

Ficha de fallo

Caratula: S., M. L. vs. R., M. A. s. Materia a categorizar

Fecha: 16/05/2018

Juzgado: Mar del Plata Buenos Aires Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II

Fuente: Rubinzal Online

Cita: RC J 3014/18

Sumarios del fallo (1)

Civ. y Com. / Uniones convivenciales > Efectos patrimoniales > Entre los integrantes de la pareja. > Inmuebles. - Atribución del hogar familiar - Guarda preadoptiva - Progenitor afín - Aplicación analógica

Se confirma la sentencia que dispuso hacer lugar a la demanda de atribución del hogar en favor de la actora -propietaria en condominio del inmueble junto al demandado, con quien la unía una unión convivencial- y de los niños de 9, 10 y 11, quienes residían con la pareja bajo el régimen de la guarda preadoptiva, hasta su mayoría de edad. Ello así, dado que, producida la separación de la pareja, el demandado, luego de manifestar en diversas audiencias en sede judicial que seguiría cuidando de los niños lo que implicaba expresamente que los mismos vivan en la casa de la cual era copropietario, decide desistir de la adopción manifestando, además, que el cuidado y manutención de los menores debía estar a cargo de su familia de origen, que los había abandonado. Ante este planteo del apelante, y dado el vacío legal existente y la falta de sanción para quien desiste de una adopción causando un daño a los niños, resulta acertada la solución encontrada por el a quo al aplicarle analógicamente al accionado las normas referentes al progenitor afín (art. 672, Código Civil y Comercial). Es que no se trata de una mera atribución de vivienda ante la ruptura de una unión convivencial, sino de un pedido de atribución por parte de la ex conviviente, quien además resulta ser condómina del inmueble en cuestión, y reviste la calidad de guardadora de tres niños menores de edad, de los cuales detenta a su exclusivo cargo el cuidado personal. Cabe destacar también, que dichos niños se hallan en extrema situación de vulnerabilidad por los padecimientos derivados de su historial de vida -desprendimiento de su familia biológica o de origen-, los que se han visto aún más potenciados por el accionar intempestivo del demandado, ante el desistimiento de su voluntad adoptiva para con aquéllos. Es por ello que la aplicación de la figura del progenitor afín prevista en el Código Civil y Comercial, en este caso, deviene incuestionable. Si bien el accionado no había sido aún emplazado en estado de padre adoptivo, el cese intempestivo de la guarda por su propia voluntad ha provocado un impacto dañoso en los niños en los que se encuentra inmerso el desamparo material -que incluye la proporción de su derecho a una vivienda digna-, derivado directamente de tal disrupción del vínculo afectivo -que ya se encontraba consolidado- habido con ellos. Por último, y ante las manifestaciones del propio demandado en relación al otorgamiento voluntario otorgamiento del uso exclusivo del inmueble en favor de la actora, la doctrina de los actos propios le es aplicable tanto en el marco del derecho de protección a la vivienda familiar dentro del régimen de los derechos de familia como el sistema que regula el derecho de condominio (arts. 1985, 1986, 1987, 1988, Código Civil y Comercial).

Texto del fallo

En la ciudad de Mar del Plata, a los 16 días del mes de MAYO de 2018, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "S. M. L. C/ R. M. A. S/ MATERIA A CATEGORIZAR", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi, Roberto J. Loustaunau y Nélide I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

1ra.) ¿Debe declararse la nulidad de la sentencia de fs. 477/490?

2da. ¿Caso contrario, es justa?

3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I. La sentencia de fs. 477/490 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación y nulidad deducido a fs. 497.

En lo que aquí interesa, la Sra. Juez a quo dispuso hacer lugar a la demanda de atribución del hogar en favor de la Sra. M. L. S. y de los niños K. P. R., P. S. L. y C. A. R., hasta su mayoría de edad.

Para así decidirlo, hizo aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7 Ley 26994), y dispuso el rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva. Ello por considerar que la Sra. S., en su calidad de ex conviviente del Sr. R. y condómina del inmueble cuya atribución solicitara, revestía además la calidad de guardadora de los niños, cuestión que remarcó por encontrarse involucrado el interés superior de aquéllos en la resolución respecto a la vivienda, dando prevalencia a las normas supranacionales en juego. A los efectos de la desestimación de la falta de legitimación pasiva, se basó en la aplicación al caso de la figura del padre afín, en virtud de haber oportunamente el Sr. R. petitionado en forma voluntaria, conjuntamente con la accionante, la guarda judicial de los niños. Así sostuvo que el accionado tuvo la intención de ahijarlos, asumiendo el compromiso de brindarles protección integral, entre la que se encontraba la proporción de una vivienda. Asimismo hizo hincapié en que se mostró como un verdadero padre, para luego pretender desentenderse sin más de tal situación, en claro perjuicio de los menores.

Se refirió a los antecedentes obrantes en los autos conexos caratulados "R. C. A. s/ Guarda de Personas", "R. C. s/ Materia a categorizar" y "S. M. L. c/ R. M. A. s/ Alimentos" e hizo mención al dictamen favorable de la Sra. Asesora de Incapaces. Citó normativa, doctrina y jurisprudencia que avalaban tal decisión.

II. Síntesis de los agravios.

El accionado expresa sus agravios a fs. 517/540 vta., que son respondidos a fs. 546/558.

a. En un primer agravio se disconforma el recurrente por la aplicación al caso del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994). Ello por cuanto la demanda fue entablada cuando regía el Código Civil derogado, planteando por tanto la irretroactividad de la ley.

b. En segundo término se queja del rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva. Respecto a la legitimación otorgada a la actora por la sentenciadora, refiere que lo ha sido "sin fundamentación jurídica alguna y por el mero imperio de su voluntad" (sic) -v. fs. 524 vta.-.

Hace referencia al rechazo del otorgamiento de guarda con fines de adopción que fuera dispuesto en los autos conexos "R. C. y otros s/ Materia a categorizar", por considerarla prematura en virtud de encontrarse en plena sustanciación los procesos de declaración de adoptabilidad de los niños.

Remarca que la actora carece de representación en relación a los menores en virtud de lo normado por el art. 657 del CCyC. Ataca de arbitraria la decisión cuestionada por haber adjudicado a una de las partes derechos no otorgados por la legislación vigente, afectando derechos de raigambre constitucional, tales como el de igualdad ante la ley, de propiedad y de defensa en juicio, entre otros (arts. 16, 17 y 18 C.N.). Aduce que el inferior no puede atribuirse facultades legislativas por resultar impropio de un sistema republicano de gobierno.

Agrega que "(...) La guarda simple pre-adoptiva solo tiene por objeto evaluar la idoneidad de los guardadores, y calificar la relación entre los pretendidos adoptantes y los niños". Que no existe sanción alguna para quien

desiste de la guarda, y por tanto la magistrada ha incurrido en violación al art. 34 incs. 4 y 5-c del CPCCBA, no habiendo respetado las normas vigentes ni el principio de congruencia.

Indica que las obligaciones supuestamente asumidas por su parte devienen inexistentes. Expone que fue compelido en la audiencia celebrada ante la Sra. Consejera de Familia en fecha 8 de abril de 2015 a suscribir un acuerdo respecto a la atribución de la vivienda y alimentos, hallándose en total estado de indefensión por no habersele explicado en dicho acto las consecuencias jurídicas de lo que había firmado. Agrega que si bien había concurrido en forma conjunta y con patrocinio letrado único a la referida audiencia, se observaban diferencias existentes entre ambas partes. De tal manera se violó la norma del art. 56 del CPCC del patrocinio letrado obligatorio y consecuentemente el derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 de la C.N. Sostiene que la obligación contenida en dicho acta deviene en un acto inexistente por resultar configurativo de un vicio de la voluntad -ignorancia o error-

c. En lo que hace al rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, alega que no existe ningún vínculo jurídico que una a los niños con el accionado, que no se dan en el caso ninguno de los supuestos que enumera el art. 676 del CCyC como para plantear una analogía como la resuelta en la decisión impugnada. Agrega que la situación particular no se haya contemplada en dicha norma; y que aún estándolo, ese artículo no le sería aplicable por haber entrado en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, esto es, con posterioridad a la promoción de la demanda.

Refiere que se trata en el caso de una guarda simple por un lapso de tan sólo seis meses, y que no existe normativa alguna ni en el Código anterior, ni en el vigente, que prevea obligaciones a cargo del guardador; que dicha situación jurídica del Sr. R. en manera alguna no configura una laguna de derecho. Ello por entender que no se dan en el caso los presupuestos necesarios para que pueda aplicarse a un caso no regulado el tratamiento de un supuesto previsto similarmente, por cuanto se requiere identidad de razón. Para ello, sostiene que deben darse: que el caso no haya sido previsto por el legislador, que exista una igualdad jurídica y que esa igualdad sea esencial.

Se disconforma porque se ha dispuesto por la colega de la instancia previa la violación por parte del Sr. R. de la doctrina de los propios actos.

d. Reprocha también el plazo de atribución del hogar otorgado por la magistrada. Al respecto alega que, sin perjuicio de no corresponder al caso la aplicación analógica de la figura del padre afín, entiende que la obligación alimentaria en tales supuestos es subsidiaria, y que en el caso la accionante no ha demostrado la falta de medios de los progenitores biológicos de los niños cuya guarda detenta.

En base a un precedente jurisprudencial que cita, sostiene que debió haberse dispuesto la atribución del hogar por el término de seis meses o en su defecto por un plazo que no puede exceder de dos años conforme lo establece el art. 526 del CCyC -que dicho término expiró el 1° de enero de 2017-, que el otorgamiento hasta la mayoría de edad de los menores limita el derecho a la propiedad del Sr. R., conculcándose de tal forma el art. 17 de la C.N.

Indica que, ante la omisión de tratamiento sobre la aplicación del art. 526 del CCyC, se ha violado el principio de congruencia y por tanto la decisión es citra petita, lo que conlleva a una nulidad insalvable; ya que no se ha considerado el límite temporal establecido por dicha norma peticionado en el conteste de demanda, como así tampoco el pedido de fijación de una renta compensatoria en favor del impugnante allí solicitada para el caso de acogimiento de la demanda (arts. 163 inc. 6 y 253 del CPCCBA) -v. fs. 537 vta. in fine-.

Aduce que su parte no violó los principios de buena fe ni incurrió en ejercicio abusivo de los derechos como sostiene la sentenciadora (arts. 9 y 10 del CCyC).

Manifiesta que todo lo referido respecto a la audiencia del 8 de abril de 2015 fue obligado por el órgano jurisdiccional.

Agrega que la normativa, doctrina y jurisprudencia referente al interés superior del niño no resulta de aplicación al caso, sin desconocer su trascendencia, sino por no resultar R. padre afín.

Dice que los menores tienen padres y abuelos biológicos, a quienes la guardadora también puede acudir.

e. Por último, se agravia respecto de la imposición de costas por carecer la Sra. S. de legitimación activa, considerando que, en virtud del art. 657 del CCyC "(...) la responsabilidad parental queda en cabeza de los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio"; y que la sentencia atacada adolece de vicios de magnitud que merecen su revocación por esta Alzada.

III. En lo que hace al cumplimiento en el caso de lo normado por el art. 12 de la CDN y la participación de los niños en este proceso (art. 707 CCyC), dada la entidad de los derechos involucrados y previo a adentrarme al tratamiento del recurso impetrado, debo expedirme al respecto.

Queda claro que la temática traída a conocimiento de este Tribunal no solamente es decidir la justicia del caso en cuanto a la atribución o no del uso exclusivo de la vivienda a la ex conviviente y condómina del impugnante, pues más allá que su petición inicial lo ha sido en su propio derecho, también invocó la representación que ejerce en relación a los niños C. A. R., K. P. R. y P. S. L. -quienes resultan ser hermanos entre sí-, y de los cuales detenta el carácter de guardadora. Por tanto debe, en forma excluyente, evaluarse la incidencia o repercusión que tal resolución tiene en relación a los derechos en juego de los menores involucrados pero, con antelación a ello, qué participación les cabe a aquéllos en este proceso. Tal como ya se ha pronunciado esta Sala en autos "R., Nilda Marta c/ Marchi, Fernando Héctor s/ Régimen de visitas", Expte. 162.703, del 13/06/2017, el art. 12 de la CDN ha trazado el sendero por el que debe transitar la participación del niño en aquellas cuestiones que lo involucren.

Sabido es que el derecho del niño, niña y/o adolescente a ser escuchados forma parte del derecho internacional público, en virtud de los arts. 2599 y 2600 del CCyC y el 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su fuente es la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.1, 9.3, 12.1) con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), y normas nacionales (arts. 1º, 3º, 5º 24º 27º 29º y concs. Ley 26061).

También debe tenerse en consideración la observación general N° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, que reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del menor como persona moral y sujeto de derechos.

En cuanto a las modalidades para garantizar el derecho a ser oído, ello es tratado en el pto. 78 de las 100 Reglas de Brasilia.

Por su parte la Ley 26061 adopta dicho criterio en su art. 2, y lo remarca en el art. 24. Ello en consonancia con lo estipulado por los arts. 4 inc c, 37, 38 y 39 de la Ley provincial 13298 que integra el sistema de protección en materia de niñez y adolescencia, reglamentada en el Decreto 300/05 (v. en especial en su art. 37.4); normativa ésta que se complementa con la Ley 13634 que al respecto señala "Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a petionar, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico.(...) El juez garantizará debidamente el ejercicio de este derecho" (art. 3).

Por este proceso de constitucionalización del derecho privado interno, se ha recepcionado también en el CCyC toda la corriente normativa protectoria en materia de niñez (arts. 706, 707).

Del análisis de las normas descriptas, surge claramente que la aplicación de este principio resulta insoslayable en todo proceso administrativo y judicial sea en el ámbito nacional como en el provincial. Este postulado tiene íntima relación con el de la capacidad progresiva, esto es que "La concreción de dicho principio importa la consideración primordial de la 'expresión del niño' al momento de adoptar decisiones relativas a los menores de edad, en relación con el grado de madurez, reflexión, capacidad de comunicación, edad de éste, etc.;

conjunto de elementos que permite valorar su grado de 'competencia' y comprensión para decidir en asuntos que lo involucren, aunque éste carezca de 'capacidad' en términos estrictamente legales" (Loyarte, Dolores, "Incidencia del Sistema Legal de Protección de los Derechos del Niño en el derecho de familia. Panorama constitucional, civil y procesal de las cuestiones más relevantes", en Temas Claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires, Instituto de Estudios Judiciales de la SCJBA - Unicef, p.76). Ahora bien, existe una distinción en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes transitan por la minoría de edad, pues la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años.

Es por ello que debe darse una respuesta armonizadora también desde este órgano jurisdiccional, evaluando la conveniencia o no en este caso particular de tal escucha de los niños conforme a su autonomía progresiva (art. 5 CDN) -Corte IDH, O.P. 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/8/2002, párrafo 101-, y ameritando todas las intervenciones ya efectuadas en la instancia de origen. Pues, en manera alguna el ejercicio de tal prerrogativa, aún estableciéndose pautas específicas, puede significarles una revictimización (esta Sala, causa 163.258, resol. del 6/6/2017).

Sentado ello, se observa que en el caso en estudio, la medida de atribución de hogar dispuesta en autos 'ab initio' y en forma cautelar, se ha efectuado sin la participación en este proceso de los niños involucrados, lo que sí ha acontecido en las causas conexas que se tienen a la vista, y de las que surge sin hesitación alguna los padecimientos que han debido soportar tras la nueva ruptura de su estructura familiar, y las graves consecuencias que el arrepentimiento del guardador les ha generado a cada uno de ellos conforme lo ya reseñado anteriormente (ver en especial la escucha de fs. 278 en los términos del art. 12 de la CDN, acta de audiencia de fs. 113, los informes psicológico de fs. 557/vta. y socioambiental de fs. 572/573 vta. efectuados en la causa N° 37652/14; y fs. 290/vta. de la causa 26959/12).

Advierte este Tribunal, más allá de la edad cronológica de los niños -C. A. (9 años), P. S. (10 años) y K. (11 años)-, lo que por sí solo no resulta óbice para que puedan formarse un juicio propio, y de hecho como se señaló ut supra, su opinión ya ha sido valorada, que a la hora de decidir su comparendo para una nueva escucha, corresponde ponderar además, las especiales circunstancias del caso.

Es que, sumado a lo anterior, se aprecia de las constancias obrantes en los presentes autos y sus conexas las penurias que ya debieron soportar estos niños derivados de su propia historia de vida, y los distintos comparendos a la sede judicial provenientes de aquéllos, que no hicieron más que rememorar su dolor, dada la angustia que han puesto de manifiesto por la pérdida de su nuevo "papá".

Todo lo descripto conlleva a considerar que, disponer una nueva escucha de los niños ante esta Alzada, en el marco de este proceso, constituiría una revictimización absolutamente innecesaria, que va en total detrimento de su superior interés; máxime teniendo en cuenta que su opinión ya ha sido requerida en las oportunidades ya mencionadas en la instancia de origen.

IV. Adelanto mi opinión, en cuanto al planteo de nulidad intentado que no merece tener acogida -art. 253 CPCCBA- (v. apart. II d).

Como es sabido, la validez del fallo está supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 163 del CPCCBA, que hacen, por un lado, a las formas extrínsecas del pronunciamiento (recaudos de tiempo, lugar y forma), y por otro a su contenido, consistente en el tratamiento particularizado y decisión expresa de las cuestiones que constituyen objeto del juicio (principio de congruencia), consignando los fundamentos y la aplicación de la ley que hicieron a la convicción del magistrado para adoptar la solución de la causa (deber de fundamentación, principio de legalidad) (v. esta Sala, en autos "Márquez, Rafael A. c/ Ianni Filomena s/ Daños y Perjuicios", causa 157.710, sentencia del 27/02/2018, entre otros).

En efecto, es imprescindible que la sentencia explicité el razonamiento llevado a cabo por el órgano jurisdiccional al emitir el juicio que ella representa, es decir, que describa el desarrollo del razonamiento del

juez al analizar los supuestos de hecho admitidos y, en su caso, las pruebas que los verifican, para subsumirlos luego en los preceptos jurídicos. Sólo así es posible determinar si el fallo responde a circunstancias objetivas, si se han respetado las garantías de imparcialidad y debido proceso, y si se adecua al principio de legalidad, esto es, si se han aplicado correctamente las normas vigentes (arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 8 CADH, 11 y 15 CPCCBA; esta Sala, en autos "Rojo, Guiñazú, Ismael c/ Banco de Crédito Argentino S.A. (hoy Banco Francés S.A.) s/ Nulidad de cláusulas contractuales y restitución", expte. 132.508, sentencia del 11/12/07).

Queda claro entonces que los vicios de procedimiento anteriores al dictado de la sentencia deben ser reparados en la misma instancia en la que se produjeron mediante el incidente de nulidad respectivo (art. 169 y ss. del CPCCBA), y no como equivocadamente pretende el impugnante a través del recurso de nulidad.

En este orden de ideas se ha dicho que "(...) resultan foráneos a este carril (...) los atinentes a omisiones de cuestiones planteadas en la instancia de origen" (Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos ordinarios, 2da. edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2004, p. 536).

Trasladando estos conceptos al sub judice y compulsado el fallo con las constancias obrantes en esta causa y sus conexas, no se advierte que -al emitir su decisión- la Sra. Jueza haya incumplido los aludidos recaudos (art. 163 y ccdds. CPCCBA).

Por el contrario, advierto que la magistrada ha ajustado el pronunciamiento a la cuestión controvertida (la atribución del hogar convivencial, teniendo además en consideración que la reclamante lo hace en representación de los derechos de los niños involucrados de los cuales resulta ser guardadora), expresando los fundamentos de la solución adoptada y las normas jurídicas en las que basa su decisión, por lo que no se configura infracción al principio de congruencia o violación del deber de fundamentación que justifiquen la sanción de nulidad peticionada por el recurrente.

En lo que se relaciona específicamente a la primera supuesta omisión alegada por el impugnante, esto es la falta de tratamiento del límite temporal establecido en el art. 526 del CCyC, se desprende de la decisión atacada que:

a) la sentenciadora hizo mención sobre tal petición a fs. 479 vta. al referirse al escrito de contestación de demanda ("Luego a fs. 134 vta. bajo el título PLAZO DE ATRIBUCION expresa que de acuerdo a lo prescripto en el art. 526 del CCC (...)."

b) con la copiosa fundamentación efectuada -principalmente a fs. 489/493 en la que formuló una consideración especial sobre el interés superior de los niños involucrados para referirse a su incidencia en la resolución respecto de la vivienda-, dada la prevalencia de las normas supranacionales allí consignadas, se infiere que la normativa de orden interno cuya aplicación pretende el recurrente ha sido desplazada por el plexo normativo superior invocado por la Sra. Juez a quo para decidir la atribución del hogar hasta la mayoría de edad de los menores y en base a las cuales fundamentó su sentencia.

Atento ello, dado que la cuestión fue resuelta, no puede prosperar el requerimiento de invalidación del fallo, ya que ello implicaría su anulación por la forma en que aquélla fue decidida y no por omisión de una "cuestión esencial".

La Casación Bonaerense ha sido conteste al pronunciar que la omisión de tratamiento de cuestiones esenciales con virtualidad para generar la invalidez del fallo no es aquélla en la que la materia aparece desplazada o tratada implícita o tácitamente. Lo que se sanciona con la nulidad es la omisión de tratamiento de una cuestión esencial y no la forma en que ésta fue resuelta. (SCBA Ac. 84.566, sent. del 16/02/2005; Ac. 86.279, sent. del 05/04/2006; entre otros).

Por otro lado, en lo referido a la omisión de fijación de renta compensatoria peticionada en el escrito de responde de demanda y en los términos del art. 526 3° párrafo del CCyC, advierto que la presentación que

contenía dicho planteo mereció oportunamente el proveído de fs. 137 de fecha 03/11/2015 mediante el cual -entre otras cuestiones y en lo que interesa-, se confirió traslado a la contraria de las excepciones planteadas -de falta de legitimación activa y pasiva-, y de la oposición a la prueba testimonial ofrecida por la accionante en el libelo inicial. Nada se dijo respecto a aquella solicitud de fijación de renta.

Lo pretendido por el apelante configura L. y llanamente reeditar el debate sobre una cuestión que si bien introdujo al proceso, no efectuó ningún acto impulsorio útil tendiente a sostener esa postulación en la etapa procesal oportuna, habiendo quedado preterida (arg. art. 481 CPCCBA).

No resulta por tanto viable retrotraer el proceso a momentos ya extinguidos y consumados. De receptarse ello, se traduciría en la utilización de facultades procesales que bien pudieron haberse ejercido, pero en etapas totalmente superadas (en franca transgresión a los principios de preclusión procesal y seguridad jurídica que deben primar en todo Estado de Derecho).

En el sentido expuesto se ha pronunciado esta Sala en autos "Cons. Coprop. Edif. Jachal XIX c/ Edificios Jachal S.A. S/ Cobro Ejecutivo", Expte. 154.789 del 11/09/2014, enfatizando que "(...) la preclusión no sólo opera la extinción de las facultades no ejercidas en tiempo propio, sino que también gobierna la actividad del órgano jurisdiccional, por lo que los estadios procesales firmes devienen irrevisables y constituyen fundamento de ulteriores resoluciones (...)."

Lo expuesto, sin perjuicio que el accionado ocurra a tales fines por las vías que estime procedentes.

No habiéndose por tanto configurado en el caso la existencia de vicios que afecten la validez de lo resuelto por la magistrada de la instancia previa, entiendo que el recurso de nulidad debe ser desestimado.

Así lo voto.

A la misma cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I.- En la sentencia apelada la Sra. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de atribución de la vivienda familiar en favor de la Sra. M. L. S. y de los niños que están bajo su guarda: K. P. R., P. S. L. y C. A. R., hasta la mayoría de edad de estos últimos.

Rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el accionado en relación a la Sra. S., ya que ésta reviste calidad de ex conviviente de R. y condómina del inmueble donde se asienta el hogar. En cuanto a la misma defensa planteada respecto de los niños tomó en cuenta el interés superior de éstos y la especial protección de los derechos involucrados, por lo que resolvió aplicando las normas de carácter supra legal que garantizan su efectiva tutela.

Desestimó la falta de legitimación pasiva en virtud de la figura del padre afín, teniendo en cuenta que el Sr. R. oportunamente fue quien -conjuntamente con la accionante- peticionó la guarda judicial de los niños.

En cuanto al fondo de la cuestión, aplicó la doctrina de los actos propios porque consideró que el accionado asumió diversas obligaciones frente al estado, a su ex concubina y frente a los menores otorgados en guarda, actos que son jurídicamente relevantes que comprometieron el destino de la vivienda, que no puede desconocer. Advirtió que el demandado pretende hacer valer de una situación jurídicamente abusiva para negar este derecho fundamental violentando el principio de buena fe (art. 9 y 10 CCyC). Tuvo particularmente en cuenta que desde la adquisición del inmueble objeto de autos, fue destinado a la vivienda familiar de los convivientes y luego ampliado en favor de los niños para egresarlos de la sede institucional y obtener la guarda familiar de éstos. II. Síntesis de los agravios.

El recurrente funda su queja en los siguientes agravios:

a. Sostiene que la juzgadora ha hecho una aplicación retroactiva de la ley ya que la demanda fue entablada cuando regía el Código Civil derogado, sistema que debió aplicarse para resolver el presente conflicto y no el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).

b. Impugna el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de la actora. Refiere que no existe norma que le otorgue el derecho reclamado ni por derecho propio ni en representación de los menores, ya que le fue denegada por prematura la guarda con fines de adopción. Alega que tampoco existe una disposición jurídica vigente que faculte al juzgador a limitar sus derechos de raigambre constitucional, tales como el de igualdad ante la ley, de propiedad y de defensa en juicio, entre otros (arts. 16, 17 y 18 C.N.).

c. Cuestiona también el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva en particular la aplicación por analogía de acuerdo al art. art. 676 del CCyC pues no se trata de una laguna del derecho. Aunque reconoce la trascendencia del interés superior de los menores sostiene que la normativa, doctrina y jurisprudencia citada por la jueza no resulta de aplicación al presente, porque él no puede ser considerado padre afín.

d. Impugna el acta de la audiencia celebrada ante la Sra. Consejera de Familia el día 8 de abril de 2015, tomada por la jueza como antecedente de su obligación alimentaria y de vivienda, ya que afirma que fue compelido por el órgano jurisdiccional, careciendo de asesoramiento adecuado por tener patrocinio único con la Sra. S.. Denuncia la violación al derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 de la C.N. y que dicho acta es un acto inexistente por resultar configurativo de un vicio de la voluntad -ignorancia o error.

e. Reitera que no corresponde la aplicación analógica de la figura del padre afín y -a todo evento- su obligación alimentaria es subsidiaria en relación a la familia biológica, para lo cual la accionante debió demostrar la falta de medios de esta última.

f. Funda la nulidad de la sentencia en dos omisiones: a) no fijar el límite temporal establecido en el art. 526 del CCyC oportunamente peticionado, violándose de ese modo el principio de congruencia. Afirma que los dos años establecidos en la norma como plazo máximo desde el cese de la convivencia expiraron el 1° de enero de 2017. Sostiene que la sentencia es arbitraria, en tanto no existe una norma que restrinja el ejercicio del derecho de propiedad hasta la mayoría de edad de los menores por lo que se viola el art. 17 de la C.N.; y la segunda, en la falta de determinación de una renta compensatoria en su favor, lo que expresamente planteó en forma subsidiaria (arts. 163 inc. 6 y 253 del CPCCBA).

g. Por último, se agravia de la imposición de costas a su parte.

III. Coincido con mi colega de Sala que la nulidad invocada no prospera, pero por distinto fundamento y en consecuencia con otro alcance:

La doctrina procesalista explica la "teoría de las decisiones implícitas" para concluir que no corresponde declarar la nulidad de una resolución si -existiendo pretensiones antagónicas- del contexto del fallo surge que se ponderó el material fáctico con criterio totalizador. (PEYRANO, Jorge, Procedimiento civil y comercial, 1991, T° I, "Lo implícito en la materia decisoria", p. 105/108)

Así se dijo que: "si bien no hay obligación de seguir en todos los argumentos de las partes, si el sentenciante en los distintos considerandos ha tratado todos los puntos planteados por las partes, aplicando el Derecho que a su criterio correspondía, no hay nulidad del fallo, porque basta la existencia de motivos implícitos sobre el punto que ha dado pie al reparo para concluir que no hay falta de fundamentación..." (CARBONE, Carlos A., Nulidad por falta de motivación, en Tratado de los Recursos, dir., MIDON, Marcelo Sebastián, Ed. Rubinzal Culzoni, 2013, pág. 328)

El máximo Tribunal Provincial tiene sentada doctrina referida a la calificación de "cuestión esencial" y las consecuencias de su falta de tratamiento en las sentencias de grado. Me permito citar el sumario de uno de los numerosos antecedentes donde se ha resuelto: "En atención a los reiterados pronunciamientos emitidos por la

Suprema Corte ante casos sustancialmente análogos, (art. 31 bis, Ley 5827), corresponde declarar que la omisión de tratamiento de cuestiones esenciales no se verifica si la materia debatida aparece desplazada o considerada implícitamente, pues el art. 168 de la Constitución provincial sanciona con nulidad, la falta de abordaje -por descuido o inadvertencia- de una cuestión esencial y no la forma en que tales cuestiones fueron resueltas". (SCBA, causa "Edea S.A. c/ OCEBA s/ Pretensión anulatoria. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley; RSD-107-17 sentencia del 05/07/2017)

En este mismo sentido se ha dicho: "Quedan así fuera del ámbito de la incongruencia, la omisión razonada de capítulos litigiosos, o el tratamiento breve, superficial, dogmático de las cuestiones propuestas, que hacen más al acierto de la decisión que a su bondad formal... Desde otro mirador, tampoco constituye omisión determinante de la incongruencia el no tratamiento de una cuestión que quedó excluida por la solución a una anterior a la que está lógicamente subordinada." (AZPELICUETA, Juan José y TESSONE, A., La Alzada Poderes y Deberes, Ed. Platense, 1993, pág. 211/2)

De acuerdo a este criterio, más allá de la justicia de la decisión -lo que será objeto de tratamiento al abordar la segunda cuestión- al otorgar el uso exclusivo del inmueble en condominio para que la Sra. S. lo habite junto a los menores, fijando el límite temporal en la mayoría de edad de los niños, la jueza tuvo especialmente en cuenta las particulares circunstancias fácticas de este expediente y de las causas conexas. Consideró acreditada la situación de vulnerabilidad de la Sra. S. y de los niños a partir del cambio de conducta del Sr. R., así como las consecuencias que trajo aparejada la decisión de este último de no continuar con los trámites judiciales para adoptar a los niños. Valoró también las conductas jurídicamente relevantes del demandado, en particular su compromiso de velar por la integridad de los niños en oportunidad de solicitar la guarda conjuntamente con la actora.

En conclusión, considero que de tales fundamentos dados en la resolución recurrida la juzgadora implícitamente rechazó el límite temporal de dos años y el pedido de renta compensatoria. De lo contrario, la sentencia resultaría vacía de contenido e indirectamente dejaría sin la adecuada tutela a los derechos que pretende proteger, y por lo tanto podría calificarse como absurda.

En este sentido, la jueza a quo advirtió que el demandado no cumple con el pago de los alimentos provisoriamente determinados, su empleadora no hizo efectiva la retención directa del salario del Sr. R. ordenada judicialmente, lo que agrava la situación de vulnerabilidad de la Sra. S. y de los niños.

Por lo expuesto, la nulidad debe rechazarse ya que no hubo omisión en el tratamiento del plazo y de la renta compensatoria, pero su alcance es diferente al dado por mi colega preopinante ya que los planteos que fueron implícitamente denegados sólo podrán reeditarse únicamente ante la modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para otorgar el derecho aquí reconocido. (art. 526 y 445, 1983 y siguientes CCyC; arts. 163, 34 inc. 5 y 6 y concordantes del CPCC).

Así lo voto.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini dijo:

Habiendo sido convocada para dirimir la diferencia habida entre los dos magistrados intervinientes, en relación a la declaración de nulidad de la sentencia de fs. 477/490 adelanto que me he de adherir al criterio del Dr. Ricardo D. Monterisi.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

1. Consideración de los restantes agravios.

Pese a los esfuerzos realizados por el apelante, anticipo mi opinión en el sentido que tampoco éstos habrán de prosperar.

a. En virtud de la queja esgrimida en primer lugar, corresponde considerar si le asiste o no razón en cuanto al yerro invocado como incurrido por la jueza, respecto a la aplicación al caso del Código Civil y Comercial (Ley 26994).

El art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), recepitó la teoría de los "hechos cumplidos" sustentada en la postura doctrinaria de Roubier, la que se basa en tres principios elementales: 1°) el efecto inmediato de la ley, 2°) la irretroactividad de la ley, y 3°) el efecto diferido de la ley.

El principio de efecto inmediato de la ley implica que la nueva norma toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encuentra al tiempo de ser sancionada, y en forma inmediata rige los períodos de su desarrollo que aún no se hubieren cumplimentado. Este artículo utiliza la fórmula "consecuencias de la relación o situación jurídica", lo que implica que surte efectos respecto a las derivaciones de hecho o fácticas que reconocen su causa eficiente en una relación o situación jurídica.

Tales consecuencias, aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan sujetas a aquélla aunque su antecedente o causa ya hubiese acontecido con antelación.

Por el contrario, las consecuencias ya producidas adquieren la calidad de consumadas y no son afectadas por las nuevas leyes; aplicándose la noción de consumo jurídico.

Se descarta así el principio de la retroactividad de la nueva ley, que permitiría extraer de actos o hechos ya realizados jurídicamente, consecuencias diferentes a las atribuidas por la norma vigente al momento de concretarse. Los hechos ya pasados, que han agotado la virtualidad que le es propia bajo el amparo de la anterior normativa, no pueden ser alcanzados por la nueva ley. En tal sentido ver esta Sala, en autos "Lorenzo María de los Angeles c/ Torchelli, Guillermo s/ Incidente de alimentos - aumento", expte. 163.309, sentencia del 29/06/2017; entre otros).

Pero más allá de lo señalado, dado encontrarse en el caso en estudio involucrados no solamente el instituto de la unión convivencial, sino también la figura de la guarda -ab initio con voluntad adoptiva de ambas partes y luego interrumpida en forma unilateral y abrupta por el recurrente-, tales especialísimas connotaciones, en un juego armónico con todas las normas constitucionales y supranacionales implicadas -sobre las que me explayé en apartados anteriores y continuaré en los subsiguientes-, hacen que coincida con la Sra. Jueza en que la nueva normativa resulta de aplicación inmediata. Ello sin perjuicio de la fecha de iniciación de la demanda, que alega como fundamento el accionado a los fines de revertir la decisión atacada.

Pues, "Hay normas que tutelan o promueven intereses fundamentales de la persona. Se observa, entonces, que el favor personae contrabalancea el sacrificio de cualquier otro interés concurrente. En estos casos, la norma sobrevenida actúa, aunque el hecho sometido a juicio haya acaecido antes del cambio normativo. Esta valoración se sintetiza con la fórmula de una retroactividad intrínseca de las normas en favor de la persona humana" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Análisis de doctrina y jurisprudencia, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 47).

Por lo tanto, el primer agravio debe ser desestimado.

b. Agravios vinculados a la legitimación activa y pasiva y a la atribución del hogar convivencial.

b.1. A efectos de abocarme al agravio por el rechazo de las excepciones planteadas, entiendo necesario recordar que cuando se produce la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial -como en este caso- en vida de sus integrantes, es factible que uno de ellos obtenga la atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 443 y 526 Cód. Civ. y Com.).

Para el supuesto de unión convivencial la ley es más restrictiva, exigiendo para su procedencia que el

conviviente tenga a cargo el cuidado personal de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o que acredite extrema necesidad e imposibilidad de procurarse otra vivienda en forma inmediata.

Ya sea que se trate de un matrimonio o de una unión convivencial, la atribución del hogar puede ser objeto de acuerdo entre sus miembros -rigiéndose en tales casos por los arts. 438 y 439 en el divorcio y art. 514 para las uniones- o en su defecto, por decisión judicial -como aquí ha acontecido-, debiéndose establecer en dichos casos las pautas utilizadas para su fijación, la duración, los efectos y causas de cese (arts. 443, 444 y 445, en el divorcio, y art. 526 para las uniones).

Se visualizan así distintas perspectivas respecto a los supuestos de atribución del hogar en el caso de ruptura matrimonial y ante el cese de la unión convivencial o de pareja, y en lo que hace a la relación entre los adultos.

Pues, en lo que respecta a las "(...) necesidades de vivienda de los hijos quedan incorporadas a la regulación derivada de la responsabilidad parental, cuyos efectos son iguales se trate de hijos matrimoniales o no por aplicación del principio constitucional-convencional de igualdad que campea la legislación civil y comercial. Así se lo establece de manera clara en los arts. 1 y 2 a modo de columna vertebral de todo el Código, dentro del Título Preliminar." (Herrera, Marisa, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo 2014-3, p. 11 y ss.; Famá, María Victoria, "El uso de la vivienda familiar ante el cese de la unión convivencial", Revista L. L., 14/04/2015, p. 1 y ss).

Es claro que el límite temporal de dos años estipulado en el art. 526 del CCyC para la atribución de la vivienda se refiere exclusivamente a la relación entre los ex convivientes, no existiendo impedimento alguno para que "(...) se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales. Quedará a criterio judicial determinar si la cobertura de este rubro "vivienda" integra la obligación alimentaria y se efectiviza sobre la misma vivienda que se venía utilizando, en garantía del mantenimiento de la situación fáctica y en beneficio de los hijos. Entonces, (...) -ante cualquier interpretación desestabilizadora- el art. 526 Cód. Civ. y Com. se inscribe entre las normas que regulan la relación entre los adultos miembros de una unión convivencial. (...)" (Herrera, Marisa, ob. cit, p. 11 y ss.) -arg. art. 676 del CCyC-.

Así la jurisprudencia ha expresado que "(...) Habiendo niños o niñas habitando la vivienda familiar, el plazo de atribución máximo de dos años que fija el art. 526 CCCN no rige para ellos, porque la vivienda es un rubro de los alimentos que debe cubrir el progenitor que no convive con ellos en ese momento (...)" (Cámara Nac. Apel. en lo Civil, Sala D, "M., C. M. y otros c/ D., D. A. s/ Alimentos", del 08/09/2017, Rubinzal Online, Cita RCJ 6752/17).

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 vé 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.

b.2. Haciendo una fugaz mirada al derecho comparado, podemos observar que las pautas de atribución resultan similares a las dispuestas por el art. 96 del Código Civil español para el caso de los cónyuges: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente (...)"

También se destaca principalmente la reforma en el derecho italiano del año 2006 por la cual modificó el art. 155 quater del Código Civil que estableció la asignación de la vivienda familiar para el caso de la ruptura de las uniones convivenciales.

La doctrina italiana ha dicho que el criterio al que se sujeta la elección en orden a la asignación no es, por lo tanto, más que aquél, según el cual la casa debe ser asignada al cónyuge que tiene la custodia, sino un criterio que tiene en cuenta el "interés de los hijos" (Troiano, Stefano, "La asignación de la casa familiar en caso de separación o divorcio: la normativa vigente en Italia y su reciente reforma (Legge 8 de febrero de 2006, n° 50)", Revista Jurídica de UCES, n° 10, Primavera 2006, Buenos Aires, pág. 95).

b.3. Trasladados dichos conceptos al caso en estudio, encuentro que la accionante se hallaba absolutamente legitimada para promover la demanda que inauguró este proceso.

Es que de las especiales particularidades del caso, y del despliegue jurisdiccional originado por todas las partes afectadas por este conflicto, se desprende que la cuestión sometida al órgano jurisdiccional no se trata de una mera atribución de vivienda ante la ruptura de una unión convivencial, sino de un pedido de atribución por parte de la ex conviviente, quien además resulta ser condómina del inmueble en cuestión (v. fs. 17/20; 40/44), y reviste la calidad de guardadora de tres niños menores de edad, de los cuales detenta a su exclusivo cargo el cuidado personal. Cabe destacar también, que dichos niños se hallan en extrema situación de vulnerabilidad por los padecimientos derivados de su historial de vida -desprendimiento de su familia biológica o de origen-, los que se han visto aún más potenciados por el accionar intempestivo del demandado, ante el desistimiento de su voluntad adoptiva para con aquéllos. Adelanto que esta última cuestión, al igual que lo considerado por la magistrada, incide de manera directa en la solución del caso.

Así, de la multiplicidad de causas conexas que involucran a este grupo familiar en crisis, observo que:

- En los autos conexas caratulados "S. M. L. c/ R. M. A. s/ Alimentos" (Causa N° 11306/15) surge de la demanda entablada, que la guardadora de los niños promovió la acción sin incluir el rubro vivienda, en virtud de sostener que es ella quien le proporciona tal rubro por resultar parcialmente de su propiedad indivisa el inmueble en el que habitan sito en calle 15 entre 10 y 12 Ruta 2 km. 393, La Trinidad, cuya atribución se le otorgara en la causa de marras (v. fs. 102vta.) -situación excluyente a la hora de ameritar el conflicto de intereses entre el accionado y los menores-.

En el marco de dicho proceso se fijaron alimentos provisorios en la suma de \$ 6.000 mensuales (v. fs. 148/149); y finalmente se dictó sentencia de primera instancia en fecha 28 de noviembre de 2017 -aún no firme-, mediante la cual se hizo lugar a la demanda promovida por la Sra. S., en su calidad de guardadora, disponiéndose la fijación de una cuota alimentaria en favor de los niños que tiene bajo su cuidado K. P. R., P. S. L. y C. A. R., a cargo del Sr. R., en la suma mensual de \$ 9.000 y hasta la mayoría de edad de aquéllos; estipulándose asimismo un sistema de reajuste trimestral conforme al Índice de Precios al Consumidor nacional calculado y publicado por el INDEC; y para los períodos en que no hubiere sido calculado dicho índice, mediante la utilización del índice RIPTE publicado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (fs. 563/600). La magistrada, en cuanto al alcance de la obligación alimentaria del Sr. R. para con los niños, argumentó en que aquél propició la desinstitucionalización de ellos, otorgó actos jurídicamente relevantes en el ámbito jurisdiccional que comprometieron su accionar futuro, que la solicitud de guarda implicó la asunción de obligaciones a su cargo -en especial en los términos propios de la responsabilidad parental y familiar-. Aplicó la doctrina de los propios actos por haber expresado el accionado social y jurídicamente su voluntad de ahijar a los niños, se mostró como "padre adoptante", entendiéndose que resultaba incurso en la obligación alimentaria en los términos del art. 676 del CCyC -figura del padre afín-. Agregó que aunque tal obligación es de carácter subsidiaria, en el caso resultaba procedente por cuanto fue el Sr. R. quien, previo a la ruptura, proporcionó el sostén económico, y el cambio de situación puede originar un grave daño en perjuicio de los menores debido a la delicada situación económica de la Sra. S., quien tiene a su exclusivo cargo el cuidado de los niños.

La causa en materia alimentaria antes referenciada fue promovida como derivación de otros antecedentes relevantes que involucran a las partes y a los niños, a saber:

- en la Causa conexas N° 26.959/12 caratulada "R. C. A. s/ Guarda de Personas" el Sr. R. conjuntamente con la Sra. S. y con debido patrocinio letrado, en fecha 03 de septiembre de 2014 (fs. 268/270 vta.) han solicitado la guarda simple de los menores, argumentando tal petición en todos los informes interdisciplinarios producidos tanto por el equipo del hogar donde aquéllos estuvieron institucionalizados (Scarpatti), como del Juzgado de origen. A tales fines sindicaron que en esos informes se remarcaba la vinculación a diario y como sumamente satisfactoria, que los niños se encontraban afectivamente contenidos, cognitivamente estimulados, y que expresaban vivencias que denotaban satisfacción a sus necesidades materiales y afectivas, y que ante su regreso a dicho hogar se mostraban angustiados (v. fs. 236, 242, 253). Asimismo avalaron tal petición en el dictamen favorable de la Sra. Asesora de Incapaces.

A fs. 232 de dicha causa se dictó en fecha 08 de julio de 2014 resolución que autorizaba la vinculación con los menores.

En fecha 02 de febrero de 2015 ambas partes, en audiencia ante la Sra. Consejera de Familia informaron su separación, y manifestaron que no obstante ello, proseguirían con el trámite de la guarda, que los niños se encontraban viviendo con la Sra. S. y el Sr. R. en una casa contigua, manteniendo contacto diario con aquéllos, sobre los que refirieron "se han acomodado a la nueva situación familiar" (fs. 286).

A fs. 289 y en fecha 13 de febrero de 2015 en nueva audiencia en la instancia de origen, hicieron hincapié en proseguir con la guarda de los niños y que se encontraban preservados de la situación de separación de sus guardadores, que "(...) M. quedará al cuidado de los niños conforme lo pautado desde el principio de la guarda y que M. proveerá al hogar".

Por su parte, en las consideraciones finales del informe psicológico obrante a fs. 290/vta. en fecha 13/02/2015 se consignó que "De la entrevista mantenida se infiere que más allá de la situación crítica que como familia han atravesado, los niños se encuentran contenidos por su grupo familiar actual y preservados de las cuestiones propias de adultos que han desembocado en la separación de la pareja conyugal. Tanto M. como M. resultan figuras significativas en la vida de los pequeños, teniendo cercanía afectiva y física con ambos a pesar de no convivir bajo el mismo techo (...)."

Se efectuó audiencia de seguimiento a fs. 293, en la que se remarcó la importancia del espacio terapéutico de ambas partes (11/03/2015).

* En virtud de todo lo reseñado, en la Causa N° 37652/14 caratulada "R. C. A. y otros s/ Materia a categorizar" en fecha 16/09/2014 se dictó resolución mediante la cual se otorgó la guarda legal, asistencial, provisoria e integral a ambos (fs. 36/44); obrando a fs. 99/100 vta. informe socioambiental del cual surge un contexto familiar de pertenencia (18/03/2015) -v. fs. 100 in fine "(...) Se puede estimar que los hermanitos han encontrado en el seno de este hogar a una madre y a un padre (...)"-.

No obstante toda la conducta desplegada por el Sr. R. descripta anteriormente, en forma intempestiva, en la audiencia de fecha 08/04/2015, en la que ambas partes contaban con el patrocinio letrado único de la Dra. Cabrera -v. fs. 104-, informó que no seguiría adelante con el pedido de guarda de los niños, que era su deseo "correrse". Atento ello se le hizo saber en dicha oportunidad que conforme aquellos lo manifestaran en la sede del Juzgado, extrañaban a 'su papá', agregando la aquí accionante que no lo habían vuelto a ver. Allí ambas partes acordaron -entre otras cuestiones-, que la Sra. S. continuaría viviendo en el inmueble que habitaban antes de la separación en el Barrio La Trinidad, además de una cuota alimentaria.

Surge de todas las actuaciones desarrolladas en autos y sus conexos que ninguna actuación útil ha llevado a cabo el Sr. R. con posterioridad a dicha audiencia tendiente a anular el acuerdo allí plasmado, resultando el argumento vertido respecto a la supuesta falta de patrocinio letrado obligatorio y la ignorancia o error alegados

por una supuesta falta de asesoramiento técnico, absolutamente inaceptables; habiendo quedado convalidados o subsanados los supuestos vicios o irregularidades apuntados (arg. art. 170 CPCC).

Muy por el contrario, a todas las circunstancias descriptas, cabe destacar que a fs. 107 en la audiencia de fecha 13/04/2015, a la cual la accionante concurrió con nueva letrada patrocinante, se presenta la Dra. Cabrera, quien en representación del recurrente manifestó que "(...) el Sr. R. entiende que ya no tiene ningún vínculo jurídico con los niños no abonará cuota alimentaria alguna. Reitera su decisión de desistir del trámite de adopción y por lo tanto de abonar prestación alimentaria alguna a los menores de autos por carecer de vínculo jurídico que lo obligue a ello." Tal acontecimiento pone en evidencia la intencionalidad del demandado de desdecirse del compromiso referido efectuado en la audiencia antedicha; del que -mostrando una conducta totalmente discordante-, pretendía desligarse sin más en esa instancia, a través de la reproducción de sus dichos por parte de igual representación letrada que había participado en la audiencia que ahora pretende revertir.

Ninguna garantía constitucional se ha infringido en la causa de marras. Coincido con la colega de la instancia previa en que también resulta de aplicación al caso la doctrina de los propios actos.

Como bien lo destaca Compagnucci de Caso "la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, no es posible permitir que se asuman pautas que susciten expectativas y luego se autocontradigan al efectuar el reclamo judicial" (Compagnucci de Caso, Rubén Héctor, "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de voluntad", LLt. 1985 A, p. 1001).

Así lo ha sentado la Casación Provincial al sostener que "Nadie puede volver sobre su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz." (SCBA, Ac. 117866, en autos "Centro Educativo C. de La Plata. Quiebra. Incidente de liquidación de bienes", del 11-10-2017, JUBA B4203334).

En el sentido expuesto ha remarcado dicho Tribunal que "La doctrina que impide volver contra los propios actos constituye un principio basado en la buena fe y su fundamento radica en que la conducta anterior ha generado, según el sentido objetivo que de ella se desprende, confianza en que quien la ha emitido, permanecerá en ella." (SCBA, Ac. 119253, en autos "Camderros, Lidia Marta y otros contra Francés Administradora de Inversiones S.A. y otros. Daños y perjuicios, sent. del 29-11-2017, JUBA B4203486).

Cabe agregar que en la audiencia de fs. 113 (Causa N° 37652/14), en fecha 21/04/2015 se remarcó que los niños aún no registraban que el Sr. R. se hubiere corrido de sus vidas y que lo "seguían esperando", allí se estableció que se comenzaría a trabajar el abordaje de la ausencia paterna; que la Sra. S. se mostraba como un fuerte referente y sostén afectivo de aquéllos, y que podría llevar adelante ella sola la guarda de los niños satisfactoriamente.

Por su parte la Sra. S. hizo mención al impacto negativo del abandono incurrido por el Sr. R.: a C. le originó enuresis que ya había sido superada; a K., crisis de llanto e imposibilidad de despegarse de su persona; y a P., serias dificultades en verbalizar lo que ha sucedido con su "papá".

A fs. 126 de dicha causa, en audiencia de fecha 29/04/2015, la Sra. S. solicitó se adoptaran medidas que garantizaran a los menores elementos básicos para su sostén y subsistencia; requiriendo el Ministerio Público Pupilar a fs. 144 se disponga la atribución del hogar a exclusivo uso de la nombrada junto a los tres niños y la fijación de una cuota alimentaria provisoria. Ello en virtud del compromiso asumido por el Sr. R. en la audiencia de fs. 104 y en virtud del principio de solidaridad familiar.

Las actuaciones glosadas a fs. 146/148, 188vta.; 206, 216; 234/vta.; 264; 302/vta.; 310; 320/vta.; 338; 347; 370/vta.; 384; 399; 414; 445; 454/vta.; 471/vta.; 538/539 demuestran la existencia de sucesivos y recrudescidos episodios de violencia por parte del Sr. R., razón por la cual se dictaron distintas medidas de restricción de

acercamiento hacia su persona y la de los niños, rondines y custodias policiales. Vale destacar que las medidas involucraban en calidad de víctimas a los niños que "antes" pretendía ahijar.

A fs. 460/468 en fecha 13 de mayo de 2016, se dispuso modificar la guarda otorgada a fs. 36/44, respecto de los menores, quedando exclusivamente bajo la titularidad de la Sra. S. por el término de un año; la que se prorrogó nuevamente por un año más el 04/05/2017 (fs. 553/555).

En esa última resolución se amplió el alcance de la guarda, reconociéndose en la guardadora -Sra. S.-, facultades de representación para -entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa-, iniciar acciones legales en favor de los niños encaminadas a la protección de sus personas y bienes. Allí se indicó además que resultaba prematuro resolver respecto de la guarda preadoptiva por encontrarse en plena sustanciación los procesos de declaración de adoptabilidad de los niños (v. exptes. N° 39493/14; 39495/14 y 39498/14).

Es decir entonces, que existe un pronunciamiento judicial que expresamente autorizó a la accionante a promover la presente acción en representación de los niños -de los cuales, hoy por hoy, más allá del marco legal en el que se desenvuelve, resulta ser el único referente afectivo que vela por el debido resguardo de sus derechos-.

Del informe socioambiental de fs. 572/573vta. (25/10/2017) refiriéndose a la accionante, se desprende que los niños se encuentran "al cuidado de una persona que les demuestra cariño, se preocupa por su bienestar (...) Se estima de vital importancia que la señora S. cuente con el beneficio que le asiste; refiere contar sólo con la ayuda de familiares, no ha recibido la cuota alimentaria del Sr. R."

De todo lo descripto precedentemente surge en forma palmaria que en ningún yerro ha incurrido la sentenciadora al disponer el rechazo de las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva. Pues por un lado, se advierte la más que suficiente representación invocada por la accionante por derecho propio y principalmente en relación a los niños. Es que su calidad de guardadora en miras a adoptar en forma plena a aquéllos, y el excelente desempeño de dicho rol y consecuente sostenimiento de su voluntad adoptiva desde el inicio de la vinculación con los menores, de todo el despliegue descripto, deviene irrefutable. Y ello lo resalto -reitero-, más allá de la autorización judicial expresa que la legitimaba a la promoción de la presente acción en representación de aquéllos.

Y por el otro, la intencionalidad de ahijar a los niños por parte del Sr. R. -derivada de su petición conjunta con su ex conviviente y los actos positivos efectuados en tal sentido con posterioridad a dicho acto-, ha quedado más que demostrada. Ello no solamente por el vínculo consolidado habido con aquéllos -a punto tal de llamarlo "papá"-, sino porque el "nuevo abandono" de su parte les ha irrogado un profundo impacto a los pequeños. De todas las actuaciones rendidas en autos y sus conexos surge que en su psiquis existía una construcción familiar en la que incluían al accionado como gran referente afectivo y constituía parte de su grupo de pertenencia, la que ahora, ante la abrupta disrupción del vínculo -nueva pérdida de figura paterna-, continúa como una estructura familiar "monoparental", a exclusivo cargo de la Sra. S..

En razón de lo expuesto, deviene inaceptable el argumento vertido respecto de la aplicación al caso del art. 657 del CCyC, mediante el cual pretende el impugnante deslindarse L. y llanamente de sus responsabilidades, alegando sin más y sin hacerse cargo de su propio accionar, que en lo que hace a la protección de la vivienda de los niños, tal obligación pesa en cabeza de la familia de origen -también abandonica- de aquéllos.

Aunado a todo lo anterior, destaco que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la responsabilidad derivada del cuidado en figuras ya legisladas como tutores o parientes, y menciona otras categorías en las que encuadran los guardadores, refiriéndose a ellas como "personas encargadas legalmente de los niños" (art. 5); "otras personas que cuiden de él" (art. 23), "personas que sean responsables del mantenimiento del niño" (art. 26), y "personas encargadas del niño" (art. 27).

Es por ello que entiendo resulta acertada, como lo trataré en el punto siguiente, la aplicación analógica al caso

de la figura del padre afín en relación al Sr. R., a efectos de restringir su derecho de propiedad en pos del grupo familiar afectado y hasta la mayoría de edad de los niños (arg. arts. 672, 673 y 676 CCyC).

Atento ello, los agravios referidos al rechazo de las excepciones planteadas y al plazo de atribución del hogar convivencial respectivamente, merecen ser rechazados.

c. Agravios vinculados a la aplicación de la figura del padre afín y al interés superior de los niños.

Tal como lo reseña la magistrada en la sentencia apelada, para resolver en la forma en que lo hizo, ha tenido en consideración el criterio ya adoptado por esta Sala en la Causa conexas N° 11306/2015 en fecha 12 de febrero de 2016, donde confirmó los alimentos provisorios por considerar que la obligación alimentaria pesa sobre el accionado por haber asumido oportunamente el rol de guardador, integrando dicha carga el sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes. En virtud de ello, hizo aplicación analógica de la figura del padre afín, y de esto es lo que se queja el apelante.

Considero que tampoco le asiste razón, basándome para ello en cuatro ejes argumentales: 1) la obligación que emerge del oportuno rol de guardador con intención de ahijar a los niños por parte del accionado; 2) la identidad de razón existente entre el supuesto de autos y la figura de padre afín; 3) la supremacía del interés superior de los niños frente a los demás intereses en conflicto; 4) la obligación del Estado del aseguramiento de los derechos humanos fundamentales

c.1. Dado como se ha producido la concatenación de hechos, no puede soslayarse la conformación primigenia de esta familia en crisis, en la que el demandado ha desempeñado dicho rol -por su expreso y voluntario pedido en forma conjunta con la accionante- con miras a la adopción plena de los niños, mostrándose con un verdadero "padre" y así ha quedado sellado en la vida de éstos, por quienes se debe velar a fin de resguardar su protección integral.

El Sr. R. se postuló como aspirante a adopción, tuvo vinculación con los pequeños, luego requirió conjuntamente con la ex conviviente -reitero, en forma voluntaria y con debido patrocinio letrado- la guarda simple de aquéllos, mostrándose a su respecto y socialmente como un verdadero "padre" durante un extenso período. Es decir, que asumió el cuidado de los niños con la específica finalidad de emplazarse en el estado de familia de progenitor; prosiguiendo en tal accionar aún después de la ruptura de la unión convivencial. Ello a punto tal de asumir el compromiso de brindarles amparo material, proporcionándoles la vivienda para que la habitaran con la accionante, y así lo materializó en los hechos consintiendo tal situación, para luego en forma intempestiva pretender "desentenderse" de todo aquello que se vinculara con los menores que antes quería ahijar.

Dicha conducta me obliga a abordar necesariamente cómo ha incidido en la resolución del caso la oportuna voluntad adoptiva manifestada por el accionado y toda la actitud desplegada en su consecuencia, que llevaron ineludiblemente a la magistrada a aplicar en forma analógica la figura del padre afín.

Es que como claramente se consigna en el link del Registro de Adoptantes que obra en el sitio web del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (www.scba.gov.ar), que un proyecto adoptivo "(...) implica haber decidido iniciar el proceso de pensarse "familia por adopción", sea monoparental o de pareja. Sin embargo esto conlleva ineludiblemente a reflexionar sobre la voluntad adoptiva, la cual incluye a todos los miembros del grupo convivencial, sean estos niños o adultos si formaran parte de la unidad familiar preexistente. Cualquier modificación de este grupo (separación, divorcio, fallecimiento o desistimiento de algún integrante del proyecto original), requerirá una revisión de dicha voluntad adoptiva por haberse modificado el proyecto.

"Esta voluntad adoptiva se construye desde el momento en que se piensa a la adopción como formato de familia, desde la mirada propia y de la pareja respecto de aquello que los motiva a transitar por esta institución. No obstante será de importante valor contrastar y conjugar esa voluntad con el principio de realidad que introducen los Equipos Técnicos en el marco de las evaluaciones. La voluntad adoptiva es una

construcción que cada persona va elaborando internamente en torno a la relación niño deseado- niño real al cual se imagina cuidar y prohijar.

"Por lo tanto, se trata de una reflexión profunda acerca del patrimonio emocional y sociocultural que se posee como capital humano para aceptar las propias limitaciones y potencialidades al pretender ingresar a la vida de un niño/a afectado en su integridad psico social, sea de carácter leve o grave. Este análisis implica discriminar y analizar los temores que se asoman cuando la búsqueda de maternar - paternar se recorre por la vía de la adopción, para determinar la capacidad de afrontamiento de situaciones inesperadas y problemáticas. Entre otras circunstancias o escenas que podrían sobrevenir a este periodo de definiciones habría que incluir la aceptación o no de discapacidades, entender que puede irrumpir la mirada frágil de un niño asustado o hiper demandante, desentrañar el propio duelo por no haber alcanzado el nacimiento biológico de un hijo, elaborar y reconsiderar los mandatos culturales de nuestra sociedad, las exigencias del entorno afectivo, todo ello en pos de reflejar con mayor aproximación la voluntad adoptiva que declaro como perfil".

Remarcado ello, advierto que de las copias certificadas del Legajo de Adoptantes N° 169 obrante en la Causa conexas N° 11306/15 (fs. 11/89), en la Planilla completada por el perito psicólogo -integrante del Equipo Técnico del Juzgado de origen, fs. 25/26- respecto a las partes de autos, por entonces ambos en calidad de pretendidos adoptantes, se desprende que:

- 1°) la iniciativa de adoptar ha sido tanto de la Sra. S. como del propio Sr. R.;
- 2°) la antigüedad en la toma de tal decisión databa de tres años para esa época, esto es, desde el año 2009;
- 3°) ambos se mostraron proclives respecto a la posibilidad de tolerar frustraciones;
- 4°) en cuanto a proyectos y rol que ocuparía el niño adoptado, se pronunciaron a favor de que ocuparía el rol de hijo;
- 5°) en relación al grado de visualización de los conflictos se expidieron en el sentido de que ambos intentarían resolverlos,
- 6°) y por último, de todas las intervenciones se advierte el deseo de ambos de tener una familia, el que se iba reiterando con cada reinscripción en el legajo respectivo como aspirantes a guarda con fines de adopción.

En lo que hace al funcionamiento de una familia ensamblada -como la aquí afectada conformada por las partes (ex convivientes) y los pretendidos hijos adoptivos (hoy solamente) de la accionante-, vale tener en consideración que "Si el relativismo permite contemplar las diferencias dinámicas al mismo tiempo, es necesario consolidar responsabilidades y exigencias mínimas que consoliden los deberes y derechos de sus integrantes adultos destinados a favorecer la función socializadora. La idea de respeto es esencial en la familia ensamblada, cuyo significado etimológico proviene de respiciere que significa ´aprender a mirar al otro´, tomando en consideración como persona reconocida en su diferencia, en su identidad. Si en las primeras familias el lazo sanguíneo actúa como soporte invisible, en estas configuraciones el cuidado del otro, el tomar en cuenta sus necesidades y problemas actúan como elementos de cohesión." (Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, T. IV, p. 231).

c.2. Sabido es que ante la ausencia normativa, el juez tiene discreción en el sentido de que la resolución justificada del caso supone la creación de una regla general.

No caben dudas que la cuestión sometida a debate en la instancia de origen, requería imperiosamente de la magistrada una respuesta concreta que no se encuentra especificada o explicitada en el ordenamiento jurídico. Y que además, resultaba necesario buscarla en el proceso de aplicación, a través de una actividad integradora.

Advierto que la sentenciadora, ante la comprobación de la inexistencia de una norma en el ordenamiento jurídico que contemplara el caso en cuestión, y en virtud de lo prescripto por el art. 3 del CCyC en cuanto al deber del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una resolución razonablemente fundada, no ha hecho más que un juicio de valor proyectado tanto sobre las normas como sobre los hechos acontecidos en autos para dar una solución, la que halló por aplicación de una norma del sistema.

En virtud de lo anterior, por analogía, valoró acertadamente la "identidad de razón" existente en el supuesto regulado por la norma -referida a las obligaciones del progenitor afín- y el supuesto que la ley no contempla -guardador con intención de ahijar a los niños luego desistida-. Ello dada la semejanza habida entre ambos supuestos en los que subyace la idea de familia ensamblada, y una vez establecida tal identidad, aplicó la norma que forma parte del ordenamiento jurídico - art. 676 CCyC-.

En forma concordante se ha dicho que "(...) se ve necesariamente obligado el juzgador a tomar medidas que atribuyan efectividad a este interés superior del niño, y de esta manera la intromisión estatal es la que asegura la protección de sus derechos, frente a los daños causados o que puedan causarle los miembros de la familia de la cual forman parte. Una vez definido el eje en donde se encuentra obligado a mirar el juez en cuanto a los conflictos en donde participan niños, debo centrar la atención en las vivencias particulares que surgen de las constancias de autos, que hayan afectado la dignidad e integridad personal de los niños (...) Esta situación en la que se encontraban los niños que formaban su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían el trato de hijos y a quienes reconocían como padres (...) Más allá de lo que puedan considerar los actores en la esfera de su intimidad, la decisión de la ruptura intempestiva de la relación de familia que mantenían con los niños con quienes convivieron por años debe encontrar una solución justa en consecuencia del perjuicio que indefectiblemente les han causado. Para que haya un daño basta con que se lesione un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona (...) y tan sólo de observar el contraste entre la situación en la que se encontraban los niños viviendo dentro de una familia con un papá y una mamá y de la que se encuentran actualmente permite ver palmariamente que han sido afectados sus intereses (...) El cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños que durante casi cinco años cubrían sus necesidades y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar "padres solidarios" o "progenitores afines" justificado en la "solidaridad familiar" (Cám. 1ra. Civ. Com. de San Martín, Sala Primera, en autos "L.M.A. y oro s/ Adopción, acciones vinculadas" del 29/09/2015).

Es que no estando prevista una sanción por el arrepentimiento del guardador con finalidad adoptiva, no debe olvidarse que son conductas que forman parte de la realidad, y que "(...) muchas veces aparece como uno de los síntomas más visibles de las complejidades que atraviesan este instituto" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora, ob. ct. T. V-b, p. 93).

Es por ello que la aplicación de la figura del progenitor afín prevista en el CCyC (Ley 26994) introducida en el orden interno como respuesta a la demanda social, por el principio constitucional convencional de igualdad que emana de los arts. 1 y 2 del CCyC, en este caso, deviene incuestionable (arg. arst. 672, 673, 676 CCyC).

c.3. La situación actual de los niños involucrados, quienes a raíz del arrepentimiento del guardador, se han visto inmersos nuevamente en una situación de abandono -reeditando de alguna manera el desprendimiento de su familia de origen-, son cuestiones que merecen ser analizadas con detenimiento a la hora de tomar una decisión a su respecto. Ello con motivo -principalmente- de hallarse en conflicto sus intereses con los de un adulto, en este caso, del demandado.

El art. 706 del CCyC prevé que las decisiones que se dicten en un proceso donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes deben tener en consideración el interés superior de éstos, el que se encuentra consagrado en el art. 3 de la CDN.

Se recepta de tal manera lo normado en el art. 2 de las 100 Reglas de Brasilia, y los principios recogidos en la

"Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún, 2002), ponderándose la condición de vulnerabilidad por razón de la edad, circunstancia que de por sí sola, a los menores se les dificulta el ejercicio con plenitud de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema judicial.

Ello en consonancia con el art. 3 de la Ley 26061, que en cuanto al interés superior del niño, indica que dicho concepto contempla la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas por la ley. Abarca el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso.

Ante la presencia de un conflicto de intereses, como acontece en este caso, la Corte Bonaerense ha adoctrinado que "La atención primordial al 'interés superior del niño' a que alude el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para la menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño" (Ac. 87.832, sent. del 28-7-2004). Doctrina ésta que se acompaña con la fijada por la Corte Federal, Fallos: 331:941; 318:1269; 328:4511; 333:604; 331:2691, entre otros).

Por último en el caso "Furlan y Familiares vs. Argentina", (sentencia del 31 de agosto de 2012 - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-), la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que en lo concerniente a las vulneraciones de derechos respecto de niños, niñas y adolescentes, aquellas debían ser analizadas a la luz del "corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas, y adolescentes" (párrafo 125).

Este corpus juris debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas y los niños. Al respecto, los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece" (párrafo 125).

En dicho caso, el Tribunal recordó con relevancia que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación (párrafo 134).

En relación a ello sostuvo que "(...) toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña" (párrafo 126).

Siguiendo el criterio expuesto, para supuestos en que exista este tipo de conflicto entre los derechos e

intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, esta Sala se ha expedido dando prevalencia a los de estos últimos, "Dado que el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado" (en autos "G. L. E. v. C. M." del 9/06/2005, LLBA-2006-1021).

Lo anterior, en virtud de tratarse de la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias.

Si bien en el caso, el accionado aún no había sido emplazado en estado de padre adoptivo, el cese intempestivo de la guarda por su propia voluntad ha provocado -tal como ha quedado acabadamente demostrado con todas las intervenciones interdisciplinarias dispuestas en la instancia previa-, un impacto dañoso en los niños en los que se encuentra inmerso el desamparo material -que incluye la proporción de su derecho a una vivienda digna-, derivado directamente de tal disrupción del vínculo afectivo -que ya se encontraba consolidado- habido con ellos.

En virtud de todo lo señalado, rige la directriz de prevalencia, conforme la cual el interés concreto de los niños prevalece sobre los restantes en juego (arts. 3, Ley 26061, 4. 6 y 7 Ley 13298, entre otras).

c.4. Por último, considero oportuno destacar que es deber de los jueces asumir un compromiso único con los sufrimientos tangibles de los justiciables, ello a fin de dar cumplimiento con el mandato constitucional de la tutela efectiva de los vulnerables (art. 15 Const. Pcia. Bs. As.).

Y remarco esto, por la situación de abandono padecida en este caso por los niños, en virtud de la conducta asumida por el demandado. Estimo que, de no confirmarse la sentencia -en lo que a la atribución del hogar se refiere-, se configuraría la privación de un derecho esencial que atañe a sus personas, como es el aseguramiento del derecho humano a que se les proporcione una vivienda digna por parte de quien asumiera la obligación legal de brindarles la satisfacción de necesidades materiales en su favor, al solicitar voluntaria y expresamente su guarda. Atento lo expresado, habiendo el demandado asumido durante la vida en común con la aquí accionante el sustento económico de los niños, incluido el aporte material del rubro vivienda, y que un cambio de situación al respecto les ocasionaría un grave daño a aquéllos, la exigibilidad prevista en el art. 676 del CCyC, en este caso, y por analogía jurídica con la figura de padre afín, deviene incuestionable.

En virtud de lo anterior, entiendo que también estos agravios deben ser desestimados.

d. En razón del resultado del recurso en tratamiento, esto es el rechazo de la totalidad de los agravios esgrimidos, y en consecuencia la confirmación de la sentencia apelada, debe mantenerse las costas impuestas en la instancia de origen al recurrente (arg. art. 68 del CPCC), por tanto igual suerte corre el quinto agravio, el que merece ser desestimado.

En suma, conforme citas legales, doctrina y jurisprudencia reseñada, corresponde rechazar el recurso de apelación, y en consecuencia, confirmar la sentencia impugnada en todos sus términos, con costas al apelante vencido.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

i.- Las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación -vigentes al momento del dictado de la sentencia recurrida- son de aplicación inmediata, siendo relevante en este caso la fecha en que se dictó la sentencia y no la de interposición de la demanda como pretende el Sr. R.. (art. 7 del CCyC; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas

existentes, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015- pág. 219)

Además, advierto que el apelante incurre en una grave contradicción ya que fue él quien -en el escrito de contestación de demanda- invocó y peticionó expresamente la aplicación del art. 526 del CCyC (fs. 134 vta.). Sin embargo, ante el resultado adverso a sus reclamos, introduce en esta instancia un planteo referido a la problemática sobre la aplicación de la ley en el tiempo pretendiendo que el conflicto sea resuelto según el código derogado (arts. 9 del CCyC).

ii. Según el principio "iura novit curia", la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir que los magistrados pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida (SCBA, C. 118128 -"Rearte..."- del 08/04/2015, C.116712 -"Sociedad Comercial del Parque S.A..."- del 04/03/2015, C. 111450 -"Aguerre..."- del 19/12/2012, Ac. 90993 -"L., R..." del 05/04/06, entre otros).

Más allá de que la norma en la que la actora basa su pretensión -art. 443 del CCyC- refiere al régimen del matrimonio (fs. 25vta) no es aplicable al presente caso, el art. 526 del mismo ordenamiento recepta el derecho aquí reclamado e importa la reglamentación de la adecuada tutela del derecho constitucional de protección de la vivienda familiar (art. 14 CN.; LORENZETTI, Ricardo Luis, Código civil y comercial de la Nación comentada, ed. Rubinzal Culzoni, T°III- pág. 355).

A su vez, la complejidad del caso está dado porque deben tenerse en cuenta y compatibilizarse los derechos derivados de la relación del condominio del inmueble objeto de autos entre la actora y el demandado (arts. 1983 y siguientes CCYC).

Finalmente, advierto que las normas citadas, deben interpretarse de acuerdo a su finalidad y de conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos todo lo que fue tenido especialmente en cuenta por la jueza de primera instancia para fundar su decisorio. (arts. 1 y 2 del CCyC).

Por lo tanto, el agravio referido a la falta de disposiciones expresas en que pueda fundarse la pretensión de la actora, debe rechazarse.

iii.- Legitimación activa y pasiva. Atribución de la vivienda al ex conviviente.

a.- El art. 526 forma parte de todo un sistema de carácter protectorio de los derechos del conviviente más débil o vulnerable de la relación. De allí que esa vulnerabilidad o desigualdad es el presupuesto basal que justifica poner a rodar el andamiaje de la tutela jurisdiccional ante el cese de la convivencia (cfr. SALITURI AMEZCUA, Martina, "Protección a la vivienda familiar en las uniones convivenciales, Revista de Derecho privado y comunitario, Derecho de Familia, T° II, Relaciones entre adultos, 2016-2; ed. Rubinzal Culzoni, pág. 453/491; BUERES, A. J. Código Civil y Comercial de la Nación, ed. Hammurabi, 2016, págs. 147152; 337/340).

Como pauta valorativa para la atribución del inmueble asiento del hogar conyugal, el inciso a) del artículo citado, pone de resalto el dato objetivo de quien de los dos ex convivientes ejerce el cuidado personal de los hijos menores de edad. Éste, a su vez, debe ser evaluado conjuntamente con el resto de las circunstancias fácticas. De allí que el legislador lo regula como una facultad y no como un imperativo. Es decir, si bien el cuidado personal es una pauta de preferencia, ella no es absoluta y debe ponderarse conjuntamente con las demás (cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Protección jurídica de la vivienda familiar, Ed. Hammurabi, 1995, pág. 236 y sig.)

Por otro lado, en inciso b) regula un supuesto distinto que no se funda en el cuidado de los hijos mejores, sino que establece que cualquiera de los ex convivientes podría solicitar este beneficio si acredita estar en una situación de extrema necesidad de vivienda, y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

En el caso, de las constancias de las causas conexas, surge claramente la calidad de guardadora de los menores que detenta la actora, su medio de subsistencia, y la organización familiar que tenían antes del cese de la convivencia. En virtud de ello la legitimación activa y pasiva de los Sres. S. - R. respectivamente, está determinada objetivamente por la calidad de ex convivientes y de condóminos, sin necesidad de adentrarnos para resolver la excepción, en ninguna otra cuestión.

b.- En relación a los menores, si bien desde el purismo procesal podría discutirse su legitimación activa -pues no revestirían la calidad de beneficiarios directos sino indirectos tal como ha sido planteada la cuestión-, lo cierto es que no puede perderse de vista que nos hallamos frente a un proceso de familia con aristas de extrema sensibilidad donde la formalidad debe flexibilizarse en pos del debido resguardo de los intereses involucrados y de los derechos protegidos (art. 706 inc. a y c; art. 3 CDN, art. 3 Ley 26061).

El principio de efectividad receptado en los Tratados Internacionales (cf. art. 27 de la Convención de Viena), exige a todos los poderes del estado adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención sobre los derechos del Niño (TAVIP, Gabriel Eugenio, La doctrina de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la reformulación de actuación de los tres poderes del Estado, Tratado de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, dir. Dra. Silvia E. Fernández, 2015, T°I, pág. 1238/56).

Así lo ha resuelto la Corte federal ha resuelto: "toda institución estatal, ha de aplicar el principio del interés superior del niño "estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas a o inexistentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (CSJN; "A.F s/ protección de persona", sentencia del 13/3/2007).

En esta línea ha indicado un reconocido experto internacional en materia de protección de menores que "el niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro" (NIEVA FENOLL, Jordi. "La declaración de niños en calidad de partes o testigos", en "Revista de Derecho Procesal", tomo 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, pág. 552).

En segundo lugar, el principio de socio afectividad se suma a los demás criterios jurídicos y biológicos, y es una concreta herramienta destinada a proteger en forma efectiva el interés del niño y de la dignidad de la persona humana (conf. Herrera, Marisa; Socio afectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante? en obra colectiva: Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, T. I, Dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, pág. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo; Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?, en RDyF N° 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, Guarda de hecho y adopción, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia - I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 328).

Si bien el recurrente no llegó a ser padre adoptivo de los menores, generó un vínculo socio-afectivo que se fue formando a partir del día en que ambos adultos asumieron voluntariamente la obligación de ser guardadores de los niños, y que -a partir de la decisión asumida por el Sr. R.- se ha visto interrumpido ocasionando un daño en la vida de los menores, que al menos puede amortiguarse o minimizarse si les garantiza que no interferirá en el derecho al uso exclusivo de la vivienda familiar que tuvieron desde el inicio de dicha vinculación. No podemos olvidar que se trata de tres hermanitos que hasta ese entonces habían estado institucionalizados por abandono de su familia biológica y rápidamente se insertaron en la vida familiar de sus guardadores (ver informes de los profesionales agregados en los expedientes conexas).

Es cierto -como lo dice el apelante- que su decisión de "correrse" de todo lo que tenga que ver con los niños no se encuentra sancionado jurídicamente, pero sí es deber del Estado resguardar los derechos de éstos y evitar los daños adicionales y colaterales que la pérdida del vínculo afectivo con el Sr. R. pueda ocasionarles. Sin perjuicio de que no puede obligarse al Sr. R. a que los adopte, o les tenga afecto, sí es posible evitar que la "devolución" propiciada por el demandado agrave la situación de vulnerabilidad de estos niños. La posibilidad de contar con un inmueble para garantizarles la vivienda favorece a que la Sra. S. pueda continuar con el trámite de la adopción para evitar una nueva institucionalización, y el consecuente impacto nocivo al siquismo de los niños. (conf. DIAS, María Berenice, "Filiación socio-afectiva: nuevos paradigmas de vínculos parentales", en LOVERAS, Nora, HERRERA, Marisa, (dir), "El derecho de familia en Latinoamérica", Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010); MINICELLI, Mercedes "Niños entregados y devueltos", Diario página 12, 9/4/2015, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/21-48753-2015-0409.html>.; FERNANDEZ, Silvia, "La protección de derechos del niño. Visibilizar lo... ¿visible? Infancias en penumbras; Publicado en; L. L., 26/7/2016-D, 403).

En conclusión, tanto la legitimación activa de los reclamantes como la pasiva del demandado se encuentran justificadas.

iv. Atribución de la vivienda. Plazo. Renta compensatoria.

a) Las disposiciones del art. 526 del CCyC son de carácter supletorias ante la falta de convención. Así lo sostiene la doctrina especializada: "... Se pone de relieve que a falta de consenso de los convivientes sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura, regirá el art. 526 del Código civil y comercial que determina la decisión judicial en el supuesto, con pautas enunciativas a tal efecto" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa, LLOVERAS, Nora, Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y comercial, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, T°II, pág. 100).

Por su parte, en el régimen del condominio, los arts. 1984, 1985 y 1987 del CCyC, establecen la aplicación supletoria de las normas a falta de disposición legal o convencional.

b) El recurrente afirma que no puede tomarse como una expresión de voluntad válida al compromiso asumido en la audiencia celebrada en la instancia de origen con fecha 08/04/2015. Intenta descalificarla como acto jurídico relevante e impugna el acta donde expresó su conformidad para atribuir el uso exclusivo del inmueble en condominio en favor de la Sra. S. y de los menores. A tal fin, alega que el patrocinio letrado único importó un inadecuado asesoramiento.

Adelanto que su agravio debe rechazarse. Para impugnar aquella audiencia y su contenido, el demandado debió utilizar oportunamente el sistema de ineficacia de los actos jurídicos, cosa que no hizo (art. 332, 2562 inc. a); 2563 incs. A y e) del CCyC). No haber ejercido ese derecho en el modo y tiempo legalmente establecidos impide que en esta instancia intente con una liviandad llamativa, "deshacerse" sin más de la conformidad que expresó en sede judicial. (arg. art. 170 CPCC; arts. 2562, 2563 incs. A y e) CCyC).

En un caso de similares características al presente, nuestro Máximo Tribunal Provincial resolvió: "...mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad..." (S.C.B.A., in re "A., F. A., A., E. J., A., O. E. art. 10, Ley N° 10067", pub. en L.L. del 26/7/2016, pág. 4, con comentario de Fernández, S., La protección de derechos del niño. Visibilidad lo... ¿visible? Infancias en penumbras)

En igual sentido, en casos donde existe una ruptura intempestiva de la guarda se ha resuelto: "En definitiva, entiendo que la voluntaria asunción del rol de guardadora por parte de la Sra. P. no puede ser dejada de lado unilateralmente y de forma intempestiva por ésta través del alejamiento físico de la niña, ya que tal investidura debe ser asumida con responsabilidad, pues la guardadora constituyó en ese periodo de tiempo un pilar

trascendental en la vida de V. y si permitiéR. sin más que las figuras que cimientan la vida de los niños y adolescentes cumpliendo roles vitales para éstos queden sujetas a la simple voluntad de quienes asumen dichas funciones, importaría desconocer el interés superior de los más vulnerables (Cám. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Martín in re "L., M. A. y otro s/adopción - acciones vinculadas" del 29/09/2015, pub. en DFyP 2016 (febrero) del 4/2/2016, pág. 51; LLBA2015 (diciembre), pág. 1254, cita online: AR/JUR/54081/20159; arts. 3 de la CDN, 3 de la Ley N° 26061; conf. Lamm, E. - Molina de Juan, M., Alimentos en las nuevas formas familiares, en obra colectiva: Alimentos, T. I, Dir. Kemelmajer de Carlucci- Molina de Juan, Edit. Rubinzal - Culzoni, Sta. Fe, 2014, pag. 381).

Del mismo modo, en el marco del condominio, la voluntad expresada por el Sr. R. posee una consecuencia similar, dado que los condóminos pueden determinar el destino y uso del bien; ó de lo contrario estos se regirán por su naturaleza y por el uso al cual estaba afectado (arts. 1984/5). Siendo perfectamente válido el uso exclusivo y excluyente de la totalidad del bien en condominio por parte de uno de los titulares sin derecho a que se le reclame indemnización alguna, siempre que no se altere su destino (arg. arts. (art. 1986/8).

No cabe dudas que el inmueble fue adquirido por ambos convivientes y fue asiento de su hogar familiar, inclusive luego de que se les otorgue la guarda de los niños. Una vez cesada la convivencia, allí continuaron viviendo la Sra. S. y los niños, con la conformidad expresa del Sr. R. (art. 1988). Por ello, el destino, su naturaleza y su uso hasta la actualidad es el asiento de la vivienda familiar.

Además, el Sr. R. manifestó poseer otro inmueble de su propiedad para destinar a su propia vivienda, el que se encuentra a pocos metros de éste.

En definitiva, quedando incólume el voluntario otorgamiento del uso exclusivo del inmueble objeto de autos en favor de la Sra. S., la doctrina de los actos propios le es aplicable tanto en el marco del derecho de protección a la vivienda familiar dentro del régimen de los derechos de familia como el sistema que regula el derecho de condominio (art. 1985, 1986, 1987, 1988 del CCyC).

c) A mayor abundamiento y si no tuviéR. en cuenta el argumento anterior, considero que ni el plazo máximo de dos años ni la renta compensatoria solicitados por el recurrente en base al art. 526 deben aplicarse a este particular caso, porque son limitaciones que resultan inconstitucionales e inconventionales.

En efecto, la solicitud de la atribución de la vivienda se fundamenta en la existencia -en forma conjunta y concomitante- de las dos pautas valorativas que reconoce la norma. Es decir, la Sra. S. tiene menores a su cuidado (en guarda y pretende su adopción), y además carece de medios suficientes para proveerse de otra vivienda que no sea el inmueble del que es condómina en un 50 % con el demandado.

Sin perjuicio de reiterar que el beneficio otorgado por la norma es reconocido en favor de los ex convivientes, como lo anticipé al abordar la defensa de falta de legitimación activa, la implicancia y reflejo que tiene su reconocimiento respecto a los niños, justifica que la protección a la vivienda familiar se adecue a los fines para lo cual se ha incluido en la normativa vigente. (art. 2 del CCYC).

En tal sentido, el art. 443 -atribución de la vivienda en el marco del matrimonio- no fija un plazo máximo, sino que deja al criterio del juez su determinación. Sin embargo, para el mismo beneficio, el plazo máximo regulado en el art. 526 evidencia un trato discriminatorio en relación a los efectos que este derecho tiene respecto de aquellos menores en el ámbito de la convivencia.

Aquí -reitero- se tuvieron en cuenta ambas pautas valorativas y la incidencia del derecho a la vivienda es evidente en relación a la situación de los niños otorgados en guarda a la actora. Por ello, el plazo máximo de dos años y peticionado por el demandado reconocido en el art. 526 es inconstitucional y contrario al espíritu protectorio de los derechos de los hijos en igualdad de condiciones más allá de las distintas fuentes de filiación (art. 558 del CCyC; "EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR AL CESAR LA UNIÓN CONVIVENCIAL- Famá, María Victoria- Publicado en: L. L. 14/04/2015 -1 o L. L. 2015-B, 921)

Esta misma discusión se había dado con el art. 1277 del Código civil derogado, por lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia coincidieron en la aplicación a todos los supuestos en resguardo del principio de igualdad ante la ley. (SOLARI, Néstor e., "la vivienda y su protección a los hijos su relación con el art. 1277 del Código Civil", Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, n° 29, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 111 y ss. 2004; FAMÁ, María Victoria, "Hogar, dulce hogar", Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja S.J.A., 12/12/2007- JA, 2007-IV-1124)

d) Al analizar su convencionalidad advierto que existe incompatibilidad insalvable entre la norma interna y las disposiciones supra legales (arts. 16, 75 inc. 22; 23 CN; arts. 2, 3, 8, 18, 27 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 7 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. II, XXX de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre; 1.1., 2, 17, 21, 24 de la Convención Americana de los Derechos humanos; art. 10 y 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos económicos Sociales y Cultural).

En virtud de las extraordinarias circunstancias de los sujetos e intereses involucrados en este proceso, no es posible compatibilizar ambos sistemas porque el plazo de dos años regulados en el artículo 526 entra en colisión evidente con la eficaz protección de los derechos humanos que se pretenden proteger. Por lo tanto, corresponde su inaplicabilidad por resultar inconvencional. (esta Sala, causa nro. 142.750, "Rabaza, Luis Francisco c. Cooperativa de Trabajo Alfin Mar Ltda. y otro s. cobro ejecutivo de alquileres", sentencia del 24/09/13 Reg. 230 S, F°1015/1022; y causa "CLINICA Y MATERNIDAD MODELO SAMA S/CONCURSO PREVENTIVO S/ QUIEBRA (PEQUEÑA), expte. 141776, SD 42- F°236/248 del 13/3/2015).

En el mismo sentido y por idénticos fundamentos, coincido con el criterio de la jueza de primera instancia, al no haber fijado la renta compensatoria pretendida por el demandado. La norma reconoce la facultad del juzgador para lo cual debe tener en cuenta las particularidades de cada caso con el objeto de evitar dictar una sentencia absurda, máxime cuando la atribución se funda en el inciso b) del 526.

La doctrina así lo explica: "A veces, para que el ejercicio en favor de uno de los cónyuges no resulte abusivo, se requiere que se determine una renta compensatoria a favor del otro. Esta renta no es estrictamente el pago de un alquiler, porque no se fija sobre la base del valor de mercado, sino teniendo en cuenta las especiales circunstancias que motivaron esa atribución. Precisamente, por esa razón, si el habitador no está en condiciones de pagar el canon, el juez no lo fijará. (cfr. CAPPARELLI, Julio César, Protección de la vivienda matrimonial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, L. L., Buenos Aires, noviembre de 2012, p. 27). Y, 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. (MILLAN, Fernando "Atribución de la vivienda frente a la ruptura familiar, publicación en ADLA, 2015-21,145).

En el mismo sentido la doctrina sostiene que "... el vínculo que ha precedido a la ruptura, torna procedente una presunción a favor de la ocupación gratuita del bien. (conf. ARIANNA, Carlos, comentario a fallo sala L, de fecha 6/5/1997, publicado en RDF 1998-13-325).

e) En suma, conforme citas legales, doctrina y jurisprudencia reseñada, corresponde rechazar el recurso de apelación y en consecuencia confirmar la sentencia impugnada en cuanto otorga el uso exclusivo del inmueble sito en calle 15 entre 10 y 12, Barrio La Trinidad, (ingresando por Ruta 2 Km. 393) a la Sra. S. en su doble carácter: como ex conviviente y condómina, quien carece de posibilidades reales de procurarse otra vivienda, y en virtud de ser guardadora con fines de adopción, de los niños K. P. R., P. S. L. y C. A. R., hasta la mayoría de edad de estos últimos, sin obligación de pagar renta compensatoria en favor del Sr. R., siempre que se mantengan en forma conjunta las dos pautas valorativas tenidas en cuenta para su otorgamiento (art. 526 incs. a y b) del CCyC; 445; 1984, 5 1988 y concordantes del CCyC).

Así lo voto.

A la misma cuestión la Señora jueza Dra. Nélide I. Zampini dijo:

Adhiero al voto del Dr. Monterisi.

Asimismo agregó que además de las consideraciones efectuadas por mi colega preopinante entiendo que en el sub lite debe valorarse que a la Sra. M. S. le corresponde la atribución del hogar conyugal en razón de su calidad de condómina del inmueble en cuestión (ver fs. 17/20 y fs. 40/44, arts. 1985, 1986, 1987, 1988 y cc. del Cód. Civ. y Com.).

Finalmente debo señalar que en relación a la aplicación analógica de la figura del padre "a fin" a los guardadores con finalidad adoptiva, en los autos "S., Verónica Marcela s/ materia a categorizar" (Expte. N° 162.423, RSD 244/16 del 29/11/2016) he adoptado una solución similar a la tomada por el Dr. Ricardo Monterisi (arts. 3, 5, 23, 26, 27 y cc. de la CDN; 3, 7 y cc. de la Ley 26061, 672, 676 y c. cc. del Cód. Civ. y Com.).

A la tercera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

Corresponde: I) Rechazar -por mayoría- el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 497. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia impugnada en todos sus términos. II) Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 CPCBA).

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Roberto J. Loustaunau y Nélide I. Zampini votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA:

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve:

I) Rechazar -por mayoría- el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 497. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia impugnada en todos sus términos.

II) Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 CPCBA).

III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 Ley 14967).

IV) Dar vista a la Asesoría de Incapaces interviniente (art. 38 Ley 14442). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE.

RICARDO D. MONTERISI - ROBERTO J. LOUSTAUNAU - NELIDA I. ZAMPINI.