



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

Fs. 174

N° 2101/9/1F-858/14

**“M.L..A.A. CONTRA M.D.H. POR
ATRIBUCION DEL HOGAR
CONYUGAL”**

Mendoza, 29 de Julio de 2016.

AUTOS Y VISTOS:

I. Llegan estos autos a la Cámara en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.133, contra la resolución de fs. 123/126, por la que el juez de grado no hace lugar al pedido de atribución del hogar conyugal, impone las costas y regula honorarios.

II. De la lectura del fallo puesto en crisis surge que el magistrado que nos precedió en el análisis, rechazó la pretensión cautelar por considerar que no se ha probado la urgencia requerida por el art.231 del CC para su otorgamiento.

De igual modo advierte que se ha declarado la caducidad de toda la prueba, incluso la de la propia requirente.

Valora que el Sr. M. ya se ha retirado del inmueble cuya atribución se pide.

Si bien admite que a la Sra. M. L. se le ha otorgado la tenencia de sus hijos, no lo considera suficiente para otorgarle tal prerrogativa, toda vez que no ha acreditado las intromisiones de M. en dicho inmueble denunciadas en la demanda.

III. La apelante expresa agravios a fs. 145/150vta. Sostiene que es el propio M. quien reconoce en su escrito de contestación que ingresa al inmueble a fin de ver a sus hijos (fs.22), por ende era un hecho que no necesitaba probarse.

Advierte que su parte ha producido toda la prueba ofrecida, incluso la encuesta ambiental de fs.43, que el a quo no ha tenido en cuenta.

Señala ciertas contradicciones en la argumentación del fallo pues, por un lado al referir a los criterios acuñados por doctrina y jurisprudencia para decidir a cuál de los cónyuges atribuir la vivienda, reconoce que uno de ellos es preferir al que se le atribuyó la guarda de los hijos menores y al final, citando a la Dra. Kemelmajer de Carlucci, admite que en la actualidad para el otorgamiento de la medida, el fundamento reside en la crisis matrimonial en sí misma y en proveer a la familia desorganizada una equitativa organización provisional, luego no tiene en cuenta tales circunstancias acreditadas en el expediente y rechaza la pretensión.

Si bien la apelante reconoce que luego de la interposición de la cautelar M. calmó su actitud autoritaria, el pedido tiene por finalidad garantizar la paz familiar y el uso pacífico del hogar conyugal por los niños y la madre que ostenta su tenencia.

Pide que se revoque la resolución apelada y se le otorgue la atribución del hogar conyugal.

IV. El demandado contesta los agravios a fs.153/155, solicitando el rechazo del recurso en trato.

V. De las constancias de autos se desprende que A. M. L., concomitantemente a la interposición de la demanda de divorcio, solicita como medida precautoria la atribución del hogar conyugal sito en B° Solar del Plata Manz. "C", Casa 36 de Vistalba, Luján de Cuyo, Mendoza.

En el relato de los hechos, señala que ha peticionado la tenencia provisoria de sus dos pequeños hijos; que M. hizo abandono del hogar tal como surge de la exposición policial y que éste no respeta la normalidad familiar, ingresando al hogar cuando quiere, decidiendo almorzar o cenar a su conveniencia, provocando en los niños una gran confusión.

Asimismo, refiere que su esposo está en condiciones de alquilar el departamento en donde actualmente reside sito en calle Roque Saenz Peña 1315 de Godoy Cruz.

Funda la solicitud, en la necesidad de resguardar a los hijos del conflicto conyugal.

El demandado al contestar la demanda, reconoce que de común acuerdo se retiró del hogar.

Asimismo, relata que el ingreso, egreso, comidas, etc., al hogar, surgen justamente de la atención que tiene con sus hijos, de la relación que tienen los chicos con él y de la necesidad de ingresar ya que ellos se lo piden o bien, de tener que esperar dentro delo hogar hasta que la madre regrese.

Asimismo admite que la vida en común con su cónyuge ha colapsado, lo que provocó que de común acuerdo decidieran separarse.

De la encuesta ambiental cuyo informe glosa a fs.43 y vta., surge que ambos niños se encuentran adecuadamente contenidos por su madre y que se percibe un ambiente familiar armónico y estable, propicio para el normal desarrollo y educación de los menores, aconsejando la trabajadora social, el mantenimiento del statu quo.



Cámara de Apelaciones de Familia

PODER JUDICIAL

MENDOZA

A su vez, del informe de fs.49 y vta., se desprende que M., vive solo, alquilando un departamento.

VI. Si bien el juez de la primera instancia resolvió la pretensión cautelar en base a la normativa vigente al momento del dictado de la resolución, art.231 del CC , a la fecha del presente se encuentra vigente el nuevo CCyC que prevé la atribución del hogar conyugal en los arts. 443 y 721, sin perjuicio de lo cual no existe un verdadero conflicto de aplicación de leyes en el tiempo toda vez que en este aspecto, ambas legislaciones son similares, habiendo incorporado el CCyC, la doctrina y jurisprudencia que en forma mayoritaria venía forjando los criterios referidos a los requisitos y preferencias en el otorgamiento del uso de la vivienda familiar dentro del contexto del divorcio. (Cf. Luis Moisset de Espanés, "Irretroactividad de la ley y el nuevo art.3 (Código Civil) (Derecho Transitorio)", p.96).

La nueva legislación recepta un concepto más amplio en la protección de la vivienda donde radicara el hogar conyugal, al referirse a la "*vivienda familiar*" (art.443) y al "*interés familiar*" (art.721 inc. a), que sería el inmueble donde se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio, debiendo considerarse los intereses de todos los miembros del grupo conviviente y no sólo el de los cónyuges, sobre todo cuando lo habitan hijos menores de edad. Es decir, que no se trata de cualquier inmueble, sino de aquel que (Cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída y ots., Direc., comentario al art.443 CCyC, por María V. Pellegrini, "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T°I, p.490/491).

Aída Kemelmajer de Carlucci, en su obra señera "Protección jurídica de la vivienda familiar", Ed. Hammurabi, 1995, decía, analizando el art. 231 del CC que, por vivienda familiar debía entenderse la conyugal, es decir, aquella donde, de manera permanente y estable y como centro de su convivencia íntima han venido habitando los esposos e hijos del matrimonio y se requiere que el inmueble del cual se pretende la exclusión esté bajo algún poder jurídico o fáctico del cónyuge, por lo que no podría otorgarse si se hubiere enajenado con anterioridad (ps.231/232).

VII. Entrando al análisis de lo que es materia de agravio, adelantamos opinión en sentido favorable al recurso en trato.

En efecto, entendemos que el juez a quo ha confundido los recaudos legales exigidos por el art.231 del CC con la plataforma fáctica existente.

Es que, la urgencia, requerida por dicha norma, lo es para otorgar la cautelar con antelación a la interposición del juicio de divorcio, pero no cuando se solicita en forma conjunta o concomitante con éste y, la actora, al demandar en forma expresa dice que por separado y en forma contemporánea ha interpuesto la demanda de divorcio vincular contencioso.

Por ende, frente a tal situación, la ley presume la existencia de la crisis matrimonial y confiere al juez de la causa la facultad de merituar si resulta conveniente que alguno de los cónyuges se retire del hogar atribuyéndole al otro el uso exclusivo.

Por ello, se contradice el propio juez cuando cita por un lado a la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en el sentido que basta con la verificación de tal crisis matrimonial para que resulte procedente la atribución del hogar a fin de organizar provisoriamente a la familia y luego, no obstante resultar clara tal crisis ante la separación de hecho de los cónyuges, afirma que tal atribución no resulta necesaria.

Con igual criterio, Krasnow , citando a Guahnon, expresa: *“La atribución del hogar conyugal mientras se sustancia el proceso de divorcio tiene la clara finalidad de “evitar el agravamiento de la crisis con motivo de permanecer conviviendo quienes se encuentran en trámite de divorcio, lo que podría derivar de no adoptarse la medida a tiempo, en daños muchas veces irreparables”*; siendo aplicables para su determinación los criterios normativizados en los arts.443 y 444 del CCyC.

El art.443, entre los criterios a tener en cuenta por el juez para la atribución del hogar conyugal prevé: 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 y c) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

También se equivoca el a quo cuando argumenta que los hechos de intromisión al hogar denunciados por la actora no han sido probados cuando, es el propio demandado quien reconoce en su responde en forma expresa tal situación irregular que implica un avasallamiento de la intimidad y paz familiar, contribuyendo a la confusión de sus hijos respecto a la situación relacional de sus padres y la nueva situación familiar.

Del mismo modo, se contradice cuando, al referir a los criterios que doctrina y jurisprudencia han forjado para establecer cuál de los cónyuges tiene preferencia o



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

mayor derecho a la atribución, admitiendo que uno de ellos es la atribución de la tenencia de los hijos menores a fin de garantizarles el derecho a la vivienda, y luego lo califica de insuficiente, como así el referido a quien luego de la separación de hecho ha seguido viviendo en el inmueble donde radicaba el hogar conyugal.

Si bien no lo incluye, otro de los criterios acuñados y ahora, como vimos ut supra, contemplados expresamente por la ley, es el que mira cuál de los esposos está en mejores condiciones de proporcionarse otra vivienda, siendo que M. es quien se retiró del hogar y alquiló un departamento donde reside actualmente.

Consecuentemente, en autos se encuentran reunidos todos los requisitos exigidos por la normativa de fondo para acceder a la cautelar peticionada a fin de otorgar cobertura legal a la situación fáctica que, por el hecho de que no se hayan generado nuevos episodios de intromisión, no significa que no resulte conveniente y necesaria para evitar cualquier conflicto futuro, dotando de seguridad jurídica a sus ocupantes y propendiendo a garantizar la paz familiar, siendo esta la verdadera razón o finalidad de las normas en juego (art.321 del CC y art.721 inc. a) del CC y C).

Además, no podemos obviar que en el presente, se encuentra en juego el interés superior de los dos hijos menores de edad y que tal protección se encuentra directamente relacionada con garantizar en la mayor medida posible la satisfacción de sus derechos, entre los que se encuentran comprometidos, el derecho a la vivienda y el derecho a la vida familiar. (arts.3, 16 y cc.CDN y arts.3, 10 y cc. de la ley 26.061), interés que también es tenido en cuenta por la nueva normativa legal y que el juez debe valorar para el otorgamiento de la atribución del hogar.

Por ende y tal como lo adelantáramos, entendemos que debe acogerse el recurso de apelación interpuesto por la actora.

Como lo hemos sostenido en reiterados precedentes de esta Cámara, al modificar la resolución de fondo, corresponde de oficio modificar la imposición de las costas y los honorarios por ser accesorios del principal.

Ahora bien, en atención a que a la Dra. A. P., se le regularon honorarios a fs.71, por \$2.200,00 y a la Dra. B. Q., en la resolución apelada por \$6.300,00, corresponde tener la suma de \$8.500,00 como importe total para el patrocinio del vencedor y la suma de \$5.950,00 para el patrocinio del vencido.

VIII. Las costas de la alzada deben imponerse al apelado por resultar vencido (art.36 ap. I del C.P.C.).

Por lo expuesto la Cámara,

RESULEVE:

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.133, contra la resolución de fs. 123/126, la queda redactada de la siguiente forma: “*I. Hacer lugar a la medida peticionada y en consecuencia atribuir el hogar conyugal sito en B° Solar del Plata, Manz. “C”, Casa 36 de Vistalba, Luján de Cuyo, Mendoza, a Ana A. M. L. junto a sus dos hijos J. I. y A.C. M.. II. Imponer las costas al demandado. III. Regular los honorarios al Dr. J. V. y a la Dra. V. G. G. en la suma de pesos cuatro mil doscientos cincuenta (\$4.250,00) a cada uno; al Dr. S. B., en la suma de pesos dos mil ciento veinticinco (\$2.125,00) y a las Dras. A. P. y B. Q., en la suma de pesos dos mil novecientos treinta (\$2.930,00), a cada una (arts. 3, 10, 13, 31 y cc. ley 3.641)...”*

II. Imponer las costas de alzada al apelado.

III. Regular los honorarios al Dr. Se. B., en la suma de pesos tres mil cuatrocientos (\$3.400,00) y a la Dra. B. Q., en la suma de pesos dos mil trescientos ochenta (\$2.380,00), (arts. 3, 15 y cc. ley 3641).

COPIESE. REGISTRESE.NOTIFIQUESE Y BAJEN

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Político
Juez de Cámara

CONSTE: que la presente resolución no es suscripta por la Dra. Silvina Furlotti, por encontrarse en uso de licencia (art. 141 del C.P.C.).

Mendoza, Secretaría 29 de Julio de 2.016.-

Dr. Federico Bruno
Secretario Cámara de Familia Ad Hoc