

---En la ciudad de Trelew, a los                    días de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “**O., V. A. c/ S., D. R. s/ Cuidado Personal-Régimen de Comunicación-Alimentos y Atribución del Hogar**” (Expte. 312 – Año 2018 CAT) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 197.-----

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:-----

---Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 151 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 145/147 -ver también aclaratoria de fs. 167-, por el cual se homologó el acuerdo arribado por los Sres. V. A. O. y D. R. S., respecto de sus hijos D. R. S. O. y A. S. O., en cuanto al cuidado personal, régimen de comunicación y cuota alimentaria. Asimismo no se hace lugar al pedido de atribución de la vivienda por la Sra. O., se ordena a los Sres. S. y O. a que busquen un espacio terapéutico para trabajar las capacidades parentales, y se da intervención al Servicio de Protección de Derechos a fin de que intervenga en el marco de la ley 26061; todo ello con costas al alimentante. --  
---A fs. 154 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 176/179, cuyo traslado conferido a fs. 180 fuera contestado a fs. 181/182. A fs. 191/192 vta. obra el acta de la audiencia dispuesta por el art. 130 de la ley III N° 21. Finalmente a fs. 194/195 luce el dictamen de la Asesora de Familia.-----

---I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por la actora, para luego efectuar lo propio con la respuesta del demandado y con el dictamen del Ministerio Pupilar.-----

---1) La accionante cuestiona el decisorio en cuanto no hace lugar al pedido de atribución de la vivienda que, según dice, constituye un bien ganancial de la sociedad conyugal. Remarca que la sentenciante expresa que la atribución **en principio** no está prevista respecto de cualquier predio sino sobre aquél donde habitaba el grupo familiar. Destaca que el inmueble en cuestión no es cualquier vivienda, ya que si bien reconoce que no es el último domicilio conyugal, el mismo constituyó un proyecto de vida en la familia S.-O., ya que fue la actora quien inició los trámites de inscripción, y gracias a que la solicitud tramitada ante el IPV se realizó con los datos de una familia constituida, es que dicho organismo adjudicó la vivienda. Recuerda la constitución de un grupo familiar estable en el que por lo menos dos personas estén unidas matrimonialmente, por convivencia o consaguinidad, como un requisito imprescindible para la inscripción de solicitud de adjudicación de una vivienda del IPV. De allí que entiende que la jueza de grado yerra al afirmar que la vivienda objeto de autos nunca reunió las características de vivienda familiar por haber sido adjudicada al demandado con posterioridad a la ruptura

del vínculo que unía a las partes.-----

-----Agrega que si bien esto último es cierto, luego de la entrega de la casa el 12/02/17, S. tomó posesión de la misma en forma unilateral, impidiendo su ingreso y el de sus hijos. Añade que en dicha vivienda de la calle Las Heras 1877 residieron sus hijos y la actora misma, en forma intermitente, que allí convivió con el demandado, quedando embarazada como consecuencia de dicha convivencia. Expresa que está desocupada desde septiembre de 2017 y que sus ingresos sólo provienen de la cuota alimentaria y de la asignación familiar. Resalta que surge del informe elaborado por la Secretaría de Desarrollo Social y Acción Comunitaria de febrero de 2018 que el grupo familiar que conforma con sus hijos vive en la casa de sus padres conjuntamente con seis de sus hermanos y una sobrina, y que las condiciones habitacionales no son las más apropiadas para el bienestar de los niños, destacando que al momento del informe se encontraba en el quinto mes de gestación. De allí que contrapone la situación del demandado, quien quedó en la posesión de los dos únicos bienes de la sociedad conyugal -la vivienda y el automotor- y tiene un trabajo estable, frente a la de ella y sus hijos quienes han debido deambular por distintas viviendas prestadas de favor hasta convivir en la casa de sus padres con su familia extensa. Por tales razones remarca la situación de desventaja y vulnerabilidad, tanto de ella como de sus hijos, siéndole imposible alquilar una vivienda.-

----Por las razones expuestas es que entiende desajustada a derecho la sentencia apelada, citando doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición. Culmina con el petitorio de estilo.-----

---2) El demandado contesta los agravios, señalando que la apelante hace referencia a alegaciones no probadas, reiterando quejas vertidas en presentaciones anteriores, considerando que efectúa un razonamiento paralelo sin hacerse cargo de las constancias de autos. Considera que basta con señalar que estima la procedencia de la atribución de la vivienda por haber constituido “un proyecto de vida en la familia S.-O.”. Remarca que la vivienda fue adjudicada con posterioridad al divorcio a su nombre como afiliado del gremio de Panaderos Pasteleros Patagónicos, así como que la documentación relativa al grupo familiar conviviente no contiene a la actora.-----

Responde también respecto de la pretendida y no demostrada ganancialidad de los bienes, lo cual es una circunstancia ajena al objeto de esta litis. En cuanto a la situación habitacional de la contraria, indica que la misma omite referirse a los distintos inmuebles que ha alquilado y a que sus ingresos no sólo provienen de su profesión de instrumentadora quirúrgica y de la situación real de sus hijos. Agrega que está demostrado que ante la ruptura del vínculo, los hijos de la pareja permanecieron con su progenitor, añadiendo que los acuerdos relativos al cuidado y comunicación fueron incumplidos por la madre, lo que genera que sus hijos no puedan usar de la vivienda que ocupa. En cuanto a la supuesta vulnerabilidad del grupo familiar, señala que la vida matrimonial se desarrolló en otro domicilio, que la actora se retiró voluntariamente alquilando un nuevo departamento, dejando a sus hijos al cuidado del padre, así como que luego ocupó diversas viviendas de su familia extensa, lo que desmiente la situación

de desventaja económica que se invoca. Expresa que la actora cuenta con mayores ingresos que su parte, volviendo a indicar que la madre impide que los hijos compartan con el padre el uso de la vivienda en cuestión. Cita doctrina atinente a la materia y efectúa el petitorio de estilo. -----

----3) La Asesora de Familia dictamina, comenzando por describir la situación habitacional actual de la madre con sus hijos, así como que en la audiencia celebrada el Sr. S. manifestó estar desocupado por lo que no aportaría la cuota alimentaria. Destaca que los menores han manifestado su deseo de seguir conviviendo con su madre. Repasa los distintos deberes parentales para con los hijos, así como refiere a normativa legal y convencional relativa al derecho a la vivienda. Refiere a la tensión entre el derecho de propiedad y al hogar de los hijos menores, citando jurisprudencia al efecto. Termina su dictamen, acompañando la pretensión de la recurrente. -----

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados. -----

----1) Como se desprende de los agravios mentados, la quejosa objeta el pronunciamiento en lo relativo al rechazo del pedido de atribución de la vivienda. Para fundar esta decisión, la juzgadora de origen recordó que el 15/05/17 se decretó el divorcio entre las partes, declarando disuelta la sociedad conyugal con retroactividad al 28/04/17, así como que el último domicilio conyugal según lo manifestado por la actora fue el de Santiago del Estero 77 de Trelew. En base a dichos hechos razonó que *“Así las cosas, debo decir que la atribución de la vivienda familiar implica conceder a uno de los cónyuges el uso del inmueble en el cual se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio, pues de lo que se trata es de mantener la continuidad del uso por parte de uno de los cónyuges. Y en relación con el inmueble de que se trata, la atribución, en principio, no está prevista respecto de cualquier predio, sino sobre aquel donde habitaba el grupo familiar de manera permanente y estable hasta el quiebre de la convivencia. Requiere que al menos uno de los cónyuges sea titular actual de algún derecho, que implique el uso y goce del inmueble, pues de lo contrario carece de sustento jurídico una atribución de un uso simplemente fáctico. En el caso de autos, la vivienda cuya atribución se pretende nunca reunió las características de vivienda familiar, ya que jamás vivió allí el grupo familiar integrado en su momento por los Sres. O.-S., habiendo sido adjudicada al Sr. S. con posterioridad de producida la ruptura del vínculo que los unía. En ese sentido, a lo largo de los diferentes expedientes la Sra. O. al denunciar su domicilio, lo hizo en lugares distintos al que ahora pretende su atribución, concluyendo que no corresponde hacer lugar al pedido de atribución de vivienda solicitado por la actora”* (ver sentencia a fs. 146, últimos párrafos/vta., 1er. párrafo).-----

-----Es de recordar que la actora no cuestiona que la vivienda sita en Las Heras 1877, casa 09 del Barrio 22 Viviendas de Trelew cuya atribución solicita (ver fs. 09, pto. VIII), nunca fuera la sede del hogar conyugal o familiar, ni que la misma fuera adjudicada al demandado con posterioridad a la ruptura del vínculo (ver fs. 176 vta., último párrafo). En realidad basa su cuestionamiento al decisorio en que la propia jueza expresó que el

requisito de haber sido la sede del hogar familiar para hacer lugar a la atribución de vivienda, es un requisito “en principio”, por lo que no resulta *sine qua non*. El resto de sus argumentos discurren por indicar que dicha vivienda fue el proyecto de vida de la familia cuando las partes aun seguían conviviendo, que la constitución del grupo familiar es un requisito para la adjudicación por parte del Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano (IPVyDU), que sus hijos y ella misma habitaron la vivienda de manera intermitente con posterioridad al divorcio, así como la situación de desventaja y vulnerabilidad económica en la que se encuentran ella y sus hijos (ver fs. 176 vta./177 vta.).-----

----Asimismo es de recordar que la pretensión que aquí se discute es la normada en el art. 443 del C.C.C. (ver fs. 09, pto. VIII), por lo que resultan estériles las alegaciones respecto del carácter ganancial o propio del inmueble en cuestión, ya que ello es materia de otro eventual pleito entre las partes (conf. art. 475 y sigs. del C.C.C.). Por su parte la adjudicación de la vivienda al demandado surge de la resolución N° 2880/2017 del IPVyDU, de fecha 05/08/17 (ver fs. 67/70), lo que corrobora que es de fecha posterior a la disolución de la sociedad conyugal, lo que reitero, no fue cuestionado.-----

-----2) Sentado lo anterior, es de tener presente que el art. 443 del C.C. C. establece: *“Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”*.-----

-----En cuanto a la interpretación de la norma se ha sostenido que la atribución de la vivienda familiar, es decir, quien se queda en el hogar en que hasta ahora convivía el grupo familiar, es uno de los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial. Para tal fin, la norma en análisis establece una serie de pautas objetivas y orientadoras para que el juez decida la atribución de la vivienda familiar, como así también determinar el plazo de duración y los efectos del derecho de uso, con total independencia del carácter propio o ganancial que revista el bien en cuestión. Como se ha reiterado, la vivienda constituye un derecho humano que cuando involucra a la familia se entrecruza con otro derecho como lo es la protección integral de la familia. En el caso del divorcio, la cuestión a determinar será a cuál de los cónyuges le será atribuido el uso, quién será reconocido como titular de un derecho de uso que tiene una naturaleza especial. La atribución de este derecho requiere en principio que uno o ambos cónyuges sean titulares de un derecho (propiedad, locación, usufructo, etc.) que les faculta al uso o goce de la vivienda familiar, pues si ésta se disfruta sin título, difícilmente la atribución del uso será defendible frente al tercero titular que podrá ejercitar las acciones que correspondan (conf. Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo Luis: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° II, pág. 770/771).-----

----En principio, no existe preferencia para ninguno de los cónyuges, solución que resulta coherente con el principio constitucional de igualdad de los cónyuges receptado explícitamente en el artículo 402 y con los criterios que surgen de la ley 26.618 de matrimonio igualitario. De este modo, podría pensarse que el uso de la vivienda familiar sería del cónyuge titular, sin embargo, el legislador ha entendido que el no titular también tiene derecho a que se le reconozca un derecho sobre la vivienda que fue el hogar conyugal por razones fundadas. Esto es así porque sobre la vivienda conyugal priman los intereses familiares por sobre los intereses particulares de cada cónyuge, pues como consecuencia del matrimonio, el cónyuge no titular tiene expectativas sobre la vivienda donde, ambos cónyuges de común acuerdo fijaron el domicilio conyugal (conf. Herrera, op. cit., ídem, págs. 771/772).-----

----Entre las pautas para determinar la atribución del hogar, la norma en cuestión ha establecido las siguientes. En primer lugar, la persona a quien se atribuye el cuidado personal de los hijos. Este criterio se funda en la preeminencia del interés superior del niño, otorgando el inmueble a aquel cónyuge que se queda a cargo del cuidado de los hijos, si la atribución de cuidado es unilateral, o incluso, también en los supuestos de cuidado personal compartido. En este último supuesto, la noción que adquiere relevancia es el de la vulnerabilidad, es decir, atribuirle la vivienda al cónyuge que está imposibilitado o tiene mayor dificultad para poder proveerse de una vivienda. Esto es así ya que las medidas de tutela personal en el Derecho de Familia no pueden resolverse en forma aislada, sino que están muchas veces íntimamente relacionadas con ciertas circunstancias familiares, como en el supuesto de la atribución del hogar conyugal y quién es el cónyuge/progenitor que se queda a cargo del cuidado de los hijos o que está en peores condiciones para obtener una vivienda. En este sentido, ya se había expedido nuestra jurisprudencia a disponer que “si bien, en principio, ninguno de los cónyuges tiene preferencia para permanecer en el domicilio que fuera sede del hogar conyugal y por ende, tal cuestión debe decidirse de acuerdo con las modalidades de cada caso siendo que el marido tiene mayores posibilidades de conseguir una nueva vivienda que la mujer y sus hijos menores y a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario, debe prevalecer el criterio de su exclusión” (conf. CCCom. Morón, sala II, 6/1/99, LLBA, 1999-843; Herrera, op. cit., ídem, págs. 774/775).-----

----Respecto de esta pauta, en el decisorio apelado se homologó el acuerdo al que arribaron las partes en cuanto a que el cuidado personal lo será en forma compartida e indistinta con residencia principal en el domicilio materno (ver acta de audiencia de fs. 80 y sentencia a fs. 146 vta., pto. I de la parte resolutive). Se trata del supuesto del art. 651 del C. Civil y Comercial. Cuando los progenitores se reparten de forma equitativa el tiempo de convivencia con los hijos y se alternan en el cuidado de los menores, una solución puede ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos, lo que conlleva que los padres se alternen también en el uso de la vivienda, siempre y cuando esta situación no provoque inconvenientes, problemas o fricciones que vayan en contra del interés del niño (conf. Herrera, op. cit., ídem, págs. 777/778). En la especie, si

bien las partes han convenido un régimen de cuidado personal que importa que los hijos pasen una cantidad equitativa de tiempo con cada progenitor, de la audiencia que se mantuvo con los menores, cuyo contenido fue reservado y que se dejó constancia a fs. 191, se desprende que los mismos casi no tienen contacto con el padre, por lo que en la práctica transcurren la mayor parte de su vida cotidiana con la madre. -----

-----De las otras tres pautas que enumera el art. 443 del C. Civil y Comercial, resulta relevante para el decisorio, la prevista en el inciso b), esto es la mayor dificultad para procurarse una vivienda. En general esta situación suele ir de la mano del criterio anteriormente analizado, pues el cónyuge que tiene el cuidado personal de los hijos y conforma el grupo familiar más numeroso, en muchas ocasiones también es el que tiene mayor dificultad para encontrar vivienda. En esta misma línea, deben valorarse otras situaciones que reflejan vulnerabilidad y, consigo, la dificultad de hacerse de una vivienda como lo es el tener a cargo de uno de los cónyuges algún otro miembro de su familia (hijos mayores o padres enfermos). Por aplicación del principio de igualdad, no se puede establecer a priori la atribución a favor de la mujer, de conformidad con lo que dispone el artículo 402, normativa que ha sido introducida por la ley 26618 que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. La carga de probar el estado de necesidad y la dificultad de hacerse de otra vivienda está en cabeza del cónyuge que pretende que se le atribuya el hogar familiar, ya que si el otro cónyuge es el titular, no habiendo hijos, a éste se le estaría limitando su derecho de propiedad; por lo cual, debe darse algún fundamento de peso para ello. En este sentido, cuando el más necesitado no pueda esgrimir y demostrar un interés genuino en su estado de mayor vulnerabilidad, tendría preferencia el cónyuge titular (conf. Herrera, op. cit., ídem, págs. 778/779).-----

----En la especie, encuentro claro que quien está en la mayor situación de vulnerabilidad para procurar una vivienda es la actora. Es que además de ser quien en la práctica convive la mayor parte del tiempo con los hijos y se ocupa de su cuidado personal, los informes obrantes en la causa dan cuenta de las dificultades de O. para hallar una vivienda adecuada para ella y sus hijos. Del informe de fs. 73/75 vta. del 05/02/18, se desprende que en la etapa posterior a la separación de las partes, A. permaneció con su madre y D. con su padre (ver fs. 74, 3er. párrafo). Asimismo se alude a la delicada situación socioeconómica y laboral de la actora, a lo que se suma un nuevo embarazo, así como a la diferente consideración de ambas partes respecto de la atribución del hogar, ya que O. hizo referencia a que la adjudicación del inmueble responde a un proyecto familiar, mientras que S. afirma que ha sido un proyecto individual a través del sindicato al que está adherido (ver fs. 74 vta., 2do. párrafo). El segundo informe de fs. 96/97 es del 16/02/18, y en el mismo se da cuenta que O. convive con sus dos hijos en la vivienda de Ayuso Norte X junto con sus padres, seis hermanos y una sobrina, los que componen un grupo familiar extenso de doce personas. Se ilustra respecto de que la actora se encuentra desocupada y que cuenta solamente con los ingresos de la cuota alimentaria de \$ 2.600 y de \$ 3.100 en concepto de salario familiar. En cuanto a las condiciones habitacionales se da cuenta de que la vivienda cuenta con tres habitaciones,

dos de las cuales son ocupadas por los hijos y nietos, mientras que la restante es matrimonial (de los padres de la actora), contando también con un baño, cocina, y living-comedor. El siguiente informe de fs. 137/139 vta. del 23/04/18 da cuenta de que, dado lo numeroso del grupo familiar conviviente y la falta de espacio suficiente, una hermana de la actora le propuso alquilar una vivienda independiente junto a sus hijos, conviviendo de tal forma la accionante con sus dos hijos y su hermana con su hijo, en la vivienda sita en Condarco 1568. En ese entonces O. se encontraba cursando el séptimo mes de embarazo. Por su parte en la expresión de agravios, la actora hace referencia al “peregrinar” habitacional por el que han transcurrido ella y sus hijos, refiriendo que actualmente han vuelto a la casa de su madre en Ayuso Norte 592, lo que es corroborado por los niños en la audiencia cuya acta consta en sobre reservado de acuerdo al acta agregada a fs. 191, donde conviven aproximadamente doce personas, según los dichos de los menores.-----

-----De la reseña efectuada resulta claro que la actora se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica para procurarse una vivienda, y si bien en la audiencia de fs. 192/vta., el Sr. S. manifestó que fue despedido de su trabajo y que vive en la casa en cuestión con su pareja, lo cierto es que la prueba producida en la causa da cuenta de la mayor vulnerabilidad habitacional de la Sra. O. y de los menores. Al respecto debe tenerse presente el precepto de nivel constitucional (conf art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional) según el cual, en las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales -entre otras instituciones y organismos- debe atenderse el interés superior del niño (conf. art. 3, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el que en este caso se encuentra vulnerado dado que los menores deben habitar en condiciones inadecuadas junto a su madre.-----

----A lo anterior cabe añadir, tal como lo destaca en su dictamen la Asesora de Familia, que las condiciones de habitabilidad en la que se desarrolla la vida de los hijos comprometen el reconocimiento de su derecho a la vivienda. Sobre este punto también cabe recordar que el derecho a la vivienda atraviesa un sinnúmero de situaciones muy diversas que alimentan la definición sobre su alcance (conf. Ricciardi, M. Victoria: “El derecho a la vivienda digna y adecuada. Una aproximación”, en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coordinadores): “Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina”, Ed. La Ley, 2016, T° II, págs. 145/146). Al respecto cabe considerar que el trabajo realizado por los organismos especializados del sistema internacional de los derechos humanos por un lado, con sus respectivos matices, son pauta complementaria para definir el alcance del derecho a la vivienda. A la vez, resultan útiles para conocer los aspectos que generan mayor preocupación en el ámbito internacional y son objeto de recomendaciones por parte del sistema universal. El relator de la vivienda fue quien precisó la definición del derecho a la vivienda, que en la normativa internacional se encuentra reconocido como parte integrante del derecho a un nivel adecuado. El derecho a la vivienda se define como: “El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que

puedan vivir en paz y dignidad”. La definición adoptada sigue los lineamientos definidos por el Comité DESC, que le dedicó al derecho a la vivienda dos observaciones generales: la 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada, y la 7 (1997) sobre los desalojos forzados, que a partir de la fuerza normativa del derecho internacional, constituyen dos de los documentos más relevantes en materia de derecho a la vivienda. En la observación general 4, el Comité enumera y define los aspectos esenciales que en cualquier contexto deben verificarse para poder considerar que una persona, familia o grupo de personas gozan del derecho a una vivienda adecuada. En otras palabras, para que una vivienda sea adecuada, destacando así el concepto de adecuación del lugar de residencia de las personas, debe reunir como mínimo los siguientes criterios: el primero y tal vez el más relevante es: a) la seguridad jurídica de la tenencia; los otros son: b) disponibilidad de materiales, servicios, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; ) lugar, y g) adecuación cultural (conf. Ricciardi, op. cit., págs. 154/156).-----

-----En síntesis de lo expuesto, es claro que dadas las condiciones actuales de habitabilidad en las que se desenvuelve la vida cotidiana de la madre y de sus hijos, las mismas no resultan adecuadas, por lo que a la luz de los incisos a) y b) del art. 443 del C. Civil y Comercial, asiste razón a la actora al reclamar la atribución de la vivienda.-----

---3) No obstante lo anterior, como se dijo en el considerando primero, el argumento dirimente de la juzgadora para rechazar la pretensión de la Sra. O. radicó en que la vivienda en cuestión no fue la que habitaba el grupo familiar. Reitero que esto no fue desconocido por la actora, mas la misma remarca que ello no es un impedimento “sine qua non” para no hacer lugar a su reclamo, teniendo en cuenta las necesidades del grupo familiar que ya fueron expuestas en el segundo considerando. Sobre este aspecto cabe tener presente que si bien todo el grupo familiar no habitó la vivienda de la calle Las Heras 1877, sí lo hizo el menor D. mientras vivió con su padre (ver informe a fs. 73).-----

-----En cuanto al argumento de la sentenciante para rechazar la pretensión de la actora, se ha sostenido que el artículo 443 dispone que el derecho a uso se refiera al inmueble que revista la calidad de “vivienda familiar”, es decir, no se trata de cualquier inmueble, sino de aquel que califique -en principio- como sede de la vida familiar.- Ahora bien, precisar la condición de “vivienda familiar” podría requerir de un mayor esfuerzo en los supuestos en los cuales involucre el interés de hijos menores, cuya satisfacción impone un extremo cuidado. Porque no sólo podrá revestir tal condición el inmueble donde habitaba el grupo familiar hasta el quiebre de la convivencia, sino también otro inmueble sobre el cual los cónyuges detenten un derecho a uso más efectivo que sobre aquél en el que habitaban durante la convivencia (conf. Pellegrini, M. Victoria, en Kemelmajer de Carlucci-Herrera-Lloveras: “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T° I, pág. 491).-----

----Así fue resuelto en distintos precedentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España. El punto es que precisar “vivienda familiar” puede presentar ciertas particularidades. Por lo tanto, para determinar qué debe entenderse por “vivienda



familiar” es necesario recurrir a otros elementos que no se reducen a la mera constatación del lugar donde vivía el grupo familiar, sino que aquello verdaderamente relevante es procurar resolver la cuestión habitacional a la parte más débil, en concordancia con el principio de solidaridad familiar que rige la regulación actual de las relaciones familiares (conf. Pellegrini, op. cit., ídem, págs. 492/494). -----

----En la especie, amén de que no se ha esgrimido que alguno de los ex cónyuges tuviera un derecho a uso más efectivo sobre algún otro inmueble que no sea el reclamado, de acuerdo a las consideraciones precedentemente expuestas, la precisión de “vivienda familiar” no debe limitarse a la que fuera sede del hogar familiar, sino que resulta relevante dar solución a las condiciones de habitación del grupo familiar, básicamente de los menores. En consecuencia, y en atención a lo expuesto en el anterior considerando, más lo dispuesto en el art. 443, incs. a) y b) del C. Civil y Comercial, entiendo que corresponde revocar la sentencia apelada en este punto, a los fines de atribuir el uso de la vivienda de la calle Las Heras X, casa X del Barrio 22 Viviendas de Trelew a la actora.-----

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado en el pto. II (ver fs. 147), a los meros efectos de hacer lugar al pedido de atribución del uso de la vivienda sita en la calle Las Heras X, casa X del Barrio 22 Viviendas de Trelew a favor de la actora, V. A. O., hasta que los hijos de las partes alcancen la mayoría de edad. A tal fin intímese al demandado D. R. S., a que en el plazo de diez días de consentida la presente entregue la vivienda mencionada a la actora, bajo apercibimiento de lanzamiento. -----

----Dado que se revoca parcialmente el decisorio, pero atento a que se impusieron las costas al alimentante que resulta ser el demandado (ver sentencia a fs. 147, pto. V), lo cual no fuera objeto de apelación alguna, entiendo que no corresponde efectuar readecuación en cuanto a la imposición de las costas ni a la regulación de honorarios en los términos del art. 280 del CPCC. -----

Respecto de las costas de esta sede, si bien sobre el aspecto que fuera objeto de agravio ha resultado victoriosa la apelante, encuentro que se presentan las circunstancias objetivas que habilitan la aplicación del segundo párrafo del art. 69 del CPCC. Al respecto se ha sostenido que la eximición de costas, que autoriza el artículo, es excepcional y de carácter restrictivo. Si bien la norma deja al juez un margen de arbitrio, sólo se debe eximir de costas sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas, ya que de acordarse con laxitud, la vencida resultaría ser en verdad una parcial vencedora, al imponer a la triunfante el sacrificio patrimonial constituido por el costo de la defensa de quien se vio obligado a litigar (conf. CN. Civ., Sala A, 29/2/88, LL, 1988-D-52).-----

----En ese sentido se ha dicho que procede excepcionalmente la eximición de costas ante cuestiones dudosas de derecho originadas por las siguientes causas, entre otras:

a) la ambigüedad de las normas aplicables que generan discordancia interpretativa; b) la existencia de divergencia jurisprudencial; c) con mayor razón si existe divergencia doctrinaria y jurisprudencial; y d) tratarse de un tema novedoso, basado en normas

recientes, o poco habitual, no reconociendo doctrina y jurisprudencia consolidadas. Es obvio que la duda acerca de la solución deriva de un convencimiento de sentirse asistido por el derecho para actuar o defenderse. Ahora bien, la sola creencia del litigante no es de por sí suficiente para eximirlo de costas. Debe mediar una convicción razonable que provenga de circunstancias objetivas que demuestren la existencia de un justificativo (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, págs. 283/284). -----

----En la especie encuentro que la norma puede dar lugar a interpretaciones como la efectuada por la jueza de grado, amén de que no existe jurisprudencia y doctrina consolidadas en la materia, por lo que bien pudo el demandado considerarse con derecho a resistir la pretensión actoral. En consecuencia propongo distribuir las costas de esta instancia en el orden causado (conf. art. 69, 2do. párrafo del CPCC). -----

----Asimismo, teniendo en cuenta el resultado del pleito, así como la extensión y mérito de las tareas desempeñadas en esta sede, propongo regular los honorarios de las letradas apoderada y patrocinante de la actora, Dras. M. G. M. y M. E. E. E., en conjunto, en un 4,80%; y los del letrado patrocinante del demandado, Dr. L. S., en un 4,20%; en ambos casos sobre el monto del proceso determinado en el decisorio de grado, y con más el IVA correspondiente (arts.

5, 6, 8, 9, 13, 46 y conchs. de la ley XIII N° 4). -----

----Voto entonces a esta cuestión por la PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.-----

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:-----

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 151, que fuera concedido libremente a fs. 154, contra de la sentencia definitiva de la anterior instancia de fs. 145/147 aclarada a fs. 167 que homologó el acuerdo arribado por V. A. O. y D. R. S., respecto de D. R. S. O. y A. S. O., en cuanto al cuidado personal en forma compartida e indistinta con residencia principal en el domicilio materno, régimen de comunicación y cuota alimentaria. Asimismo no hizo lugar al pedido de atribución de la vivienda solicitado por V. A. O., ordenó a los Sres. S. y O. para que busquen un espacio terapéutico a fin de trabajar las capacidades parentales y adquirir herramientas para lograr la vinculación como padres sin violencia, y dispuso dar intervención al Servicio de Protección de Derechos a fin de que intervenga en el marco de lo previsto por la ley 26061, con imposición de costas al alimentante. -----

----La expresión de agravios luce a fs. 176/179, el traslado conferido a fs. 180 fue evacuado por su contraria a fs. 181/182, a fs. 191 y 192/vta. obran las actas de la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III N° 21, y a fs. 194/195 la Asesora de Familia emitió dictamen. -----

---La relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso correspondan realizar.-

----2. La lectura de los agravios permite señalar que la accionante impugna el fallo en cuanto rechaza el pedido de atribución de la vivienda que efectuara.-----

---Sobre el particular el juzgador a fs. 146 señaló que: **Respecto a lo solicitado por la actora en cuanto a la atribución del hogar, la misma expresa que el inmueble cuya atribución pretende es un bien ganancial. Al respecto debo advertir, según se desprende del expte. 237/2017 sobre divorcio, en fecha 15 de Mayo de 2017 se decretó el divorcio de los Sres. O. - S., declarando disuelta la sociedad conyugal con retroactividad al día 28 de Abril de 2017. Asimismo, surge que el último domicilio conyugal, conforme lo manifestado por la propia Sra. O. fue el sito en Pasaje Santiago del Estero N°77 de ésta ciudad. Así las cosas, debo decir que la atribución de la vivienda familiar implica conceder a uno de los cónyuges el uso del inmueble en el cual se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio, pues de lo que se trata es de mantener la continuidad del uso por parte de uno de los cónyuge. Y en relación con el inmueble de que se trata, la atribución, en principio, no está prevista respecto de cualquier predio, sino sobre aquel donde habitaba el grupo familiar de manera permanente y estable hasta el quiebre de la convivencia. Requiere que al menos uno de los cónyuges sea titular actual de algún derecho, que implique el uso y goce del inmueble, pues de lo contrario carece de sustento jurídico una atribución de un uso simplemente fáctico. En el caso de autos, la vivienda cuya atribución se pretende nunca reunió las características de vivienda familiar, ya que jamás vivió allí el grupo familiar integrado en su momento por los Sres. O.-S., habiendo sido adjudicada al Sr. S. con posterioridad de producida la ruptura del vínculo que los unía. En ese sentido, a lo largo de los diferentes expedientes la Sra. O. al denunciar su domicilio, lo hizo en lugares distintos al que ahora pretende su atribución, concluyendo que no corresponde hacer lugar al pedido de atribución de la vivienda solicitado por la actora.**-----

-----Destaco que la vivienda cuya atribución solicita la apelante está ubicada en la calle Las Heras X, casa X del Barrio X Viviendas de Trelew (ver demanda, p. VIII., fs. 09, último párrafo) y que ese domicilio nunca fue ocupado por el grupo familiar ya que la vivienda fue adjudicada al Sr. S. con posterioridad a la ruptura del vínculo, lo que así resulta al admitir la actora que la entrega de llaves fue realizada días posteriores a la separación (ver fs. 176 vta., último párrafo). -----

----Con tal salvedad, la queja formulada se endereza a considerar que el fallo alude a que en principio la atribución no está prevista respecto de cualquier predio y que la vivienda que se reclama la atribución constituyó un proyecto de vida familiar, que O. fue quien inició los trámites de inscripción, que la solicitud ante el IPV se realizó con los datos de una familia constituida, que los niños en forma ocasional y también la actora convivieron en forma intermitente con S. en esa vivienda, sumado a las dificultades económicas por las que atraviesa junto a sus hijos que los coloca en situación de vulnerabilidad. -----

-----Desde ya que en el caso se trata de la atribución del uso de la vivienda familiar (art.

443 del C.C. y C.) por lo que descarto las manifestaciones efectuadas acerca de que ese inmueble es un bien ganancial pues ello es materia de una eventual controversia en otro juicio por liquidación y partición de la comunidad ante su extinción por divorcio (art. 475 y sig. del C.C. y C.).-----

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

-----Al respecto se expresa que uno de los temas más difíciles de resolver cuando se produce el divorcio es la atribución de la vivienda, ya que, en la mayoría de los casos, no existe la facilidad de lograr otro inmueble donde radicarse. Para su atribución no existe prioridad de ninguno de los cónyuges y será el juez quien determine a cuál de ellos le corresponde (Bueres, Alberto J., *dirección*, “Código Civil y Comercial de la Nación: analizado, comparado y concordado”, Editorial Hammurabi, 2014, vol. 1, Artículos 1 – 1429, pág. 351). -----

----En cuanto a las pautas a considerar las mismas son de tipo objetivo y se relacionan con la situación de vulnerabilidad o mayor necesidad y la primera de ellas es respecto a la persona a quien se le atribuye el cuidado de los hijos en atención al interés preferente de los menores ya que los tribunales en las medidas referidas a los niños deben atender el interés superior del niño (art. 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). -----

----En cuanto a las pautas que refiere el art. 443, si bien su orden no debería indicar preeminencia de una sobre otra, no cabe duda que quien quede a cargo del cuidado de los hijos tendrá un derecho preferente a solicitar la atribución de la vivienda y ésta será la pauta más importante a tener en cuenta por el juez (Bueres, Alberto J., *dirección*, “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Editorial Hammurabi, 2016, T. 2, Artículos 401 - 723, pág. 148/149). Analizando el texto, surge que, en primer término, se resuelve el supuesto de matrimonio con hijos, anteponiendo siempre el interés de estos últimos (Iglesias, Mariana Beatriz y Krasnow, Adriana Noemí, “Derecho de las familias y las sucesiones”, La Ley, 2017, pág. 270). La persona a quien se le atribuye la custodia de los hijos representa el criterio mayoritario de todas las decisiones donde se resuelve la atribución del hogar y hay hijos menores de edad, y se traduce en la protección del grupo familiar más numeroso (Rivera, Julio César y Medina, G., *Directores*, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, 2014, v. 2, pág. 91). -----

-----Así, con referencia a la pauta prevista en el inciso a) se sostiene que el fundamento de esta disposición admite una distinción. Por un lado, comprende la tutela de los derechos de los hijos, quienes requieren de la protección de sus padres -aún divorciados- para su

desarrollo integral, incluso o básicamente en el aspecto habitacional. Se trata en definitiva, de una “manifestación del principio del interés del menor”, que la jurisprudencia nacional ya había receptado en forma pacífica. Pero a su vez, se tienen en consideración las mayores dificultades que puedan presentarse a aquel de los progenitores a quien le es otorgado el cuidado de los hijos para procurarse una vivienda, justamente por las restricciones de tiempo y esfuerzo que tal cuidado demanda (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, T. 1, pág. 498).-----

----Y en tal sentido, el fallo en crisis homologó el acuerdo arribado por los Sres. O. y S. en lo que hace a que el cuidado personal será en forma compartida e indistinta con residencia principal en el domicilio materno (fallo, p. I, fs. 146 vta.), de acuerdo con la primera alternativa prevista por el art. 651 del C.C. y C. Y si bien en ese cuidado personal se convino que el Sr. S. retire a sus hijos del establecimiento escolar todos los días, lo cierto es que después de la cena debe reintegrarlos al domicilio materno en virtud de la residencia principal en ese domicilio, a lo que se añade que de la audiencia celebrada a fs. 191 cuyo contenido se reservó surge que los menores no ven a su padre y que están la mayor parte del día con su madre. -----

----De las restantes pautas contempladas por el art. 443 del C.C. y C. pongo de relieve la segunda (“... b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios”) pues se relaciona con la contemplada en el inciso a) ya que la primera atiende al interés del menor y al mismo tiempo a las mayores dificultades que se presentan para el progenitor que tiene a su cargo el cuidado de los hijos. -----

----En esa dirección se expresa que esta pauta suele estar relacionada con la mencionada anteriormente, puesto que es lógico que quien tiene a cargo a sus hijos se encuentre a su vez en una situación económica más desventajosa para proveerse por sí una vivienda, y la mujer, es quien está más frecuentemente en estas condiciones, mientras que el marido, en general, se presenta como aquel que tiene mayores posibilidades de conseguir una nueva vivienda, y consecuentemente, a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario, prevalece el criterio de su exclusión (Rivera, Julio César y Medina, G., *Directores*, obra y tomo citado, págs. 91/92). Favorecer con la atribución de la vivienda a aquel que se encuentre en la situación más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios, es una pauta que evidencia el carácter tuitivo de la norma, esencialmente objetivo, pues el fundamento teológico de la protección de la vivienda está definido por la situación de vulnerabilidad de un cónyuge respecto respecto al otro. La custodia de los hijos puede evidenciar tal vulnerabilidad, pero en definitiva la situación más desventajosa, la necesidad de protección al cónyuge más débil, es el elemento que justifica la atribución de la vivienda familiar, aun en el supuesto que no se trate de un matrimonio con hijos, o que los mismos ya sean mayores de edad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, pág. 509). -----Y en la

presente causa resulta evidente que la actora es la persona que se encuentra en mayor situación de vulnerabilidad para proveerse de una vivienda, a lo que se suma que la residencia principal de los menores es en el domicilio materno y que en la vida cotidiana de los hijos es quien pasa y convive la mayor parte. -----

También debe considerarse que de autos resultan las dificultades que la Sra. O. tiene para encontrar una vivienda digna junto a sus hijos. En efecto, del informe que luce a fs. 73/75 y vta. del 05 de febrero de 2018 surge que la actora se encuentra en una grave situación económica al perder su trabajo lo que a su vez repercute en el ámbito habitacional ya que permaneció un tiempo en la vivienda de su abuelo para posteriormente recurrir a la casa de su familia de origen, manifestando que el hábitat no es el adecuado para el extenso grupo familiar que incluye a sus padres, seis hermanos y un sobrino en una vivienda con tres habitaciones (fs. 74, segundo párrafo), a lo que se agrega que se encuentra esperando un tercer hijo (ver fs. 73, penúltimo párrafo). En dicho informe también se deja constancia que en el período posterior a la separación A. permaneció junto a su madre y el pequeño D. con su padre (fs. 74, tercer párrafo). Asimismo del informe de fs. 96/97 del 16 de febrero de 2018 resulta que al momento de la entrevista O. -que se encuentra cursando el quinto mes de embarazo- convive junto a sus hijos y su grupo familiar de origen en el domicilio sito en Ayuso Norte N° X (fs. 97), grupo familiar que comprende también a sus padres, seis hermanos y una sobrina (ver fs. 96/vta.), o sea un total de doce personas en una vivienda que cuenta con tres habitaciones y un baño interno (fs. 96 vta., último párrafo). También se informa que la Sra. O. se encuentra desocupada y que solo cuenta como ingreso la cuota alimentaria de \$ 2.600 y el salario familiar de \$ 3.100 (fs. 96 vta., "Situación económica). El restante informe que obra a fs. 137/139 y vta. del 23 de abril de 2018 señala que dado que la Sra. O. permanece viviendo junto a su familia de origen, el cual es un grupo numeroso, su hermana Etna O. le propuso alquilar una vivienda independiente, junto a sus hijos, con lo cual el grupo se compone por la actora y sus dos hijos y su hermana con un hijo, en la vivienda ubicada en Condarco X de esta ciudad. Agrega el mismo que la Sra. O. que cursa el séptimo mes de embarazo es quien cuida a sus hijos y a su sobrino. Esta situación económica y habitacional fue expuesta por la actora al expresar agravios (ver fs. 177), destacando que luego de la separación han venido trasladándose a distintas viviendas y que incluso pasaron una temporada en la casa que le prestó su abuelo pero dicha vivienda se volvió inhabitable por problemas de aguas servidas, que convivieron durante un corto tiempo en la casa de una de sus hermanas y que actualmente se encuentran conviviendo en la casa de sus padres en Ayuso Norte X de Trelew (fs. 177 vta.). Agrego que los menores así lo manifestaron en la audiencia celebrada el 18 de octubre de 2018 a tenor de lo que resulta del contenido del acta reservada según resulta de fs. 191.-----

-----De lo expuesto surge y lo reitero que la Sra. O. es quien se encuentra en mayor situación de vulnerabilidad para proveerse de una vivienda, a pesar de que el Sr. S. en la audiencia cumplida a fs. 192/vta. manifestó que fue despedido de su trabajo hace

poco tiempo, pues debe atenderse preferentemente el interés superior del niño como ya lo señalara (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, art. 3, inciso 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 443, inciso a) del C.C. y C.). -----

----A todo ello debe agregarse que la Asesora de Familia en su dictamen puso de relieve que los menores en la audiencia celebrada a fs. 191 manifestaron su deseo de continuar viviendo con su madre, y que bajo este sistema el progenitor que convive con los hijos menores de edad se hace cargo de una serie de necesidades de un modo directo a través de la cotidiana atención de sus requerimientos, siendo por ello que la mayor contribución económica debe estar a cargo del padre no conviviente, dentro de lo cual el aspecto habitacional es un tema fundamental ya que se trata de una manifestación del principio del interés superior de los niños (ver fs. 194, cuarto párrafo). Y ante la situación de vulnerabilidad económica y habitacional en que se encuentra la Sra. O. y sus hijos menores cabe considerar que en el caso hay una clara afectación del derecho de acceso a una vivienda adecuada. -----

-----Así, en lo que se refiere a niños y adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño en el “Principio 4” consagra el derecho de acceso a una vivienda adecuada. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 27, párrafo 3°, establece el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo con particular referencia a la nutrición, el vestuario y la vivienda.-----

-----También el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales alude a una noción de vivienda adecuada. Así, en su art. 11 establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. A su vez, corresponde considerar las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (<http://daccess-dds-ny.un.org/>), en particular la Observación General N° 4/1991 al establecer ese Comité que: “8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. ... ”. Asimismo, debe puntualizarse que dicho Comité estableció los siguientes aspectos, a saber: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) Gastos soportables; d) Habitabilidad; e) Asequibilidad; f) Lugar; y g) Adecuación cultural.

-----Por ello resulta evidente que la situación habitacional de la actora al convivir con sus dos hijos menores de edad junto con sus padres, seis hermanos y una sobrina, esto es, un total de doce personas, en la vivienda ubicada en la calle Ayuso Norte X de Trelew que cuenta con tres habitaciones y sólo un baño interno, no satisface las condiciones de

habitabilidad adecuadas. -----

---Con ese alcance, la actora cuenta con fundamentos suficientes para reclamar la atribución de la vivienda. -----

---3. Ahora bien. El razonamiento del juzgador tuvo como eje central para rechazar ese reclamo que en relación con el inmueble de que se trata, la atribución, en principio, no está prevista respecto de cualquier predio, sino sobre aquel donde habitaba el grupo familiar, y que en el caso la vivienda cuya atribución se pretende nunca reunió las características de vivienda familiar ya que jamás vivió allí el grupo familiar, aspecto que fue admitido por la actora al expresar que le entregaron las llaves al Sr. S. con posterioridad a la separación. -----

---Como puede observarse el fundamento invocado por el juzgador surge de la doctrina que considera: “En segundo lugar, el artículo 443 dispone que el derecho a uso se refiera al inmueble que revista la calidad de “vivienda familiar”, es decir, no se trata de cualquier inmueble, sino de aquel que califique -en principio- como sede de la vida familiar”. Sin embargo esa postura al mismo tiempo aclara que: “Ahora bien, precisar la condición de “vivienda familiar” podría requerir de un mayor esfuerzo en los supuestos en los cuales involucre el interés de hijos menores, cuya satisfacción impone un extremo cuidado. Porque no sólo podrá revestir tal condición el inmueble donde habitaba el grupo familiar hasta el quiebre de la convivencia, sino también otro inmueble sobre el cual los cónyuges detenten un derecho a uso más efectivo que sobre aquél en el que habitaban durante la convivencia” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, pág. 491) (el subrayado me pertenece). -----

-----Y en este último aspecto se destaca que un supuesto así fue resuelto por el Tribunal Supremo de España, para agregar que: “Pero vale como ejemplo que precisar “vivienda familiar” puede presentar ciertas particularidades. Por lo tanto, para determinar qué debe entenderse por “vivienda familiar” es necesario recurrir a otros elementos que no se reducen a la mera constatación del lugar donde vivía el grupo familiar, sino que aquello verdaderamente relevante es procurar resolver la cuestión habitacional a la parte más débil, en concordancia con el principio de solidaridad familiar que rige la regulación actual de las relaciones familiares (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, pág. 492 y nota n° 699 y págs. 493/494, respectivamente). -----

-----Y en el citado fallo el Tribunal Supremo de España fijó la siguiente doctrina: “**QUINTO.** La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: El juez puede atribuir el uso de una **vivienda** que no sea la que se está ocupando en concepto de **vivienda familiar** cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos” (Consejo General del Poder Judicial. Roj: STS 6496/2011 – ECLI:Es:Ts:2011:6496, Id. Cendoj: 28079110012011100652, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, 10/10/2011, N° de



Recurso 1069/2009, N° de Resolución 695/2011, Ponente Encarnación Roca Trias) (ver <http://www.poderjudicial.es/http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21979>).-----

----Por tales razones, sumado a lo previsto por el art. 443, incisos a) y b), del C.C. y C., toda vez que la noción de vivienda familiar no se restringe al supuesto del inmueble en el que habitaba el grupo familiar pues corresponde procurar resolver la situación habitacional en que se encuentra la parte más débil, atendiendo asimismo a la necesidad de proteger el interés de los menores, considero que debe hacerse lugar al reclamo formulado por la actora y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis para atribuir a esa parte el uso de la vivienda ubicada en la calle Las Heras X, casa X del Barrio 22 Viviendas de la ciudad de Trelew.-----

----A su vez, la atribución del uso de la vivienda es un derecho de tipo temporal pues implica una fuerte restricción al dominio que requiere una limitación temporal precisa. En la tensión subyacente entre el derecho sobre el inmueble del cónyuge a quien no se le atribuye el uso del mismo y el principio de solidaridad familiar, que obliga a tolerar esa restricción en función de la mayor vulnerabilidad de quien fuera su cónyuge, la fijación de un plazo funciona como una herramienta de equilibrio: ni el ex cónyuge debe soportar indefinidamente la limitación de sus derechos, ni quién se beneficia con la atribución de uso de la vivienda “resuelve” su problema habitacional en forma definitiva (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Directoras, obra y tomo citado, pág. 497). -----

----Sin perjuicio de ello, pondero también que uno de los rubros que integran la obligación de alimentos en el marco de la responsabilidad parental es el derecho a una vivienda adecuada (art. 659 del C.C. y C.). Y respecto de esta normativa se precisa que el empleo del término “habitación” alude al derecho que tiene todo niño y adolescente de acceder a una vivienda. No hay dudas que el derecho a la vivienda es un rubro que se integra a la prestación de alimentos derivada de la responsabilidad parental. Por lo tanto, debe ser garantizado (Sánchez Herrero, Andrés, Director, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, La Ley, 2016, T. VII, pág. 734). -----

----Con tales pautas, teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso y en especial que se encuentra en juego el interés superior del niño, sumado a que la normativa vigente no establece un plazo máximo -a diferencia del supuesto previsto por el art. 526 del C.C. y C. para el caso de la unión convivencial- estimo prudente que el plazo se extienda hasta que los menores –hijos de las partes- alcancen la mayoría de edad.-----

----4. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para atribuir el uso de la vivienda ubicada en la calle Las Heras X, casa X del Barrio X Viviendas de la ciudad de Trelew a la Sra. V. A. O., fijando el plazo de esa atribución hasta que los menores -hijos de las partes- alcancen la mayoría de edad. A tal fin se intimará al demandado a que en el plazo de diez días de consentida la presente decisión haga entrega de la referida vivienda a la actora, bajo apercibimiento

de lanzamiento. -----

---Toda vez que el fallo en crisis impuso las costas al alimentante (p. V, fs. 147) y tal decisión no fue apelada por el demandado, no corresponde efectuar las adecuaciones previstas por el art. 280 del C.P.C.C. en materia de costas y honorarios.-----

---Tocante a las costas de Alzada, aun cuando la actora resultó vencedora entiendo que en el caso existen razones objetivas para eximir de costas al demandado vencido. ---

Desde ya que la calidad de litigante vencido o perdedoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. I, par. 10, pág. 261). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. IV, pág. 527). Por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369).-----

---Pero a su vez en materia de eximición de costas se señala que el párr. 2° del art. 68 (hoy art. 69 del C.P.C.C.) importa una atenuación al principio general de que el vencido debe soportar las costas del juicio, y acuerda a los jueces un adecuado marco de arbitrio, que debe ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada la exención. Pero también hay que aclarar que no es la sola creencia subjetiva del litigante sobre la razón probable para litigar lo que autoriza a la eximición de costas al vencido; deben existir elementos objetivos en la causa que razonablemente pudieron llevar al perdedoso a considerarse con derecho a litigar. Como dicen Fassi y Yañez, la razón fundada para litigar debe apoyarse en circunstancias fácticas o jurídicas que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito (Loutayf Ranea, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, 1998, par. 33 y 37, págs. 77 y 79/80). La eximición de costas es excepcional y *de carácter restrictivo*, y sólo ha de disponerse cuando existen motivos fundados, en virtud del principio objetivo de la derrota. La condena en costas es la regla y su dispensa la excepción, de modo que el apartamiento de tal principio sólo debe acordarse cuando medien razones fundadas, pues la exención debe aplicarse con criterio restrictivo. Entonces, sólo se debe eximir de costas sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas, ya que de acordarse con laxitud la vencida resultaría ser en verdad una parcial vencedora, al imponer al triunfante el sacrificio patrimonial constituido por el costo de la defensa de quien se vio obligado a litigar. Es práctica corriente pretender fundamentar la eximición en la “índole de la cuestión” o “en el modo como se resuelve”. Es ello insuficiente; debe hacerse una concreta referencia a cuál es “la cuestión” y cuál es “el modo” que determina la exoneración, expresándose con claridad cuáles son las particularidades que determinan tal solución. Tampoco es suficiente invocar “la complejidad del tema propuesto”, ya que

de existir ésta afectaría a ambas partes. La sola creencia subjetiva de la razón para litigar no es por sí suficiente para eximir del pago de las costas al perdedor, pues es indudable que -salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte (Arazi y Rojas, obra y tomo citado, págs. 257/258 y 259, respectivamente).-----

-----Con tales pautas, la jurisprudencia ha tenido en cuenta diversas circunstancias para eximir de costas, entre ellas, la novedad de la cuestión o la originalidad del caso planteado y las dificultades interpretativas que ha dado lugar la aplicación de una norma ((Loutayf Ranea, Roberto G., ob. cit., págs. 84/85).-----

-----Por ello, toda vez que en el caso hay una cuestión novedosa por tratarse de una normativa reciente, a lo que agrego que el art. 443 del C.C. y C. al aludir a la “vivienda familiar” puede dar lugar a diferentes interpretaciones, estimo adecuado eximir totalmente de responsabilidad al demandado en materia de costas para así imponer las mismas en esta segunda instancia en el orden causado (art. 69, segundo párrafo, del C.P.C.C.). -----

-----Finalmente, atendiendo a la extensión, mérito y eficacia de las labores profesionales cumplidas en esta instancia, estimo adecuados los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de las Dras. M. G. M. y M. E. E. E., letradas apoderada y patrocinante de la actora, en conjunto, y del Dr. L. S., letrado patrocinante del demandado, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,80% y 4,20%, respectivamente, del monto del juicio establecido en la anterior instancia (arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII N° 4), con más el I.V.A. que corresponda establecer.-----

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.-----

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: -----

---En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto:  
I.- Revocar parcialmente el fallo recurrido en el pto. II a los meros efectos de hacer lugar al pedido de atribución de uso de la vivienda sita en la calle Las Heras X, Casa X del Barrio X Viviendas de Trelew, a favor de la actora, V. A. O., hasta que los hijos de las partes alcancen la mayoría de edad; a cuyo fin intímese al demandado D. R. S. a que, en el plazo de diez días de consentida la presente, entregue la vivienda mencionada a la actora, bajo apercibimiento de lanzamiento.-----

----II.- Imponer las costas en la Alzada en el orden causado.-----

----III.- Regular los honorarios profesionales de las Dras. M. G. M. y M. E. E. E., en conjunto, en un 4,80%; y al Dr. L. S., en un 4,20%; en ambos casos sobre el monto del proceso determinado en el decisorio de grado, y con más el IVA correspondiente. -----

-----Así lo voto. -----

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: -----

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. -----

----Así lo voto. -----

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: -----

----- **SENTENCIA**:-----

----- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:-----

-----REVOCAR PARCIALMENTE el fallo recurrido en el pto. II a los meros efectos de hacer lugar al pedido de atribución de uso de la vivienda sita en la calle Las Heras X, Casa X del Barrio X Viviendas de Trelew, a favor de la actora, V. A. O., hasta que los hijos de las partes alcancen la mayoría de edad; a cuyo fin intímese al demandado D. R. S. a que, en el plazo de diez días de consentida la presente, entregue la vivienda mencionada a la actora, bajo apercibimiento de lanzamiento.-----

-----IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado.-----

-----REGULAR los honorarios profesionales de las Dras. M. G. M. y M. E. E. E., en conjunto, en un 4,80%; y al Dr. L. S., en un 4,20%; en ambos casos sobre el monto del proceso determinado en el decisorio de grado, y con más el IVA correspondiente. -----

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. -----

RAÚL ADRIÁN VERGARA  
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO  
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° \_\_\_\_\_ DEL AÑO 2018 – SDF – CONSTE.-

UBALDO RENÉ AGUILERA  
SECRETARIO DE CÁMARA