazando aún el puro interés patrimonial determinado por el cese de la convivencia de los padres.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Esta interpretación se ve a su vez reflejada en el art. 456 del CCyCN (anterior art. 1277 del CC) que restringe el poder de disposición de derechos sobre la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro, con base en ese interés familiar que es primordial (arts. 14 bis de la Const. Nac., 36 inc. 7 de la Const. Prov., art. 456 del CCyCN).

La fórmula utilizada por la norma -de forma más amplia que su artículo predecesor- engloba expresamente a todos los derechos reales y personales que puedan afectar o restringir su uso, según un criterio amplio expuesto doctrinariamente (Medina, Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil, ED, 184-1306, citado por Alberto Bueres en Código Civil y Comercial de la Nación, editorial Hammurabi, año 2016, pág. 187 del tomo 2).

Del mismo modo, tal como lo ha considerado el Máximo Tribunal Provincial (SCBA C. 117566 23/12/2014), es deber de ambos padres la provisión de una vivienda para sus hijos menores de edad y no sólo del padre conviviente.

Es por ello que entiendo que en la especie no es suficiente ordenar -como hace la sentenciante de grado- la intimación a procurar una vivienda digna antes del desalojo, únicamente al padre que ejerce la guarda de hecho (fs. 136).

Además, no se trata de una situación en la que habitan en la vivienda menores de edad que nada tienen que ver con el legitimado activo de la acción de desalojo, sino que se trata de la propia hija de la parte actora. Ello justifica, a mi entender, no sólo la mera intervención del Servicio Local, como se ordena en la mayoría de los supuestos donde se dispone el desahucio, sino la improcedencia de la acción (arts. citados).

VI. A lo anterior cabe adunar –volviendo al punto anticipado en el considerando anterior, segundo párrafo- que la cuestión del supuesto acuerdo habido entre las partes sobre la modificación de la titularidad del bien a favor de los hijos de los ex cónyuges (fs. 29 de la causa n° 34125 agregada por cuerda), no se encuentra al presente suficientemente dirimido, lo cual exige también prudencia frente al acotado margen de este proceso.

La jueza de grado afirma en su sentencia que en el marco de los autos “G. A. Á. P. y P.C.V. H. s/ Divorcio por presentación conjunta” –expte. n° 34.125 que tengo a la vista- surge un convenio donde las partes acordaron que el inmueble objeto de la presente “sufriría la modificación de la

titularidad en favor de nuestros hijos”, acuerdo que –según indica la iudex a quo-, no fue finalmente homologado conforme la sentencia del 11.12.2015 (fs. 134 y vta.).

Sin embargo, analizado ese pronunciamiento (v. fs. 12 de los autos n° 34.125), surge que “... no correspondiendo la homologación de la distribución de bienes (pto. 3.2) en esta instancia hasta que no se dé cumplimiento con la presentación de documentación pertinente y demás cargas impositivas...”, lo cual no se traduce lisa y llanamente en una decisión definitiva al respecto.

Máxime cuando con posterioridad fueron iniciados los autos caratulados “G. A. Á. P. y P.C. V.H. s/ Incidente de homologación de convenio de bienes” –expte. n° 39.986 que también tengo a la vista- de trámite ante el mismo órgano jurisdiccional.

Lo dicho es suficiente decir sobre el punto, pues así lo indica el limitado margen de conocimiento del proceso, sin que queda aquí debatir sobre el derecho respecto de la cosa, sino sólo la existencia de un vínculo entre actor y demandado que obligue a éste a devolver la cosa al primero en virtud de su obligación de restituir, que en el caso no ha quedado demostrado (arts. 375, 676 del CPCC).

Es así que encontrándose aún pendientes de dilucidación cuestiones que tienen directa injerencia con las debatidas en la causa, hallándose asimismo comprometido el interés superior de la niña ya analizado, puedo concluir que no se dan al presente los presupuestos necesarios para la procedencia de la pretensión (arts. 14 bis, 18, 75 inc. 22 y 23 y conchs. de la Const. Nac., 15 y conchs. de la Const. Prov.; 3, 4, 6, 9, 18, 27 y conchs. de la Convención de los Derechos del Niño; 456, 706 inc. c y conchs. del CCyCN; 3, 5 y conchs. de la ley 26.061; 375, 384, 676 y conchs. del CPCC).

VII. Por lo demás, este proceso no es el adecuado para discutir la ganancialidad invocada por el demandado; el codificador ha prescripto las normas atinentes aplicables al abordar la disolución de la sociedad conyugal. Ni tampoco la suerte de las mejoras introducidas al inmueble, las cuales podrán eventualmente ser dirimidas por medio de otra vía.

Asimismo, deviene abstracto el tratamiento del derecho de retención planteado por el demandado a fs. 58, ante la improcedencia de la acción que se propone. Uno de los requisitos de admisibilidad de una pretensión es que su titular exhiba un interés actual en la misma, pues la tutela jurisdiccional está prevista para decidir colisiones efectivas de derechos, ya que no compete a los jueces realizar declaraciones generales y abstractas, no importando la falta de pronunciamiento una frustración de sus pretensiones (SCBA, "Acuerdos y Sentencias": 1961-III-357; 1961-IV618; 1977-I-1110; DJBA., 113-81; 119-810; 120-33; 12147).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

VIII. No he de concluir mi voto sin antes referirme a lo manifestado por la parte actora al contestar la expresión de agravios, vinculado a la cuestión de género a cuya luz observa debería ser resuelto el caso, teniendo en consideración las situaciones de violencia habidas entre las partes, y que vierte en dicha presentación.

Sin duda se trata de un contexto que no me pasa por alto, ni mucho menos, dado que la perspectiva de género en el juzgamiento obliga a los encargados de tal quehacer, a poder identificar prejuicios y hacer un análisis de la controversia que se está resolviendo, bajo ese tamiz.

La incorporación de la perspectiva de género en la labor jurisdiccional implica cumplir la obligación constitucional y convencional de hacer realidad el derecho a la igualdad, remediando relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, así como visibilizando la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación normativa y en la valoración de hechos y pruebas (arts. 16, 75 inc. 22 de la Const. Nac.; Recomendación General n° 28 del Comité CEDAW que señala en el párrafo 10 que "Los Estados partes tienen la obligación de no discriminar a la mujer por acción u omisión; además, están obligados a reaccionar activamente ante la discriminación contra la mujer, independientemente de que esas acciones u omisiones sean cometidas por el Estado o por actores privados..." y la Recomendación General n° 19 del mismo Comité, que establece en el párrafo 11 que "Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción..."; arts. 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).

Es así que la situación de violencia alegada por la actora no pasa sin duda desapercibida como señala al contestar la expresión de agravios, al igual que la problemática intrafamiliar que el caso denota, que como ya aludí en párrafos anteriores, ha quedado traducida en las constancias de las actuaciones que han sido agregadas por cuerda al presente.

Entre ellas una causa sobre violencia Ley 12.569 -expte. n° 37442-, cuya remisión fue solicitada por esta Alzada como medida para mejor proveer a fs. 153, a fin –precisamente- de tener también en cuenta lo allí actuado y un panorama cierto acerca de la situación que desde un inicio se vislumbraba y que subyace claramente a este proceso particular.

Sin embargo, y aún juzgando el caso con la perspectiva de género postulada, arribo igualmente a la solución propuesta ponderando sobre ella, al interés superior del niño como concepto jurídico cúspide del ordenamiento, pues la misma Convención en su el art. 3 inciso 1º establece que en todas las medidas que afecten a la infancia deberá tenerse en cuenta primordialmente ese principio protectorio del cual debe estar impregnada la solución (arts. 3, 23, 27 y 28 de la Convención sobre los Derechos de los niños/as y adolescentes; 1, 2, 16. 29 del Pacto de San José de Costa Rica; 75 inc. 22 C.N).

Es por ello que no corresponde aceptar que la cuestión de género es inadvertida al juzgar, sino que se trata de sopesar la misma en orden a todos los derechos superiores y valores en juego, en particular con los de una niña.

Derechos éstos que tampoco cuadra considerarlos como indebidamente invocados por el demandado a su favor, como sugiere la recurrida, cuando de las particulares constancias de la causa surgen factores que en un todo ameritan atender -antes que a nada- a este marco de protección especial de la infancia, materializando el mismo por sobre la realidad de los adultos, por más compleja que ésta fuera.

Ello sin perjuicio de que el abordaje familiar sea encauzado por las vías correspondientes, y la suerte que el presente debate pudiera tomar cuando la niña/adolescente adquiriera la mayoría de edad o frente al destino del proceso sobre cuidado personal de hijos, iniciado por P.C. - expte. n° 41.902-.

IX. En este punto he de señalar que la interrupción de dicha convivencia hecha valer por la parte actora ante esta Alzada luego del llamado de autos para sentenciar, a través de la presentación del 06.03.2020, no ha sido debidamente acreditada, pues no existe informe alguno que así lo avale sin perjuicio de lo manifestado al relatar el hecho que se denuncia, conforme lo agregado en archivo adjunto.

Pero, si así fuera, cierto es que la invocada interrupción a partir de fines del mes de febrero, no se traduce en un cambio de domicilio consolidado en el tiempo por parte de la adolescente, que implique la modificación de la residencia habitual de la niña y su centro de vida (art. 3 inc. 1 de la ley 26.061), entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

La residencia habitual o el centro de vida del niño -que son ideas equivalentes- es un criterio fáctico y se configura por la residencia principal o permanente de ese niño; suponen los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conceptos de estabilidad por hallarse allí el centro de gravedad de su existencia y el núcleo de los vínculos parentales y afectivos dados por la convivencia (CSJN, 14/6/95, Fallos, 318:1269). Es así que la pérdida o el cambio de esa estabilidad debe tener cierta relevancia fáctica para el niño, extremo que al presente no aprecio configurado.

Asimismo, de las constancias de la Mesa de Entradas Virtual de los autos "G.A.P. c/ P.C.V. H. s/ ley 12.569", expte. 46.309, tampoco surge dictada la medida de prohibición de acercamiento en contra de P.C. a que alude la presentante.

Por otra parte, no cabe perder de vista lo provisorio de las medidas que eventualmente pudieran ser dictadas en el marco de ese proceso, que en principio no ameritarían al presente adoptar una solución diferente a la aquí propuesta, basada principalmente en que la niña ha permanecido de manera estable en la vivienda que se pretende desocupar, conviviendo con su padre. Ello además del resto de los argumentos dados que confluyen en su conjunto, en la ausencia de la obligación restitutoria por parte del demandado (arts. cit.).

XII. En consecuencia, estimo por las razones dadas, citas legales y jurisprudenciales, que en el caso no se dan los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción. Dejo propuesto el acogimiento del recurso de apelación interpuesto y la revocatoria de la sentencia apelada de fs. 132/136, debiendo rechazarse la acción de desalojo promovida por P.G.A. contra V. H.C. y/u ocupantes, tenedores o intrusos (arts. 14 bis, 16, 18, 75 incs. 22 y 23 CN; 15 de la Const. Prov.; art. 3, 27 ap. in fine de la Convención sobre los Derechos del Niño; ley 23.849; 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 23 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Recomendación General n° 19 y n° 28 del Comité CEDAW; arts. 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; 456, 706 inc. c y concs., 1887 inc. a, 1890 primera parte, 1892, 1893 y concs. del CCyCN; 260, 266, 354 inc. 1, 375, 384, 402, 409, 676 del CPCC).

XIII. En cuanto a las costas, considero que deben ser impuestas a la parte actora vencida en ambas instancias (art. 274 CPCC).

El principio general indica que deben ser soportadas por el vencido, observando para ello la cuestión desde una óptica puramente objetiva, desdeñando los móviles subjetivos que pudieron haber guiado a los justiciables (art. 68 del CPCC).

Si bien este principio tiene excepciones, pues el art. 68 párr. 2º faculta al juez a eximir de modo total o parcial al litigante vencido, cuando encontrare mérito para hacerlo, debiendo expresar una motivación concreta frente a serias dificultades de hecho o de derecho, bajo pena de nulidad (Fenochietto, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", T. I, ed. Astrea, pág. 286 y ss.); no encuentro en el caso razón suficiente para apartarme del principio rector donde el demandado es ganador y la actora vencida, debiendo ésta cargar con las costas, cobrando actuación la regla general en la materia (art. 68 CPCC).

VOTO POR LA NEGATIVA.

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA DIJO:

Conforme el resultado de la votación precedente, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocar la sentencia apelada de fs. 132/136, rechazándose la acción de desalojo promovida por P.G.A. contra V.H.C. y/u ocupantes, tenedores o intrusos, con costas de ambas instancias a la parte actora en su calidad de vencida (arts. 14 bis, 18, 75 incs. 22 y 23 CN; 15 de la Const. Prov.; art. 3, 27 ap. in fine de la Convención sobre los Derechos del Niño; ley 23.849; 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 23 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Recomendación General nº 19 y nº 28 del Comité CEDAW; arts. 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; 456, 706 inc. c y concs., 1887 inc. a, 1890 primera parte, 1892, 1893 y concs. del CCyCN; 68, 260, 266, 354 inc. 1, 375, 384, 402, 409, 676 del CPCC).

ASI LO VOTO.

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIRIÓ AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se revoca la sentencia apelada de fs. 132/136, rechazándose la acción de desalojo promovida por P.G.A. contra V.H.C. y/u ocupantes, tenedores o intrusos; con costas de ambas instancias a la parte actora en su calidad de vencida (arts. 14 bis, 18, 75 incs. 22 y 23 CN; 15 de la Const. Prov.; art. 3, 27 ap. in fine de la Convención sobre los Derechos del Niño; ley 23.849; 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 23 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Recomendación General n° 19 y n° 28 del Comité CEDAW; arts. 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; 706 inc. c y concs., 1887 inc. a, 1890 primera parte, 1892, 1893 y concs. del CCyCN; 68, 260, 263, 265, 266, 354 inc. 1, 375, 384, 402, 409, 676 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios (art. 31 LHP).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

DABADIE María Rosa (maria.dabadie@pjba.gov.ar)

JANKA Mauricio (mauricio.janka@pjba.gov.ar)

Gaston Cesar Fernandez (gastoncesar.fernandez@pjba.gov.ar)

SECRETARIOS (Legajo: 719235)