



1-61270-2016 -

"B. A. C. Y/ C. M. S. S/ DIVORCIO (ART. 214 INC. 2 C.C.)"
JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - AZUL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 13 días del mes de Diciembre de 2016 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, encontrándose en uso de licencia el Dr. Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**B. A. C. Y/ C. M. S. S/ DIVORCIO (ART. 214 INC. 2 C.C.)**", (**Causa Nº 1-61270-2016**), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 227/230?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: el Doctor **LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I. a) Analizando los antecedentes de la cuestión traída a juzgamiento, se observa que la presente fue iniciada con fecha 15.08.2013 por la Sra. A. C. B., a los fines de que se decrete el divorcio

vincular del matrimonio oportunamente celebrado entre ésta y el Sr. M. S. C., en los términos previstos por el art. 214 inc. 2° del Código Civil derogado, esto es, en virtud de hallarse los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse y de haber perdurado dicha situación fáctica por un tiempo continuo mayor de tres años.-

Habiéndose ordenado mediante auto de fs. 140 el pase de las actuaciones al Consejero de Familia del juzgado a los fines de tramitar la etapa previa, se presentan a fs. 147/148 las partes, esta vez conjuntamente aunque con diferente patrocinio letrado, y promueven demanda de divorcio vincular por presentación conjunta solicitando se decrete judicialmente la disolución del matrimonio sin declaración de culpabilidad, en virtud de encontrarse los mismos separados de hecho desde hace más de tres años sin voluntad de unirse y de no resultar posible la conciliación (aún cuando debe advertirse que, al respecto, resulta confuso el encuadre jurídico de la pretensión, pues en diversos apartados de la presentación en ciernes la solicitud se funda en el art. 214 inc. 2° del Código derogado –esto es, tal como se anticipara, en la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por un lapso igual o superior a tres años-, y en otros se lo hace en el marco de los arts. 215 y 236 del mismo cuerpo legal – es decir, en la causal de divorcio por presentación conjunta, habiéndose solicitado incluso la suspensión de las audiencias previstas para dicho trámite-; no obstante, lo cierto es que ambas resultan ser causales objetivas de divorcio vincular, las cuales conducen al dictado de una sentencia que, para el supuesto de hacer lugar a la acción, se limita a disolver el vínculo matrimonial sin calificar la conducta de las partes ni asignar culpabilidades).-

Así las cosas, habiéndose dado por concluida la etapa previa, recaratulado las actuaciones y declarado la cuestión de puro derecho atento no existir hechos conducentes controvertidos –conf. resoluciones de fs. 150 y fs. 151-, se presenta la Sra. B., representada esta vez por el Dr. Cordeviola, y solicita a fs. 162/162vta. la suspensión del proceso hasta el día 05.01.2015, fecha en la que –conforme manifiesta-

recién se hallaría cumplido el plazo de tres años desde la separación de hecho de la pareja. Asimismo, peticiona que se declare la nulidad de notificación del decisorio que declaró la cuestión de puro derecho; requiere la celebración de las audiencias contempladas en el art. 236 del Código Civil derogado; y formula reserva de desistir de la demanda de divorcio por presentación conjunta, señalando que ésta consintió su promoción ante la asunción de diversos compromisos por parte del Sr. C. relativos a los efectos del divorcio, los que no se han cumplido –desistimiento que finalmente efectiviza mediante escrito de fs. 176/178, oportunidad en la que solicita asimismo que se convoque a las partes a audiencia, efectuando reserva de iniciar divorcio contradictorio para el caso de no arribar a acuerdo sobre las cuestiones oportunamente conversadas-.-

Luego de diversas presentaciones realizadas por ambas partes en las que se controvertiera la procedencia de las pretensiones referidas en el párrafo anterior –ver fs. 169/173, fs. 176/178, fs. 184/184vta. y fs. 186/187vta.-, a fs. 197/203vta. se presenta nuevamente la Sra. B., esta vez con fecha 03.08.2015 –esto es, ya con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, readecuando la demanda oportunamente incoada a la nueva normativa y solicitando en consecuencia que se decrete el divorcio en los términos del art. 437 del Código Civil y Comercial. Asimismo, y en cumplimiento con lo prescripto por el cuerpo legal al que viene haciéndose referencia, formula propuesta reguladora de los efectos del divorcio, a partir de la cual enuncia los bienes que conforman el acervo ganancial y sugiere el modo en que los mismos deben ser adjudicados; solicita que se fije una compensación económica a abonar en su favor por el Sr. C., en atención al evidente desequilibrio patrimonial que la separación y el divorcio le han producido, pues ha sido siempre su cónyuge el único sostén económico del grupo familiar, habiéndose ésta avocado desde la celebración del matrimonio al cuidado del hogar y de los hijos de la pareja; y peticiona que, hasta tanto se resuelva la adjudicación definitiva de los bienes que conforman la comunidad ganancial,

se atribuya a ésta el uso de la vivienda familiar que constituyera la sede del hogar conyugal sita en calle Las Chilcas n° 237 de la ciudad de Tandil, lo que ya se dispusiera –pero en forma provisoria- mediante sentencia dictada en el marco de los autos “B., A. C. c/ C., M. S. s/ Alimentos” n° 5669 que tengo a la vista, como parte integrante de la cuota allí estipulada (conf. arts. 438, 439, 441, 442, 443 y cc del Código Civil y Comercial).-

A fs. 207/208 hace lo propio el Sr. C., solicitando en esta oportunidad que se decrete el divorcio en los términos previstos por el art. 437 del Código Civil y Comercial; que se declare extinguido el régimen de comunidad de ganancias al momento de la separación de hecho de los esposos; y, en cuanto a la propuesta regulatoria de los efectos de la disolución del vínculo, señala que en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental y a la obligación alimentaria respecto de los hijos del matrimonio ha de estarse a las resultas de los autos “B., A. C. c/ C., M. S. s/ Alimentos” n° 5669 de trámite entre las partes, y respecto a la distribución de los bienes gananciales, la atribución de la vivienda familiar y las compensaciones económicas, manifiesta que han de resolverse de conformidad con los arts. 488 y 496 del Código Civil y Comercial. Asimismo, se presenta nuevamente el Sr. C. a fs. 216/219vta. a fines de contestar el traslado de la propuesta reguladora efectuada por la contraparte, y expresa su absoluta disconformidad respecto de la misma; oponiéndose concretamente a la atribución de bienes sugerida por la Sra. B. por estimar, entre otras cuestiones, que la misma resulta absolutamente desproporcionada y que el listado de bienes gananciales por aquella efectuado no se condice con la realidad; rechazando la estipulación de una compensación económica, por entender que no se hallan presentes en autos los presupuestos exigidos para su procedencia; y alegando, respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar requerida por la contraparte, que la misma resulta ser una cuestión que deberá resolverse dentro del análisis global del estado económico y financiero del grupo familiar en la actualidad, el que dista de ser floreciente.-

b) Así las cosas, y en el lugar indicado al formular la primera cuestión, se dictó la sentencia de primera instancia puesta en crisis, a partir de la cual se decreta el divorcio del matrimonio constituido por la Sra. A. C. B. y el Sr. M.S. C., con los alcances previstos en los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial, declarando en consecuencia la disolución del vínculo con los efectos previstos en los arts. 434 ss y cc del mismo cuerpo legal. Asimismo, se imponen las costas en el orden causado (conf. art. 68 segundo párrafo del C.P.C.C.); se difiere la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto los letrados intervinientes efectúen la clasificación de las tareas desempeñadas por cada uno de los profesionales que han actuado en la presente y determinen la base regulatoria; y se declara disuelto el régimen de comunidad de ganancias al día 04.09.2013, fecha en la que se notificó la demanda (arts. 505 y 507 del Código Civil y Comercial) –cuestión esta última que fuera luego rectificadas mediante auto de fs. 233/233vta., oportunidad en la cual se dispusiera, haciendo lugar al recurso de aclaratoria incoado por el Sr. C. a fs. 231/232, declarar disuelta la comunidad al día 04.01.2012, fecha en que se produjera la separación de hecho de los cónyuges (conf. arts. 480, 505 y 507 del Código Civil y Comercial; arts. 34 inc. 5to. ap. b), 36, 166 y cc del CPCC)-.-

Para así decidir, valoró en primer término el magistrado la modificación que el nuevo Código Civil y Comercial ha implicado respecto de la intervención judicial en el marco de los procesos de divorcio, la que en consecuencia ha quedado circunscripta al análisis del cumplimiento de las condiciones exigidas legalmente para su procedencia y, en caso afirmativo, al dictado de la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial.-

Y en segundo término, y en lo que respecta al convenio regulador de los efectos del divorcio contemplado normativamente, señaló el juez a-quo que al no haber las partes logrado arribar a un acuerdo y atento la complejidad que implica el tratamiento de cada una de las materias que integran las propuestas reguladoras de las partes y los

múltiples intereses en juego, deberán ocurrir los peticionantes por la vía procesal que corresponda.-

c) Frente a ello, la Sra. B. interpone recurso de apelación a fs. 234 de la presente, abasteciendo el remedio con la expresión de agravios que luce agregada a fs. 255/257vta.; la cual no obtuviera réplica por parte de la contraria.-

En esta oportunidad, se agravia la recurrente por no haberse hecho lugar a la pretensión de atribución del uso de la vivienda familiar que constituyera la sede del hogar conyugal por ésta oportunamente incoada, señalando al respecto que dicho pedido debe diferenciarse de la adjudicación definitiva del inmueble en ciernes –lo que también peticionara-, pues respecto de esto último sí asiste razón al juez a quo en cuanto a que, no existiendo acuerdo de partes, ello deberá discutirse y resolverse en el ámbito procesal correspondiente. Pero hasta tanto ello ocurra, señala que sí resulta procedente expedirse en el marco de la presente respecto de la atribución de uso requerida por ésta en los términos del art. 443 del Código Civil y Comercial; pues si bien la misma le fuera reconocida mediante decisorio obrante a fs. 189/190 de los autos “B. A. C. c/ C., M. S. s/ Alimentos” n° 5669 como parte integrante de la cuota alimentaria allí estipulada, lo ha sido en forma provisoria, resultando en consecuencia necesario resolver en forma definitiva dicha atribución hasta tanto se resuelva la adjudicación de los bienes que integran el acervo ganancial en el marco procesal correspondiente.-

Asimismo, se agravia la apelante por haberse impuesto las costas en el orden causado, entendiendo que las mismas deben pesar sobre el Sr. C., atento fue su actitud la que motivara la promoción de la presente como de todas las causas conexas de trámite entre las partes. Señala que al respecto debe valorarse que estas actuaciones fueron promovidas en los términos del art. 214 inc. 2° del Código Civil derogado, el cual –remitiendo al art. 204 del mismo cuerpo legal- preveía la posibilidad del cónyuge inocente de acreditar el no haber

dado causa a la separación, dejando así a salvo todos los derechos derivados de la inocencia, entre ellos, la imposición de costas al culpable. Que dicha posibilidad quedó trunca a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, el que veda la posibilidad de discutir sobre la atribución de culpabilidades, debiendo no obstante tenerse en cuenta en el presente el marco fáctico que concluyó con el dictado de la sentencia recurrida, por tratarse de un proceso iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia.-

d) Así las cosas, obrando a fs. 262/263 el dictamen del Ministerio Público Fiscal, se practicó a fs. 284 el sorteo de ley, por lo que las actuaciones quedaron en estado de resolver.-

II. a) En primer lugar, ha de ponerse de resalto que, conforme han entendido pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia, cuando nos encontramos frente a un juicio de divorcio contradictorio en el que se debaten causales culpables, o bien ante un proceso promovido con fundamento en algunas de las causales objetivas –también causadas- que establecía el Código Civil derogado (conf. arts. 202, 203, 204, 205, 214 y 215 de dicho cuerpo legal); a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, el juez no puede ya dictar sentencia en el marco de dicho proceso sobre la base de la legislación derogada, en tanto resulta aplicable a estos conflictos jurídicos el principio general establecido en el art. 7° del nuevo cuerpo legal, a partir del cual se prevé la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 135; de la misma autora, "El art. 7° del CCyC y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", Diario Jurídico La Ley del 22.04.2015, pág.1, cita online AR/DOC/1330/2015; ídem, "El derecho transitorio. A propósito del art. 7° del CCyC", Diario Jurídico La Ley del 27.04.2015, pág. 1, cita online AR/DOC/1360/2015; ídem, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas

existentes al 1 de agosto de 2015”, Diario Jurídico La Ley del 02.06.2015, pág. 1, cita online AR/DOC/1801/2015; Herrera, Marisa, comentario al art. 437 del Código Civil y Comercial, en obra colectiva “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” dirigida por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, tomo II, pág. 734; Gil Dominguez, Andrés, “El art. 7º del CCyC y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, RCCyC 2015 (julio), pág. 16, cita online AR/DOC/1952/2015; Duprat, Carolina, comentario al art. 437 del Código Civil y Comercial, en obra colectiva “Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y comercial de 2014” dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo I, pág. 375; SCBA, C. 117.747, “G., N. contra D., A. s. Divorcio Contradictorio” del 26.10.2016, conforme voto del Dr. Negri que hiciera mayoría; CSJN, “D.I.P., V.G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”, del 06.08.2015, La Ley Online AR/JUR/25383/2015, Diario Jurídico La Ley del 12.08.2015, pág. 12; CNCiv., Sala B, en autos “B., C. R. c. V., R. B. s/ Divorcio” del 09.11.2015, publicado en Diario Jurídico La Ley del 23.02.2016; Cám. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, en causa n° 144590 “Astiasaran, Carlos Gustavo c/ Romero, Claudia Elizabeth s/ Divorcio”, del 27.08.2015; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, en autos n° 261758 “M., A. C. c/ C., G. A. s/ Divorcio contradictorio” del 22.09.2015; entre otros).-

Es así que todos los procesos judiciales de divorcio promovidos conforme la anterior normativa en los que aún no haya recaído sentencia firme, sean contenciosos o no y se hallen radicados en primera o ulterior instancia, deben ser de oficio o a pedido de parte **reconducidos y encuadrados en el sistema de divorcio incausado** previsto como régimen legal único por el Código Civil y Comercial; solución que reposa en el hecho de que la sentencia de divorcio reviste carácter constitutivo, de modo tal que el estado de divorciado no se adquiere hasta tanto la resolución que hiciera lugar a la pretensión divorcista y, en

consecuencia, disolviera el vínculo matrimonial haya alcanzado firmeza. En tanto ello no se haya efectivizado, el vínculo matrimonial entre las partes subsiste y es, por lo tanto, una "situación jurídica" a la que corresponde aplicar la nueva normativa en la que se introduce un régimen de divorcio sin expresión de causas y donde, consecuentemente, el magistrado deberá dictar sentencia sin evaluar ni calificar la conducta de los cónyuges, o valorar las causales objetivas oportunamente invocadas (conf. arts. 7°, 437, 438 y cc del CCyC; Herrera, Marisa, comentario al art. 437 del Código Civil y Comercial, en obra colectiva "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ya citada, pág. 734; Duprat, Carolina, comentario al art. 437 del Código Civil y Comercial, en obra colectiva "Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y comercial de 2014", ya citada, pág. 375; SCBA, C. 117.747, "G. , N. contra D., A. s. Divorcio Contradictorio" del 26.10.2016, conforme voto del Dr. Negri que hiciera mayoría; entre otros).-

Que dichas prescripciones han sido observadas en el sub-lite, en tanto a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ambas partes han readecuado sus pretensiones al régimen estipulado en la nueva normativa, solicitando se dicte el divorcio en los términos establecidos por el art. 437 del nuevo cuerpo legal y acompañando sendas propuestas reguladoras de sus efectos, conforme lo estipulado por el art. 438. Y ha sido también en dicho marco en que el juez a-quo dictara la sentencia puesta en crisis, y en el que han de ser también resueltos los agravios que motivaran la intervención de esta Alzada.-

b) Aclarado ello, se observa que –conforme se anticipara en el apartado anterior- los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial en materia de divorcio han sido radicales respecto del sistema anterior, consagrando un nuevo modo de abordar el conflicto familiar producido por el quiebre de la pareja y de la comunidad de vida; el cual, más que en las causas de la ruptura, se encuentra focalizado en sus consecuencias o efectos (ver Duprat, Carolina, "Op. Cit.", pág. 324).-

De este modo, se ha partido de un sistema de divorcio “causado” –ya sea que se tratara de causales subjetivas u objetivas- dando paso a un régimen de divorcio “**incausado**” o, conforme ha puntualizado Mizrahi, sin expresión de causa –en tanto las causas, claro está, siempre existen, pero lo que posibilita el nuevo sistema es que las mismas no trasciendan la esfera de intimidad de los protagonistas, no exigiendo su acreditación ni tampoco su alegación para la procedencia del dictado de la sentencia-; el cual se instaura como sistema único (ver Mizrahi, Mauricio Luis, “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en LL 2012-D-888).-

Las razones de los profundos cambios receptados en la materia, se encuentran claramente expresadas en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma al Código Civil, al afirmarse que “...*El avance de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites. Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación la*

especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social...”.-

De este modo, se entiende que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada a su cónyuge; de manera que el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la alegación y consecuente acreditación de una previa e ineludible situación de separación, ni de la demostración de causa alguna, en tanto la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud (ver Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 730 y ss; Duprat, Carolina, “Op. Cit.”, pág. 327; Mizrahi, Mauricio Luis, “Op. Cit.”, pág. 889; entre otros), quedando en consecuencia al margen del proceso la discusión sobre los motivos que originaron la ruptura matrimonial (Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, en autos n° 261758 “M., A. C. c/ C., G. A. s/ Divorcio contradictorio” del 22.09.2015).-

c) Que este respeto a la intimidad de los sujetos receptado por el nuevo régimen de divorcio incausado, al no admitir que el Estado –tras la invocación de un orden público hoy intolerable para la comunidad- interfiera en la vida privada de las personas y en la elección autónoma de sus planes de vida; se ha visto no obstante equilibrado a partir del mantenimiento de principios esenciales que hacen a la solidaridad familiar, concretados en preceptos específicos (ver Mizrahi, Mauricio Luis, “Op. Cit.”, pág. 1 y ss).-

Y ello reviste especial trascendencia en el caso de autos, en tanto uno de los institutos receptados por la nueva normativa y que halla su fundamento en el principio de *solidaridad familiar* resulta ser, justamente, el de **atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges como consecuencia del divorcio** (conf. art. 443 ss y cc del CCyC); pretensión que fuera oportunamente incoada por la recurrente en el marco de la presente al momento de formular su propuesta reguladora de los efectos de la disolución del vínculo matrimonial –conf. presentación de fs.

197/203vta.-, y respecto de la cual el juez a-quo en el decisorio en crisis entendiera que, al igual que las restantes cuestiones complementarias derivadas del divorcio que no fueran acordadas por las partes, debe ser peticionada por la vía procesal correspondiente (en consonancia con lo estipulado por el art. 438 *in fine* del CCyC; ver Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 740), lo que constituye materia de agravio.-

Al respecto, he de observar en primer término que la protección de la vivienda, en sentido genérico, es asumida por el Código Civil y Comercial como una cuestión relacionada con el respeto a los derechos humanos, valorando –conforme se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto de Reformas al Código Civil- que “el derecho de acceso a la vivienda es un derecho reconocido en diversos tratados internacionales”. Y en esa línea, conforme decía hace ya varios años la prestigiosa jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, “...*el problema de la vivienda se agudiza durante las crisis familiares (nulidad, divorcio, separación). Determinar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión entre los bienes (regidos por los principios de los derechos reales y personales) y las exigencias familiares (dominadas por el Derecho de Familia) representa uno de los puntos cruciales a la hora analizar las consecuencias de estas graves vicisitudes matrimoniales...*” (autora citada, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 225).-

En este contexto, la vivienda en la cual se desarrolla la vida familiar recibe en el nuevo código un tratamiento tuitivo específico, en el que es posible distinguir dos planos: uno referido a las relaciones internas de los miembros de la familia, tales como el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para disponer del inmueble en el que habita el grupo familiar, la atribución de la vivienda luego del divorcio o de la ruptura de la convivencia, la incidencia de la vivienda familiar como pauta para la fijación de la cuota alimentaria durante la convivencia y la separación de hecho de la pareja matrimonial; y el otro representado por las relaciones

externas, es decir las que se refieren a los vínculos entre los cónyuges y los terceros, tales como la afectación de la vivienda familiar a fin de protegerla frente a la acción de los acreedores, los casos de continuación de la locación por el cónyuge o conviviente no locatario y, respecto de los herederos, el derecho real del cónyuge o conviviente supérstite y los supuestos de indivisión impuesta por el causante (Levy, Lea y Bacigalupo de Girard, María, “La vivienda familiar y su protección en el Anteproyecto de Código Civil”, en “Revista de Derecho de Familia”, N° 57, octubre de 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 205).-

De este modo, la cuestión traída a juzgamiento se inscribe, en primer término, dentro del primer plano de la regulación en resguardo de la vivienda familiar, esto es, respecto a las relaciones internas, específicamente, respecto a la vida familiar matrimonial entre los ex cónyuges –aún cuando también puede tener incidencia respecto de terceros pues, de hacerse lugar a la pretensión de atribución de uso y en la medida de su inscripción registral, la misma les resultará oponible- (ver Duprat, Carolina, “Op. Cit.”, pág. 482).-

Al respecto, se observa que el art. 443 del Código Civil y Comercial recepta expresamente la facultad de uno de los cónyuges de peticionar la atribución del uso de la vivienda familiar con posterioridad al divorcio, sea que se trate de un inmueble propio de cualquiera de los esposos o de carácter ganancial; y dispone que, a falta de acuerdo entre las partes, el juez evaluará su procedencia, el plazo de duración y los efectos del derecho valorando, entre otras pautas, cuál de ellos ejerce el cuidado personal de los hijos, quién se encuentra en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios, el estado de salud y edad de ambos esposos y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar –enumeración ésta que, conforme se desprende de la propia letra de la norma en ciernes, resulta meramente enunciativa.-

Que conforme ha puesto de resalto la doctrina, este derecho a la atribución del uso temporal de la vivienda familiar –esto es, del inmueble en que se encontraba asentado el hogar conyugal al momento del cese de la convivencia entre los esposos- resulta ser un derecho personalísimo, y como tal inenajenable e intransmisible, propio de las relaciones familiares y de naturaleza asistencial –lo que no impide que los cónyuges voluntariamente acuerden y constituyan un derecho real de uso o habitación respecto de la vivienda (conf. arts. 1887 incs. i) y j), 1888, 2154 y cc del Código Civil y Comercial)- (Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 771; Duprat, Carolina, “Op. Cit.”, pág. 516). Y tratándose de un efecto propio del divorcio, el mismo procede con independencia del régimen patrimonial del matrimonio vigente al momento de la disolución del vínculo, de la calificación del bien, y del hecho de que el mismo resulte ser de titularidad de ambos cónyuges o de uno sólo; siendo por tanto factible, en este último supuesto, atribuirlo al cónyuge no titular, en virtud de valorarse que sobre la vivienda conyugal priman los intereses familiares por sobre los intereses particulares de cada esposo, pues como consecuencia del matrimonio el cónyuge no titular tiene expectativas sobre la vivienda donde ambos de común acuerdo fijaron el domicilio familiar (ver Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 772; entre otros). Ahora bien, sin perjuicio de ello –y aún valorando que el derecho en ciernes se limita a conceder a uno de los cónyuges el **uso** del inmueble en el cual se desarrolló la vida familiar durante el matrimonio, sin alterar la titularidad-, lo cierto es que ello conlleva una importante restricción al dominio de su titular; por lo cual resulta de suma trascendencia que la atribución de la vivienda a uno u otro de los cónyuges no se prorrogue, salvo casos excepcionales, de forma indefinida, respetándose la naturaleza **temporal** del derecho, en tanto es la fijación de un plazo la que funciona como una herramienta de equilibrio entre los diversos intereses en juego.-

Y a los fines de decidir la preferencia de uno u otro cónyuge a estos efectos, el Código Civil y Comercial se aparta del criterio que reflejaba el ordenamiento derogado, cuyo art. 231 –propio de un

sistema de divorcio causado, centrado en la idea de “culpa” como elemento dirimente para asignar los efectos de la disolución- posibilitaba otorgar la atribución provisoria del hogar conyugal durante la tramitación del divorcio o luego de la sentencia, pero en beneficio del cónyuge inocente; y establece, por el contrario, pautas de tipo objetivo relacionadas con la situación de vulnerabilidad o mayor necesidad. De este modo, lo determinante es procurar resolver la cuestión habitacional a la parte más débil de la relación jurídica matrimonial, en concordancia con el principio de solidaridad familiar que rige la regulación actual de las relaciones familiares (Duprat, Carolina, “Op. Cit.”, pág. 490 y ss; Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 781; entre otros).-

De lo antes expuesto, se deriva que el derecho en ciernes –cuya denegatoria en el marco de la presente constituyera motivo de agravio- **se limita a la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en forma temporal** (conf. art. 443 del CCyC); cuestión que debe **diferenciarse** de la pretensión de **atribución preferencial incoada en el marco del proceso de partición** del régimen de comunidad vigente al momento de la disolución del vínculo (art. 499 del CCyC; ver Mazzinghi, Jorge, “El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte”, en Diario Jurídico La Ley del 01.03.2016, pág. 1 y ss). Y dicha distinción resulta sumamente trascendente a los fines de la presente, en tanto la última pretensión referida –para el supuesto, claro está, en que no haya mediado acuerdo entre los cónyuges materializado en el convenio regulador de los efectos del divorcio- sí excede claramente el marco del proceso de divorcio, debiendo el esposo interesado en requerir su efectivización, acudir por la vía procesal correspondiente (art. 438 *in fine* y cc del CCyC).-

Pero no ocurre lo mismo con el primero de los derechos referidos, pues tratándose de *una atribución provisoria del uso de la vivienda familiar hasta tanto se resuelva su adjudicación definitiva en el proceso correspondiente* –esto es, en el de liquidación y partición del régimen de comunidad de ganancias que eventualmente promueva alguno

de los ex esposos-, el mismo **debe ser resuelto en el marco del juicio de divorcio**, en tanto haya sido oportunamente peticionado por uno de los cónyuges y debidamente sustanciado con el otro, tal como ha ocurrido en el sub-lite.-

En consecuencia, habiéndose determinado que es éste el marco en que la pretensión de atribución provisoria del uso de la vivienda incoada por la recurrente ha de ser resuelta, corresponde analizar en esta instancia si se encuentran presentes en el sub-lite los presupuestos que justifican dicha atribución (conf. art. 273 del C.P.C.C. y su doctrina).-

Que en esa línea, se observa que conforme se desprende de las constancias obrantes en autos, la separación de hecho de los cónyuges se produjo con fecha 04.01.2012, momento desde el cual la **Sra. B. ha continuado residiendo en el inmueble que fuera la sede del hogar conyugal junto a los dos hijos del matrimonio**, J. y M. C. –el primero de 19 años de edad, y la segunda de 15 años-. Que si bien no surge de las presentes actuaciones, como así tampoco de aquéllas producidas en los autos conexos “B., A. C. c/ C., M. S. s/ Alimentos” registrados ante la instancia de origen bajo el n° 5669 que tengo a la vista, si el cuidado personal que la apelante ejerce respecto de su hija menor de edad resulta ser unilateral o bien compartido bajo la modalidad indistinta –regla estipulada por el art. 651 del CCyC-, lo cierto es que ello no representa un inconveniente a los fines de la presente, en tanto lo que aquí interesa es el hecho de que ambos hijos conviven efectivamente con su progenitora en la vivienda familiar.-

Que por otra parte, **dicha situación fue especialmente valorada al momento de cuantificar en forma provisoria la cuota alimentaria** a abonar por el Sr. C. en beneficio de su cónyuge durante la separación de hecho y de sus dos hijos –conf. decisorio obrante a fs. 189/190vta. del proceso de alimentos al que se hiciera referencia, la que fuera confirmada por esta Sala mediante pronunciamiento dictado a fs.

233/238vta. de los mismos autos; en cuyo marco no ha recaído aún sentencia definitiva--

Y esta circunstancia resulta ser, conforme se anticipara, **una de las pautas que conforme establece el art. 443 del Código Civil y Comercial debe ser especialmente valorada** al momento de atribuir el uso temporal de la vivienda familiar en los términos estipulados por dicha norma, en tanto se estima que el reconocer el derecho en ciernes al progenitor a quien se le ha atribuido el cuidado de los hijos no sólo conduce a brindar debida consideración a las mayores dificultades que puedan presentarse a aquél para procurarse una vivienda, en virtud de las restricciones de tiempo y esfuerzo que tal cuidado demanda; sino que también contribuye a satisfacer el interés superior de los menores involucrados, al respetar el principio del *statu quo*, permitiendo que los hijos permanezcan viviendo en el mismo hogar y manteniendo las mismas condiciones de vida de las que gozaban cuando sus padres convivían (Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, pág. 775 y ss y doctrina allí citada; Duprat, Carolina, “Op. Cit.”, pág. 498 y ss).-

Y asimismo, también se desprende de los dichos vertidos por ambas partes a lo largo de la presente, que desde la celebración del matrimonio entre la Sra. B. y el Sr. C. y durante el resto de la vida matrimonial –e incluso con posterioridad al cese de la convivencia de los esposos- ha sido el Sr. C. quien asumió el sustento económico de todo el grupo familiar –enfrentando los gastos de alimentación, sostenimiento del hogar, vestimenta, asistencia médica prepaga, esparcimiento de todos sus integrantes, salarios del personal doméstico, etc-; avocándose la Sra. B. al cuidado del hogar y de los hijos. Y dicha circunstancia adquiere especial relevancia al momento de determinar la atribución del uso temporal de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, pues denota una modalidad de funcionamiento familiar y una distribución de roles entre los esposos durante la vida en común que permite, al menos en esta instancia, concluir que **frente a la ruptura conyugal, es efectivamente la recurrente quien se**

encuentra en una situación económica más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios y resolver así sus dificultades habitacionales.-

En consecuencia, valorando el carácter tuitivo de la norma en ciernes, el fundamento teleológico de la protección a la vivienda –el que está definido por la situación de vulnerabilidad económica o patrimonial de un cónyuge respecto del otro- y la actual situación convivencial de las partes, ha de concluirse que se hallan presentes en el caso de autos los recaudos objetivos que justifican revocar parcialmente el decisorio apelado y **hacer lugar al agravio incoado por la Sra. B., atribuyendo temporalmente a ésta última el uso de la vivienda familiar hasta tanto se resuelva su adjudicación definitiva en el marco del proceso de liquidación y partición del régimen de comunidad que eventualmente incoen los interesados, o se acuerde lo contrario por convenio de partes** (conf. art. 443 y cc del CCyC); haciéndole saber a la peticionante que, a los fines de oponer a terceros el derecho en ciernes, deberá promover ante la instancia de origen las actuaciones necesarias para su inscripción registral (conf. art. 444 del CCyC).-

Con costas al Sr. C. en razón de haber mediado oposición, solución que, en atención a la naturaleza de la cuestión traída a juzgamiento, ha de extenderse a las costas generadas por las actuaciones de Alzada (conf. art. 68 y cc del C.P.C.C.).-

d) Finalmente, resta analizar el agravio dirigido a cuestionar la imposición de costas en el orden causado contenida en la sentencia apelada, entendiendo la recurrente que las mismas deben pesar sobre el Sr. C., atento fue su actitud la que motivara la promoción de la presente como de todas las causas conexas de trámite entre las partes; y en virtud de que el divorcio fue promovido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, bajo un régimen que preveía la posibilidad del cónyuge inocente de acreditar el no haber dado causa a la

separación, dejando así a salvo todos los derechos derivados de la inocencia, entre ellos, la imposición de costas al culpable.-

A los fines de dar respuesta a dicho cuestionamiento, y sin perjuicio de las circunstancias manifestadas por la recurrente y sintetizadas precedentemente, lo cierto es que no puede perderse de vista que, conforme se pusiera de resalto en los párrafos precedentes, el Código Civil y Comercial ha instaurado –como régimen legal único e imperativo- un **sistema de divorcio incausado**, eliminando así el tradicional juicio de reproche y consiguiente calificación de conductas que receptaba la normativa derogada y dejando al margen del proceso la discusión sobre los motivos que originaron la ruptura matrimonial.-

Y esta construcción jurídica de un régimen incausado, plantea modificaciones sustanciales no sólo en lo relativo a las cuestiones de fondo sino también de forma, en tanto implica introducir desde la norma una clara distinción entre los procesos civiles y los procesos de familia, en los que se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en la que hay un “ganador” y un “perdedor” (Herrera, Marisa, “Op. Cit.”, págs.. 734/735 y 744).-

Es así que, valorando dicha circunstancia junto con el hecho de que nos hallamos frente a un supuesto en el que la intervención judicial resulta necesaria a los fines de lograr el reconocimiento de derechos, donde la sentencia afecta por igual a ambos cónyuges, donde –en virtud de lo que se desprende del desarrollo anterior- no corresponde indagar ni las culpas ni las causas que motivaran su promoción –ni al momento de decretar al divorcio, ni tampoco, lógicamente, al imponer las costas generadas por su tramitación-, y donde *no existe parte vencedora ni vencida*; no cabe más que concluir en el acierto de la sentencia apelada al **imponer las costas generadas por la tramitación del proceso de divorcio en el orden causado** (conf. art. 68, segundo párrafo, y cc del CPCC; Kielmanovich, Jorge L., “El nuevo proceso de divorcio”, en LL 2016-B-935, cita online AR/DOC/881/2016; Kielmanovich, Jorge L, “La pérdida

sobreviniente del interés procesal y las costas en los juicios de divorcio en trámite”, LL 2015-F-927, cita online AR/DOC/3721/2015; SCBA, C. 117.747, "G., N. contra D., A. s. Divorcio Contradictorio" del 26.10.2016, conforme voto del Dr. Negri que hiciera mayoría; CSJN, "D.I.P., V.G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo", del 06.08.2015, La Ley Online AR/JUR/25383/2015, Diario Jurídico La Ley del 12.08.2015, pág. 12; CNCiv., Sala B, en autos "B., C. R. c. V., R. B. s/ Divorcio" del 09.11.2015, publicado en Diario Jurídico La Ley del 23.02.2016; Cám. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, en causa n° 144590 "Astiasaran, Carlos Gustavo c/ Romero, Claudia Elizabeth s/ Divorcio", del 27.08.2015; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, en autos n° 261758 "M., A. C. c/ C., G. A. s/ Divorcio contradictorio" del 22.09.2015; entre otros; ver también CNCiv., Sala I, fallo del 20.03.1990, L.L. 1991-C-130, con nota aprobatoria de Adriana M. Waigmaister, Imposición de costas en un supuesto de resolución judicial necesaria para el reconocimiento de derechos; esta Sala, causa n° 54537 "Nicora de Pérez..." del 14.12.2010).-

Máxime cuando el Sr. C. no ha incurrido en ninguna conducta procesal ni tampoco en maniobras dilatorias del trámite impuesto a la presente, por lo que no se observan en autos supuestos de excepción que justifiquen apartarse del principio general antes expuesto.-

En consecuencia, corresponde en este punto desestimar el agravio incoado al respecto por la Sra. B.; con costas de Alzada a la apelante por haber resultado perdedora en el trámite recursivo (art. 68 del CPCC).-

Así lo voto.-

La Señora Jueza Doctora **COMPARATO**, **adhiirió por los mismos fundamentos** al voto precedente.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I) Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: **1)** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación

interpuesto por la Sra. A. C.. B. a fs. 234, y ordenar la atribución temporal a ésta última del uso de la vivienda familiar sita en calle Las Chilcas n° 237 de la ciudad de Tandil, hasta tanto se resuelva su adjudicación definitiva en el marco del proceso de liquidación y partición del régimen de comunidad que eventualmente incoen los interesados, o se acuerde lo contrario por convenio de partes (conf. art. 443 y cc del CCyC); haciéndole saber a la peticionante que, a los fines de oponer a terceros el derecho en ciernes, deberá promover ante la instancia de origen las actuaciones necesarias para su inscripción registral (conf. art. 444 del CCyC). Con costas al Sr. M. S. C. en razón de haber mediado oposición, solución que, en atención a la naturaleza de la cuestión traída a juzgamiento, ha de extenderse a las costas generadas por las actuaciones de Alzada (conf. art. 68 y cc del C.P.C.C.); difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad prevista en el art. 31 del Decreto-ley 8904/77, en virtud de resultar ésta una cuestión incidental del proceso de divorcio (arts. 9°, 16, 47 y cc ley 8904). **2)** Desestimar el agravio incoado por la Sra. B. respecto de la condena en costas contenida en la sentencia apelada de fs. 227/230 con relación al divorcio, y confirmar la imposición de las mismas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, y cc del C.P.C.C.). Con costas de Alzada a la apelante por haber resultado perdidosa en el trámite recursivo (art. 68 del CPCC); difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad prevista en el art. 31 del Decreto-ley 8904/77.-

Así lo voto.-

La Señora Jueza Doctora **COMPARATO**, **adhiirió por los mismos fundamentos** al voto precedente.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve: I)** **Hacer lugar parcialmente** al recurso de apelación interpuesto por la Sra. A.

C. B. a fs. 234, y **ordenar la atribución temporal a ésta última del uso de la vivienda familiar** sita en calle Las Chilcas n° 237 de la ciudad de Tandil, hasta tanto se resuelva su adjudicación definitiva en el marco del proceso de liquidación y partición del régimen de comunidad que eventualmente incoen los interesados, o se acuerde lo contrario por convenio de partes (conf. art. 443 y cc del CCyC); haciéndole saber a la peticionante que, a los fines de oponer a terceros el derecho en ciernes, deberá promover ante la instancia de origen las actuaciones necesarias para su inscripción registral (conf. art. 444 del CCyC). Con costas al Sr. M. S. C. en razón de haber mediado oposición, solución que, en atención a la naturaleza de la cuestión traída a juzgamiento, ha de extenderse a las costas generadas por las actuaciones de Alzada (conf. art. 68 y cc del C.P.C.C.); difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad prevista en el art. 31 del Decreto-ley 8904/77, en virtud de resultar ésta una cuestión incidental del proceso de divorcio (arts. 9°, 16, 47 y cc ley 8904). **2) Desestimar** el agravio incoado por la Sra. B. respecto de la condena en costas contenida en la sentencia apelada de fs. 227/230 con relación al divorcio, y **confirmar la imposición de las mismas en el orden causado** (art. 68, segundo párrafo, y cc del C.P.C.C.). Con costas de Alzada a la apelante por haber resultado perdidosa en el trámite recursivo (art. 68 del CPCC); difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para la oportunidad prevista en el art. 31 del Decreto-ley 8904/77. **REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.-**

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Yamila Carrasco
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-