

Expte. 18698/2015 - Incidente N° 1 – “T., E. R. demandado: M., F. N. s/ Restitución de bienes” - JUZGADO NACIONAL CIVIL N° 92 - (Sentencia firme) – 24/09/2019

Buenos Aires, 24 de septiembre de 2019.-

AUTOS Y VISTOS:

El pedido de restitución de bien formulado por la actora a fs. 25/27, cuyo traslado fue contestado a fs. 52/54;

Y CONSIDERANDO:

I. A fs.25/27 se presenta el Sr. F. N. M. y promueve demanda de restitución del inmueble de la calle C. de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde residen su hijo F. T. M. junto a la progenitora del joven, Sra. E. R. T., y que fuera la sede del hogar familiar hasta el cese de la convivencia, acaecido el día 31 de enero de 2012.

Refiere que dicho inmueble es de su única titularidad, careciendo de otro lugar donde asentarse y vivir en condiciones dignas, ya que es jubilado, tiene una avanzada edad y lo aquejan problemas de salud.

Afirma que es imprescindible disponer del inmueble, ya que se encuentra actualmente en condiciones deplorables, siendo una vivienda precaria e insalubre para su hijo F.

Ofrece como alternativa alquilar un inmueble a nombre de la Sra. T. con condiciones edilicias adecuadas para ser habitable y que cubra las necesidades de su hijo, colaborando con una cuota extraordinaria por única vez y, asimismo, afrontar los gastos de ingreso al nuevo inmueble y la garantía para dicho contrato.

Debe destacarse que por ante el fuero patrimonial el Sr. M. ha iniciado una acción de desalojo contra la Sra. T. (expte. n° XXX), que se encuentra en pleno trámite y persigue el mismo objeto que la presente demanda.

A fs.52/54 se presenta la Sra. T. y contesta el traslado de la demanda conferido a fs. 33 último párrafo.

Reconoce que se encuentra viviendo junto a su hijo en el inmueble reclamado por la contraria, desconociendo todo otro hecho mencionado en la petición inicial.

Manifiesta que convivió con el Sr. M. durante 15 años, naciendo en agosto del año 2000 F., quien tiene diagnóstico de Síndrome de Down. Que en noviembre de 2011 el accionante se retiró del hogar sin brindar apoyo económico y afectivo a su hijo.

Indica que un cambio abrupto de vivienda en la delicada vida de F. puede ser el desencadenante de conductas disruptivas tanto en la escuela como en su contexto cotidiano y relaciones interpersonales.

A fs. 60/64 el Sr. M. denuncia temeridad y malicia procesal en los términos del art. 45 del CPCCN, cuyo traslado dispuesto a fs. 74, fue contestado por la contraria a fs.75/76, solicitando su rechazo.

Tras el resultado negativo del intento conciliatorio entre las partes (ver fs.97), a fs. 98 se dispuso como medida para mejor proveer un informe socio ambiental en el domicilio del joven F.

A fs. 168/170 dictamina el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, quien solicita que se

rechace la demanda por restitución del bien y se atribuya el uso de la vivienda familiar a F. y su madre.

II. Para poder decidir o determinar una posición adecuada en el pleito, procederé a tratar las cuestiones expuestas en relación a la prueba ofrecida y rendida en autos de acuerdo a los principios de la sana crítica, de observancia obligatoria para la suscripta (art. 386 del CPCC).

A tenor de ello, debo resaltar primeramente –conforme lo reiterado por nuestro más Alto Tribunal- que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; etc.). En su mérito, no habré de seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones sino tan solo en aquellas que sean conducentes para decidir este conflicto.

Asimismo, en sentido análogo, es dable destacar que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 144:611; 274:113; 280:3201; 333:526; 300:83; 302:676; 303:235; 307:1121; etc.), por lo tanto me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonesees Alonso llama “jurídicamente relevantes” (Aragonesees Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 971), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (conf. Calamandrei, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil” en *Estudios sobre el proceso civil*, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, ps. 369 y ss.).

III. Tras la aclaración precedente, habré de abocarme al tratamiento de la cuestión debatida en autos.

El reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales como una alternativa más de vivir en familia, encuentra su fundamento en el concepto de familia emergente de la Constitución, los instrumentos internacionales que tras la reforma operada en el año 1994 conforman el bloque derivado del art. 75 inc. 22° de la CN, 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 (Corte IDH), que gozan de la misma jerarquía que los citados instrumentos y, por ende, integran nuestro bloque de constitucionalidad, habilitando lo que se conoce como el control de convencionalidad.

Recuérdese en este sentido que desde antaño 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 familia.

Este marco supralegal obliga a construir un concepto constitucional de familia a partir del principio pro homine, según el cual se debe garantizar a una amplitud y diversidad de formas familiares la mayor vigencia sociológica de los derechos humanos. Esta misma idea ha sido consagrada por la Corte IDH en el caso “Atala, Riffo y niñas vs. Chile”, del 24/02/2012, al subrayarse que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”. 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” (Caso Atala, Riffo y niñas vs. Chile, del 24/02/2012, párrafo. 142, disponible

en www.corteidh.or.cr/). Este estándar –adelantado por el Máximo tribunal regional en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28/08/2002- fue reiterado en los casos “Fornerón e hija vs. Argentina”, del 27/04/2012 y “Gretel Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in Vitro’) vs. Costa Rica”, del 28/11/2012. Parece claro, pues, que desde el andamiaje constitucional y convencional el concepto de familia responde a una pluralidad de realidades o situaciones que conviven en nuestra sociedad.

Sobre la base de esta premisa surge la necesidad de diseñar un piso mínimo de protección para las diversas modalidades familiares que debe asentarse sobre dos pilares: el principio de solidaridad familiar y el principio de no discriminación. El primero se traduce en el efectivo goce de los derechos fundamentales de todos los integrantes de la familia, entendidos como aquellos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas y son inalienables, indisponibles, inviolables e intransigibles (conf. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Barcelona, 2004, ps. 37 y ss.). El principio de no discriminación, debe entenderse tanto en el tradicional sentido negativo, que veda un trato diferenciado que carece de justificación objetiva y razonable, como en el moderno aspecto positivo donde el Estado interviene a través de un rol activo destinado a compensar desigualdades estructurales.

A tenor de lo expuesto, la regulación propuesta por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) a favor de las uniones convivenciales procura encontrar un punto medio entre libertad y protección de quienes conforman esta modalidad de familia.

Así, tras reconocer como regla la autonomía de la voluntad –que se traduce en la posibilidad de suscribir pactos, en especial en lo atinente a los aspectos patrimoniales-, el ordenamiento civil diseña un piso mínimo de protección basado en el principio de solidaridad familiar que incluye tanto el piso obligatorio o núcleo duro –del cual los convivientes no pueden eximirse ni siquiera a través de pactos en contrario-, como el catálogo supletorio que será de aplicación subsidiaria para el supuesto que los convivientes no formalicen pacto alguno. En este sentido, en los Fundamentos del Proyecto se subraya que “En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencias de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”.

De ello da cuenta el art. 513 cuando dispone que los convivientes no pueden dejar de lado el piso mínimo obligatorio conformado por los arts. 519; 520; 521 y 522. Este piso incluye: a) el deber de asistencia durante la convivencia; b) la contribución de los gastos del hogar; c) la responsabilidad de las deudas frente a terceros; y d) la protección de la vivienda familiar durante la convivencia en el caso de las uniones inscriptas.

Por otro lado, el régimen subsidiario o supletorio, es decir aquél que será de aplicación a los convivientes que no hayan formulado pacto en contrario, resulta de lo normado por los arts. 524 a 528. Este catálogo subsidiario abarca: a) la compensación económica; b) la atribución del uso de la vivienda familiar tras el cese de la convivencia; c) la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de muerte de uno de los convivientes; y d) la distribución final de los bienes.

En particular, con relación a la cuestión debatida en autos, debe recordarse que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental que integra la nómina de los llamados derechos

económicos, sociales y culturales y se encuentra reconocido en el texto histórico de nuestra Carta Magna (art. 14 bis) y en los instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (ver Declaración de los Derechos del Hombre (art. 25); el PIDESC (art. 11.1); la CEDAW (art. 14.2); la CDN (art. 27.3) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e.iii). Es por ello que el Estado debe asegurar a toda persona la protección de la vivienda, protección que se materializa en dos momentos: por un lado, en el acceso equitativo a una vivienda digna, que satisfaga sus necesidades mínimas y las de su núcleo familiar; y, por el otro, en el amparo de la vivienda ya adquirida, sea en propiedad o por cualquier otro medio legítimo –locación, usufructo, posesión, etc.-.

En este sentido es claro que la protección de la vivienda integra el sustrato mínimo de protección que el Estado debe garantizar para todos los individuos y las diversas formas familiares en que se agrupan, y que toda diferencia de trato en el reconocimiento efectivo de este derecho fundamental debe ser razonablemente justificada por un fin legítimo. Por tal razón, desde hace muchos años, la cuestión de la atribución del uso de la vivienda tras la ruptura del mal llamado “concubinato” desveló a la doctrina y la jurisprudencia que ante el silencio legal, recurrió a figuras análogas para caracterizar la ocupación de la vivienda por el conviviente no propietario.

Alguna jurisprudencia aislada consideró al conviviente no propietario (generalmente la mujer) “intruso” cuando se negaba a desocupar el inmueble tras la ruptura de la relación a pesar del requerimiento de su compañero (ver SCBA, 2/05/1955, JA, 1955-III-361; CNPaz, sala II, 15/12/1969, LL, 138-127). Esta postura fue rechazada por la mayoría de la jurisprudencia (ver, por ejemplo, CNCiv, sala H, 27/06/2002, “G., A. C. c. A., E. E. y otro”, LL, 2002-F-530) y en forma unánime por la doctrina que sin embargo no se mostró uniforme en torno del carácter que cabía atribuir a la ocupación del conviviente no titular del inmueble. Un sector le confirió el carácter de comodatario (ver CNCiv, sala A, 29/08/1994, “F., P. c/ L., J. A. s/ desalojo” (inérito), citado por Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato, Astrea, Bs. As., 1997, p. 169), mientras autores como Zannoni hablaban de un contrato atípico (conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 3ra. ed. act. y ampl., Astrea, Bs. As., 1998, t. II, p. 282), y Azpiri se valió de las figuras de la posesión y la tenencia para determinar la naturaleza jurídica de la situación en que se encuentra el conviviente no propietario (conf. Azpiri, Jorge O., Uniones de hecho, 2da. ed., Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 123).

Más allá de las opiniones discordantes, la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en los primeros tiempos en la admisibilidad de la acción de desalojo para obtener la exclusión de la vivienda del otro conviviente, conforme lo normado por el art. 680 del CPCCN (ver C.Civ. de Fam. y Suc., Tucumán, 11/06/1981, “L., J. A. y otro”, JA, 1982-IV-síntesis; CNCiv, sala A, 12/05/1997, “A., M.S. c/ S.,J.C.”, ED, 173-509; CNCiv, sala B, 29/12/1992, “P., A. c/ P.,H.J.”, JA, 1993-III-395; CNCiv, sala B, 27/12/1994, “M., R. D. v. V., M. L.”, JA, 1996-I-469 (del fallo de 1ª instancia); CCiv. y Com., San Isidro, sala 1ª, 26/05/1998, “S., D. v. A., N.”, JA, 1999-II-384; Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, sala I, 19/11/2002, “J., A. M. c. A., J. B.”, LLBA, 2003-33; CNCiv., sala H, 27/06/2002, “G., A. C. c/ A., E. E. y otro”, LL 2002-F-530; Cám. Civ. y Com., San Martín, sala II, 18/02/2003, “R., J. c. C., A. R. y/u otros”, LLBA 2003 (julio), 774; CNCiv., sala J, 02/08/2005, “M., A. F. S. c/ G., G. N. y otros”, LL 2005-E-830; Cám. Apel. Concordia, sala civ. y com. III, 07/08/2006, “I., E. S. c/ I., R.”, LLLitoral 2006, 1446; CNCiv, sala G, 22/10/2008, “D. M., J. O. c/ D. N., M. A. y ot.”, la Ley Online, AR/JUR/9874/2008; Cám. 2da de Apel. Civ.,

Com., Minas, de Paz y Trib., San Rafael, 11/06/2009, “R., S. y ots. c/ R., M. y ot.”, LLGran Cuyo 2009 (octubre), 894; Cám. Apel. Civ. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 06/06/2010, “D. G., M. E. c/ P., M. s/desalojo”, eDial.com - AA6183; Cám. 2da. Apel. Civ. y Com., Córdoba, 27/03/2013, “N. A. M. c/ P. M. S. – Recurso Apelación Exped. Interior (Civil)”, eDial.com - AA814B; Cám. Apel. Rosario, 08/11/2013, “F. C. A. y ots. c/ R. E. y ots. s/ desalojo”, eDial.com - AA8570; etc.).

Esta tendencia se fue morigerando con el transcurso de los años cuando en la vivienda cuyo uso se cuestionaba residían los hijos menores de edad o “incapaces” de ambos convivientes (o incluso de uno de ellos) por aplicación analógica de lo normado para el matrimonio en la última parte del art. 1277 del Código Civil (CC), en tanto disponía que “será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, trátase de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

En efecto, como la norma citada requería de la existencia de hijos menores de edad o incapaces, la doctrina coincidía en que su objetivo no era amparar el interés de los cónyuges sino el llamado “interés familiar” consistente en que los hijos tuvieran asegurado su derecho a la vivienda. Es por ello que algunos autores sostuvieron que reservar la aplicación de la norma sólo a los hijos nacidos dentro del matrimonio implicaba una discriminación contraria al art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al propio CC, que establecía la equiparación de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales (conf. Bossert, Gustavo, “Alimentos del hijo menor: asignación de uso de un inmueble del alimentante”, LL, 1992-A-789; Guaglianone, Aquiles H., Régimen patrimonial del matrimonio, Ediar, Bs. As., 1975, t. II, p. 330; Grosman, Cecilia P., “Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Lagomarsino, Carlos A. R y Salerno, Marcelo U. -dirs.-, t. II, Universidad, Bs. As., 1994, ps. 458 y 459; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 385; Lloveras, Nora, “Convivencias de pareja heterosexuales y los efectos patrimoniales”, RDF n° 46, 2010, p. 116; Iñigo, Delia B., “Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho”, RDF n° 9, 1998, p. 260 y de la misma autora, “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales”, RDF n° 15, 1999, ps. 240 y ss.; Solari, Néstor, “La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 del Código Civil”, RDF n° 29, 2004, ps. 111 y ss.; Sanz, María Julieta, “Protección de los derechos de los niños nacidos dentro de uniones de pareja”, RDF 2010 III, p. 177; etc.).

Esta mirada amplia tuvo acogida en alguna jurisprudencia que resolvió aplicar la protección emergente del art. 1277 a los hijos habidos de las convivencias de pareja. Para ello los jueces se valieron de sendos argumentos, tales como la protección constitucional de la familia y la vivienda, el deber alimentario respecto de los hijos que incluye el rubro habitacional y, por sobre todo, el principio de igualdad que impide discriminar entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Entre estos precedentes puede mencionarse el de la sala K de la Cámara Nacional en lo Civil, del 31/05/2006, que revocó la sentencia de primera instancia por la cual se había hecho lugar a la división de condominio y la fijación de canon locativo solicitadas por el condómino y ex conviviente respecto del inmueble donde habitaba su antigua pareja y la hija menor de edad de ambos. Recurriendo básicamente al argumento de la igualdad entre

los hijos y el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental, se concluyó 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 corresponde formular distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos”. Por idénticas razones, se rechazó la fijación del canon locativo reclamado a título de compensación por el uso del 50 % del inmueble, destacándose a cargo del progenitor el deber alimentario, “integrado por el rubro ‘vivienda’” (CNCiv, sala K, 31/05/2006, “V. S. S. c/ A. N. del V. s/ división de condominio”, LL, 2006-D-604. En el mismo sentido ver Juz. Civ. y Com. n° 2, Zárate, 30712/1998, “G., L.R. c/ R., R.G. s/ división de condominio”, RDF n° 15, 1999, cit., ps. 235 y ss.; Cam. 1ª Apel. Civ. y Com., La Plata, sala II, 4/11/1997, “S., G.F. c/ E., M.C. s/ división de condominio”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, julio de 1997, p. 2; Juz. Nac. Civ. n° 33, 15/03/2005, “M., G. F. c/ S., C. M. s/ división de condominio”, www.abeledoperrot.com.ar; CNCiv, sala I, 29/03/2005, “A., G. H. c/ S., L. M. s/ división de condominio”, Eldial.com; CNCiv, sala K, 31/05/2006, “V. S. S. c/ A. N. del V. s/ división de condominio”, LL, 2006-D-604; CApel Trelew, sala A, 15/12/2009, “V., R. O. c. R., A. C.”, RDF 2010 III, p. 177; Juzg. Fam., Mar del Plata, 15/08/2013, “Z., S. E. c. M., C. A. s/ exclusión del hogar”, www.abeledoperrot.com, AR/JUR/61871/2013; etc.).

Con igual criterio, con fecha 15/08/2013, el Juzgado de Familia n° 6 de Mar del Plata, resolvió atribuir la vivienda propia del ex conviviente a favor de la madre que ostentaba el cuidado personal de la hija de ambos, resaltándose que “en razón de la discriminación que surge del art. 1277 del C.Civ., corresponde 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. Desde el punto de vista, entonces, del carácter alimentario de la protección, es procedente ordenar las medidas necesarias para proteger la vivienda de las personas menores, fundadas en las normas de jerarquía constitucional a las cuales se suman los preceptos que regulan el deber alimentario de los padres hacia sus hijos (art. 267 y concs. del C. C.; arts. 18 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño)” (Juzg. Fam. n° 6, Mar del Plata, 15/08/2013, “Z., S. E. c. M., C. A. s/ exclusión del hogar”, www.abeledoperrot.com, AR/JUR/61871/2013).

A primera vista, entonces, pareciera que el CCyCN vino a llenar un vacío legislativo y poner fin a los debates doctrinarios y jurisprudenciales desplegados en torno de la atribución del hogar convivencial tras la ruptura de la pareja, al reconocer este derecho en forma “amplia” frente a supuestos de necesidad, existan o no hijos menores de edad, con discapacidad o con capacidad restringida al cuidado del conviviente. Sin embargo, tal conclusión es apresurada.

Veamos. El artículo 526 del CCyCN dispone que “el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos

frente a terceros a partir de su inscripción registral. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445”.

Del texto citado surge que la norma contempla dos supuestos que –a falta de acuerdo de partes- habilitan la atribución del uso de la vivienda a favor de uno de los convivientes: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, y b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Los dos supuestos previstos por la ley son alternativos: puede darse uno u otro para habilitar el uso del hogar convivencial, y no es necesario que coexistan ambos.

En el primer supuesto, el art. 526 alude a la existencia de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, para cuya conceptualización puede recurrirse por analogía a la definición que brinda el art. 2448 relativo a la mejora en la sucesión del heredero con discapacidad, en el sentido de que se considera persona con discapacidad, “a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Cabría agregar por lógica, aunque la norma no lo indica, los supuestos excepcionales de incapacidad previstos por el art. 32 in fine. Desde una perspectiva amplia, incluso, la protección legal podría amparar los casos de hijos mayores de edad pero menores de 21 años, respecto de los cuales subsiste el deber alimentario con los mismos alcances que el derivado de la responsabilidad parental (conf. art. 658). Estos hijos pueden ser comunes o sólo de uno de los convivientes, pues la ley procura evitar distinciones en este sentido.

El segundo supuesto se refiere a la situación del conviviente sin hijos a su cargo, a quien la norma le reconoce el derecho a permanecer en el hogar si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. La ley apunta a situaciones excepcionales donde se advierta una evidente desventaja patrimonial de uno de los convivientes frente al otro, que se traduzca en el aspecto habitacional. Por tal razón, el juez analizará su procedencia con cautela, teniendo seguramente en cuenta si el conviviente que reclama el uso temporal de la vivienda ha recibido la compensación económica prevista en el art. 524. Es que si bien se trata de cuestiones que responden a distintos fundamentos, se impone examinar de manera integral la situación patrimonial del requirente para evitar abuso del derecho.

Hasta aquí, esta primera disposición no despierta mayores cuestionamientos. Las tensiones aparecen a partir de un examen completo de la norma y el análisis integral del sistema protectorio de la vivienda en las uniones convivenciales.

En los fundamentos del Proyecto de Código se ha dicho que frente a estas uniones “la vivienda se protege de diferente manera” y que el derecho del conviviente –en referencia del derecho real de habitación- “es más débil” que el reconocido al cónyuge supérstite. En estos términos se justifica que la atribución de la vivienda forme parte del régimen supletorio o subsidiario, de modo que sólo se activa ante la ausencia de pacto en contrario por parte de los convivientes; y, además, se avala el plazo máximo de dos años que la ley prevé debe fijar el juez para permanecer en el hogar tras el cese de la unión por alguna de las causales previstas por el art. 523 del CCyCN.

Este sistema debilitado resulta razonable cuando se regula la situación del conviviente que no tiene hijos a su cuidado, pues es el resultado del balance y equilibrio ante la colisión de dos derechos constitucionales: el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad. Se busca así garantizar el derecho de aquél de los convivientes que se encuentra en una

posición más vulnerable, afectando del menor modo posible el derecho a la propiedad del conviviente titular o cotitular.

Pero otra debe ser la conclusión cuando en la vivienda habita el conviviente con sus hijos menores de edad, con discapacidad, con capacidad restringida o incapacidad. Frente a estos supuestos, el art. 526 del CCyCN debe ser examinado a la luz del ordenamiento suprallegal pues, como sostuvo la Corte Suprema en el caso “Casal”, “la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional” (CSJN, 20/09/2005, “Casal, Matías E. y otro”, Fallos 328: 3399, consid. 14 del voto de Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

En el citado precedente también se enfatizó que los jueces tienen la última palabra en la interpretación de las normas constitucionales (o si se quiere la función de cierre del sistema) mediante el control de constitucionalidad que se expresa con la teoría de la argumentación. En este sentido, se subrayó que “nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de ésta” (conf. Gil Domínguez, Andrés, “El concepto constitucional de familia”, RDF n° 15, 1999, p. 31).

En efecto, el modelo de estado constitucional y convencional de derecho al que adscribe nuestro país se construye en torno de la supremacía o imperativo constitucional y convencional, y se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación –en lo que respecta a la textualidad de cada fuente y la interpretación que realiza de ellas cada órgano con competencia para hacerlo- entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. La constitucionalidad y convencionalidad, como elemento sustancial, están compuestas por los derechos fundamentales y los derechos humanos y, en este paradigma, los jueces también cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la Constitución, sumada a la Convención y a la ley cuando deben resolver un caso concreto (conf. Gil Domínguez, Andrés, *El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, ps. 27/30. Ver también Gil Domínguez, Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 86/87; Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx; Bidart Campos, Germán- Albanese, Susana, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, JA, 1999-II-357; etc.).

De este modo, cuando el art. 1° del CCyCN enuncia que “los casos” deben ser resueltos según las leyes, la Constitución y los tratados internacionales se refiere a dos aspectos. En primer lugar, que la ley se mueve dentro de un marco constitucional y se presume constitucional, pero la argumentación jurídica racional no termina en la ley sino en la interpretación, que se configura como centro de gravedad del Derecho de un sistema dinámico, alimentado por la argumentación racional. En segundo lugar, que existe una aplicación operativa y directa del sistema de fuentes del estado constitucional y convencional de derecho argentino (conf. Gil Domínguez, Andrés, *El estado constitucional y convencional de derecho...*, cit., p. 54).

En este escenario, debe recordarse que la propia Corte IDH se ha referido en numerosas

oportunidades al imperativo de ejercicio de control de convencionalidad estatal, a partir del caso “Almonacid Arellano y otros”, del 26/09/2006. Allí sostuvo que dicho control debía ser ejercido de oficio por los jueces nacionales conjuntamente con el control de constitucionalidad, en constante interacción y con el objeto de proteger a la persona humana (ver acápite 128, punto 2) del voto de García Ramírez y punto 3 del voto de Cançado Trindade) (En el mismo sentido ver Corte IDH, 24/11/2006, “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”; 23/11/2009, “Radilla Pacheco”; 29/11/2006, “La Cantuta”; 24/11/2007, “Boyce vs. Barbados”; 09/05/2008, “Fermín Ramírez y Raxacó Reyes”; 12/08/2008, “Heliodoro Portugal”; 26/05/2010, “Manuel Cepeda Vargas”, 4/08/2010; “Comunidad Indígena Xámok Kásek”; 30/08/2010, “Fernández Ortega”, 31/08/2010; “Rosendo Cantú”; 1/09/2010, “Ibsen Cárdenas y otro”; 23/11/2010, “Vélez Loo”; 26/11/2010, “Cabrera García”; 24/02/2011, “Gelman”; etc.). Así también lo ha resuelto la Corte Suprema a partir del caso “Simón, Julio H. y otros”, del 14/07/2005, donde el magistrado Lorenzetti recuerda: “Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos...” (Fallos: 328:2056).

Desde la perspectiva expuesta, aun frente a un ordenamiento civil que en materia de familia incorpora contenidos mayormente respetuosos de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma es imperativo para el intérprete y aplicador. De allí la trascendencia de examinar todos estos contenidos desde la óptica de los derechos humanos.

Precisamente desde esta óptica, a tenor de los derechos humanos involucrados en la cuestión que aquí se debate, el plazo máximo de dos años impuesto por el art. 526 resulta inconstitucional porque propone un trato discriminatorio entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, contrario al principio constitucional y convencional de igualdad y no discriminación (conf. art. 16, CN, Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 10); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 3); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 1); y Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2 y 30)), así como a la equiparación entre las filiaciones que impone el art. 558 del CCyCN.

En el particular contexto de autos, donde se encuentra en juego el derecho a la vivienda del hijo con discapacidad, la solución normativa atenta contra el deber estadual de compensar las diferencias estructurales a partir de “Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...” (art. 75 inc. 23°, CN).

La protección de las personas con discapacidad debe concretarse a partir de los estándares emergentes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13/12/2006, que no sólo ha sido ratificada por nuestro país sino que también ha adquirido jerarquía constitucional por ley 27.044, sancionada el 19/11/2014.

Este instrumento internacional ha marcado una verdadera ruptura de paradigma en el

discurso de los derechos humanos de las personas con discapacidad o padecimientos mentales, dejando de lado el modelo rehabilitador o médico para acoger plenamente el modelo social de la discapacidad, por el cual se considera que las causas que originan la discapacidad son, en gran medida, sociales. Desde este enfoque se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las demás, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la discapacidad es en cierta medida una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (conf. Palacios, Agustina, El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Colección Cermi.es – Cinca, Madrid, 2008, ps. 67 y ss.).

Específicamente con relación al tema que nos ocupa, el art. 28 de la CDPD impone a los Estados el deber de reconocer “el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que el art. 526 del CCyCN discrimina entre los hijos en función del tipo de unión que vincula a sus progenitores otorgando un trato diferenciado en el reconocimiento de un derecho fundamental, cual es el derecho humano a la vivienda, sin justificación alguna. Esta distinción- reitero- parece razonable en el marco de las relaciones entre los adultos, que pueden optar por contraer matrimonio o no hacerlo en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Más en modo alguno esta opción puede pesar o repercutir de manera negativa sobre los miembros más vulnerables del grupo familiar.

Este trato discriminatorio se evidencia en dos aspectos. Por un lado, porque a diferencia de lo que ocurre en el seno del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda en las uniones convivenciales forma parte del régimen supletorio y no imperativo del que las partes pueden sustraerse por pacto en contrario. Por el otro lado, el art. 526 establece un plazo máximo de dos años de ocupación de la vivienda que el art. 443 no contempla en el caso del matrimonio, donde sólo se indica que el juez debe estipular un plazo, sin señalar un tope que puede no ser adecuado a los intereses de la familia.

La cuestión no queda zanjada por aplicación de las normas generales en materia de alimentos, sean éstos derivados de la responsabilidad parental (arts. 658 y ss., CCyCN) o del parentesco (arts. 537 y ss., CCyCN), que en ambos casos comprende lo necesario para la habitación de los hijos (conf. arts. 541 y 659, CCyCN). Y es que el interés del hijo no sólo significa proteger el ámbito material indispensable para su subsistencia y formación, sino evitar el daño que podría ocasionar a su estabilidad emocional arrancarlo de su centro de vida, es decir, del lugar donde el niño o el adulto vulnerable hubiese transcurrido la mayor parte de su existencia, lo que puede implicar el alejamiento de sus referentes afectivos y de sus habituales lugares de socialización y recreación.

El derecho humano a la vivienda, la igualdad de los hijos y la protección de la familia son principios de raigambre constitucional que deben garantizarse a todas las familias, cualquiera fuera su origen o composición. Un tratamiento disímil en este sentido no supera el test de constitucionalidad.

En este orden de ideas, se ha resuelto que “el plazo de dos años que dispone por el artículo 526 del Código Civil y Comercial de la Nación... rige para las relaciones entre los convivientes adultos, pero bajo ningún aspecto puede comprender a los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, puesto que el contenido de la prestación por alimentos que se fija a su favor, debe comprender expresamente... el rubro habitación (conf. artículo 659, C.C.y C), de ahí que en estos supuestos, para la atribución de la vivienda familiar, no corresponda establecer plazo alguno. Una solución contraria importaría un trato diferenciado entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que a todas luces resulta inaceptable. Si a ello se suma, lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna y artículos 2, 18, 27, siguientes y concordantes de la Convención de los derechos del Niño”, no cabe duda que la solución aquí alcanzada resguarda debidamente el interés superior 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).

Con similar alcance, se rechazó la acción de desalojo interpuesta por el ex conviviente y se autorizó el uso de la vivienda a una mujer y su hija hasta la mayoría de edad de esta última por encontrarse en juego “el derecho constitucional de la niña a la vivienda familiar” y resaltándose “la obligación de resolver del juez conforme la Constitución y los tratados internacionales. De este modo, y siendo el lugar donde ella nació el hábitat en el que está creciendo, tiene derecho a vivir en él...” (C. Civ. y Com., sala 2, San Salvador de Jujuy, 11/11/2015, “S., R. T. c/ C., S. s/ desalojo”, Rubinzal Online, RC J 818/16).

También la doctrina ha propiciado una interpretación semejante, mostrándose desde un comienzo en contra de la solución legal (ver Levy, Lea, “La vivienda familiar en el Anteproyecto de Código Civil”, Suplemento Especial de Jurisprudencia Argentina, 20/06/2012, 2012-II, p. 41).

En este sentido, se ha subrayado 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” (Azpiri, Jorge O., Uniones convivenciales, Hammurabi, Bs. As., 2016, p. 239).

En una posición intermedia que no concluye acerca la inconstitucionalidad de la norma pero propicia una solución integradora, se ha dicho que el art. 526 del CCyCN “requiere ser interpretado 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” (Pellegrini, María Victoria, Las uniones convivenciales, Errejus, Bs. As., 2017, ps. 233 y 236).

IV. Aclarada la interpretación que merece el art. 526 del CCyCN desde el prisma constitucional y convencional, corresponde analizar si en el caso de autos resulta atendible el pedido del actor de restitución del inmueble de su propiedad.

A tales fines, es preciso considerar las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales propuestas en general para la atribución de la vivienda tras la disolución del vínculo matrimonial, de plena aplicación en el presente a tenor de los principios expuestos en el anterior considerando.

En tal sentido, se ha resuelto que “este derecho a la atribución del uso temporal de la vivienda familiar —esto es, del inmueble en que se encontraba asentado el hogar conyugal al momento del cese de la convivencia entre los esposos— resulta ser un derecho personalísimo, y como tal inajenable e intransmisible, propio de las relaciones familiares y de naturaleza asistencial —lo que no impide que los cónyuges voluntariamente acuerden y constituyan un derecho real de uso o habitación respecto de la vivienda (conf. arts. 1887 incs. i) y j), 1888, 2154 y cc del Código Civil y Comercial)...” (C. Apel. Civ. y Com., Azul, 13/12/2016, “B. A. C. c. C. M. S. s/ divorcio (art. 214 inc. 2 C.C.)”, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/85216/2016).

La atribución de la vivienda, pues, se definirá en función de la necesidad habitacional que atraviese a uno de los ex convivientes y/o su descendencia, originando una restricción en el derecho de dominio si el uso se adjudica al no titular.

El resultado de la decisión judicial, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, que no pueden ser estipuladas de antemano como pautas estándar o prefijadas. De entenderlo de otro modo puede arribarse a conclusiones injustas, que pueden no compadecerse con los intereses que están en juego (conf. Krasnow, Adriana N., “Relaciones Personales y Patrimoniales de Pareja”, en Tratado de Derecho de Familia, La Ley, Bs. As., 2015, p. 487).

Existe para el derecho un interés de dimensión familiar, que deriva de la suma de intereses, o preocupaciones recíprocas que normalmente deben existir entre los miembros que componen la familia. La existencia de este interés es el que justifica la normativa relativa a la protección habitacional. Así, se habla de lineamientos o de pautas a tener en cuenta a la hora de la toma de la decisión por parte del magistrado, sin perder de vista que debe primar la valoración conjunta de todas las circunstancias presentadas (conf. Rivera, Julio César (dir.)- Medina, Graciela (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Artículos 401 a 723, La Ley, Bs. As., 2014, p. 91).

En este sentido se ha subrayado que “el problema de la vivienda se agudiza durante las crisis familiares (nulidad, divorcio, separación). Determinar a cuál de los cónyuges o ex convivientes corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión entre los bienes (regidos por los principios de los derechos reales y personales) y las exigencias familiares (dominadas por el Derecho de Familia) representa uno de los puntos cruciales a la hora analizar las consecuencias de estas graves vicisitudes matrimoniales...” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 225).

En el particular caso de autos, no se discute que el inmueble cuyo uso se debate es de titularidad del Sr. M., cuestión respaldada por la documental acompañada por el accionante a fs. 1/5. Tampoco se encuentra controvertido el hecho de que el joven presenta una discapacidad y reside con su madre en dicho inmueble desde la separación de los progenitores. Es por ello que la decisión que aquí se adopte debe ser el resultado de la ponderación equilibrada y razonable de los intereses en juego.

En efecto, del expediente conexo n° XXX sobre determinación de la capacidad, próximo a dictar sentencia, surge el diagnóstico de F. con Síndrome de Down que conlleva —según la evaluación interdisciplinaria realizada— “un cuadro de retraso mental moderado”, cuyo

“pronóstico es reservado atento la etiología del cuadro”. El joven se encuentra afiliado a PAMI y concurre a la escuela especial con formación laboral “S.” de 9 a 16 hs. Ha alcanzado la comprensión de textos sencillos y realiza deportes y actividades recreativas. Presenta autonomía para vestirse y bañarse, disfruta de ver televisión, de la computadora y de escuchar música (ver fs. 61/62, expte. cit.). De la entrevista mantenida por la suscripta con F. en los términos del art. 35 del CCyCN, se desprende asimismo que el joven realiza un taller de teatro, juega al golf y concurre a la agrupación Scout. Disfruta de salidas con su madre y sus amigos pero carece de autonomía para administrar dinero más allá de pequeñas sumas destinadas a gastos personales o algunas compras para el hogar (ver fs. 66, expte. cit.).

En esencia, F. no tiene autonomía para vivir por su cuenta, ni para trabajar y generar ingresos propios, lo que ha determinado la fijación de una cuota alimentaria a su favor y a cargo del progenitor, en el mes de marzo de 2019, de \$9.000 mensuales, con un ajuste automático por semestres estipulado hasta el mes de diciembre de 2020 en la suma de \$14.000. En dicho decisorio –como bien dice el Sr. Defensor de Menores e Incapaces en su dictamen- se ha dejado constancia en forma expresa que la situación habitacional de F. en el inmueble objeto de autos, ha sido considerada al momento de fijar la cuota alimentaria, al decir: “siendo que la actora habita junto a F. en la vivienda de la calle C. –bien de titularidad del Sr. M.- y siendo el rubro vivienda parte integrante de los alimentos, será considerado al momento de resolver el monto de la cuota...” (ver expte. n° XXX, fs. 498/503, en especial párrafo cuarto de fs. 502).

A raíz de lo expresado, la modificación del uso del inmueble por parte del alimentado -en principio- habilitaría la revisión de la cuota alimentaria en tanto el rubro vivienda dejaría de estar cubierto. Ello en tanto -como anticipé- la vivienda o habitación constituye uno de los distintos rubros que componen la prestación alimentaria (conf. art. 659, CCyC). Al respecto, se ha señalado que “La atribución de la vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad por una razón de mayor entidad, esto es el principio de solidaridad familiar; en franca protección del más vulnerable. De tal forma, aquel cónyuge o miembro de la pareja al cual no le haya sido atribuida la vivienda familiar, se ve afectado debiendo soportar dicho otorgamiento en favor del otro, por encontrarse en mejor situación para poder proveerse otra. No obstante lo anterior, vale señalar que los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación” (C. Civ. y Com., sala II, Mar del Plata, 16/05/2018, “S., M. L. c/ R., M. A. s/ materia a categorizar”, RC J 3014/18).

En este escenario, no hay duda 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 uno de los ex convivientes tras el cese de la convivencia, cual es la consideración favorable hacia la persona que tiene el cuidado exclusivo del hijo con capacidad restringida o con discapacidad a fin de brindar adecuada protección al grupo familiar más vulnerable. Dicha circunstancia surge claramente del expediente conexo n° XXX sobre régimen de comunicación, donde se ha procurado una presencia más activa del progenitor en lo atinente al cuidado y contacto con su hijo, sin resultado positivo hasta el momento.

Ahora bien, el actor funda su pretensión de restitución del inmueble en las condiciones deplorables de habitabilidad que éste presenta y propone sustituir la prestación de la vivienda mediante el alquiler de otro inmueble y la asunción personal de los costos de la mudanza.

Si bien a través de las fotografías de fs. 10/20 el accionante intenta respaldar el deterioro

del inmueble, del informe ambiental dispuesto por el Juzgado y agregado a fs. 149/150 surge que el estado de la vivienda es precario, pero en condiciones de ser habitado, recomendando la Trabajadora Social realizar los arreglos pendientes, sobre todo en cuanto a la humedad que se observa, a los fines de garantizar condiciones de habitación saludables para F. y su progenitora.

Del expediente venido “ad effectum videndi”, en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Civil n° 100 bajo el n° XXX, iniciado por el Sr. M. contra la Sra. T. por la oposición a la reparación de los medidores de gas del inmueble, con el objeto de restablecer el servicio de gas, como asimismo la verificación de los desagües e instalaciones eléctricas en las partes comunes del edificio, se desprende que por no permitirse el ingreso de la empresa Metrogas, convocada por una fuga de gas, se cortó el suministro de las unidades n° 1 – donde habita F. con su madre- y n° 2, donde residen otros propietarios. En el acta obrante a fs. 45 la Sra. T. asumió el compromiso de permitir el ingreso del personal de Metrogas, sin que se haya acreditado hasta el día de la fecha el cumplimiento de la diligencia.

De las constancias de estos autos y de los conexos en trámite en el Juzgado, resulta que F. ha vivido en el inmueble objeto del pleito desde su nacimiento, en principio con ambos progenitores y luego con su madre. Esta es su casa, su centro de vida, el lugar donde siempre ha desarrollado su existencia o, en términos llanos, su lugar de pertenencia. A raíz de su discapacidad es atendible el argumento expuesto por la progenitora en orden a que un cambio de residencia podría afectarlo, en tanto ello implicaría probablemente salir de su barrio y dejar de frecuentar los lugares, comercios, vecinos que él conoce. En este sentido, el ofrecimiento del progenitor de asumir el alquiler de otro inmueble para que su hijo tenga garantizada la vivienda –ofrecimiento por otra parte que jamás se ha materializado más que en dichos- no modifica la conclusión que antecede, puesto que un inmueble locado podría estar sujeto a cambios a futuro –por motivos contractuales, económicos, etc.-, afectando la estabilidad emocional y psíquica del joven.

Por todo lo expuesto, ponderando las circunstancias que surgen de estas actuaciones y en especial de las conexas –dado que la prueba aquí producida es escasa- adelanto que la restitución del inmueble que solicita el actor no habrá de prosperar.

V. Sin perjuicio de lo explicado precedentemente, habré de expedirme respecto del pedido de atribución de la vivienda formulado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces en el dictamen que antecede en representación de F.

Es preciso observar que la Sra. T. realizó un planteo en el mismo sentido en el capítulo IV de su presentación de fs. 99/101, pero a la luz de la normativa procesal, dicho pedido fue introducido en forma extemporánea, conforme fuera indicado a fs.102 segundo párrafo.

Sin embargo, la cuestión debe ponderarse a la luz de la regla reiterada por nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que “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... Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que les es propio haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo”.

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. Ver al respecto entre muchos otros Arazi, Roland, “Flexibilización de

los principios procesales”, en Revista de Derecho Procesal. Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario. El derecho procesal en las vísperas del Bicentenario, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 111).

Esta flexibilidad se vincula con distintos principios procesales y, en lo que aquí concierne, también con el principio de congruencia, que requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. Ahora bien, esta congruencia que se exige de las resoluciones judiciales debe ceder frente a situaciones especiales que pueden darse en el marco de los procesos de familia, en aras de la satisfacción de otros derechos y/o principios de raigambre constitucional y convencional. Máxime cuando en el caso, el representante público del joven F., el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, solicita expresamente que se decida la atribución de la vivienda a favor de su defendido y es claro que la falta de diligencia de la progenitora no puede imputarse a su hijo vulnerable.

Sobre la base de estas premisas, sumada a la oficiosidad, economía, simplificación y celeridad que deben primar en los procesos de familia (conf. arts. 706 y 709, CCyCN), tomando en consideración la situación socioeconómica desventajosa de la madre, quien – reitero- asume en forma exclusiva el cuidado de su hijo, y a fin de propiciar la inclusión social, la vida independiente y la estabilidad emocional y psíquica de F. en beneficio de un desarrollo que apunte a su autonomía para decidir respecto de su propia vida y eliminar cualquier tipo de barrera a tales efectos, propendiendo asimismo a neutralizar el riesgo de inestabilidad habitacional en un futuro, en orden a lo expuesto en el considerando III, habré de declarar la inaplicabilidad del plazo de dos años previsto por el art. 526 del CCyCN, y haré lugar a lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, atribuyendo el uso de la vivienda a F. y su progenitora, hasta nueva orden judicial en contrario, en caso de acreditarse un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la presente resolución (conf. arts. 526 y art. 445 inc. b), CCyCN).

VI. En cuanto al pedido de imposición de la multa prevista en el art. 45 del CPCCN, cabe formular algunas precisiones.

La temeridad y la malicia conforman dos tipos de conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal.

La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo. Por su parte, la malicia, se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso (conf. Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Bs. As., 2006, ps. 171 y 172).

De las constancias de autos, no se advierte que la demandada y/o sus letrados hayan adoptado conductas que puedan calificarse de temerarias y maliciosas, tal como se les pretende adjudicar, sino que las distintas posiciones que asumieron fueron justificadas en el ejercicio del derecho de defensa en juicio y conforme al modo en que se fue desarrollando el proceso.

VII. Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces a fs. 123/125, RESUELVO: 1) Rechazar la demanda de restitución del inmueble de la calle C. de esta ciudad incoada por el Sr. F. N. M. 2) Declarar

inaplicable el plazo de dos años previsto en el art. 526 del CCyCN y, en consecuencia, atribuir el uso de la vivienda de la calle C. de esta ciudad al joven F. T. M. y su progenitora, hasta orden judicial en contrario, en caso de acreditarse un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la presente resolución. 3) Rechazar el pedido de declaración de temeridad y malicia. 4) Con costas al vencido (conf. arts. 68 y 69, CPCCN). 5) En consecuencia, regúlense los honorarios de las Dras. XXX, en su carácter de letradas patrocinantes de la parte actora, en la cantidad de XXX UMAS a cada una de ellas, equivalente en la actualidad a la suma de PESOS XXX; los de los Dres. XXX, en su carácter de letrados patrocinantes de la parte demandada en la cantidad de XXX UMAS a cada uno de ellos, equivalente en la actualidad a la suma de PESOS XXX (conf. arts. 14; 16; 19; 29 y cc. de la ley 27.423). 6) Notifíquese, y al Sr. Defensor de Menores en su despacho, regístrese y oportunamente archívense.-

Fdo.: MARÍA VICTORIA FAMÁ

Citar: elDial AAB733

Publicado el: 10/18/2019

copyright © 1997 - 2019 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina