

Córdoba,                    de julio de dos mil diecinueve. **Y VISTOS:** Los autos caratulados “S.J.A C/ P.G.N – MEDIDAS URGENTES (Art. 21 inc. 4 Ley 7676) (Expte. N° 7353448)”, de los que resulta que: **I)** A fs. 1/2 comparece el Sr. S.J.A, con el patrocinio letrado de la Dra. Roxana A. Lozada Chavez, promoviendo demanda de restitución de la vivienda familiar en contra de la Sra. P.G.N. Manifiesta que mantuvo una relación sentimental con la nombrada de la que nacieron dos hijas. Afirma que, en un principio, convivieron en casa de sus padres y luego del nacimiento de su segunda hija, se mudaron a un inmueble de su propiedad, actualmente domicilio de la demandada. Que al separarse de la Sra. P.G.N el día 08 de junio de 2017, se retiró del hogar convivencial, por lo que en la actualidad, residen en el mismo la progenitora junto a sus dos hijas. Solicita la restitución de la vivienda atento la cercanía de dicho inmueble con el domicilio de sus padres, que son personas mayores con un estado delicado de salud que requieren sus cuidados. Relata, además, ue la demandada ha realizado denuncias de violencia en reiteradas oportunidades con el objetivo de alejarlo de la vinculación con sus hijas y su familia. Asevera que el pedido de desocupación del inmueble que realiza, no afecta la estabilidad de sus hijas atento que propone aportar el cincuenta por ciento (50%) del monto del alquiler de una vivienda de similares características durante el primer año, además, de la cuota alimentaria. Pone en conocimiento que se encuentra atravesando una situación económica difícil atento que debe afrontar el pago de una elevada mesada alimentaria, más el alquiler del lugar donde habita y los impuestos del inmueble en cuestión. Ofrece prueba documental, confesional, informativa y testimonial. **II)** Admitida formalmente la pretensión, se le imprime el trámite previsto por el art. 73 de la ley 10.305 y se fija una audiencia a tales efectos (fs. 17). A fs. 29/30 de autos obra acta de audiencia, en virtud de la cual la parte actora ratifica los términos de la demanda de restitución de la vivienda.

Finalmente, peticiona se provea a la prueba ofrecida y se corra vista a la demandada y a la Asesora en su carácter de representante complementaria. Por su parte, la Sra. P.G.N solicita el rechazo de la demanda formulada por el Sr. S.J.A con el carácter de una medida cautelar peticionando la atribución del uso de la vivienda por resultar imprescindible para el desarrollo de sus hijas. Pone en conocimiento que su situación socioeconómica le impide aceptar la propuesta efectuada por el actor sin serio perjuicio del interés y el bienestar de J y S. Refiere que trabaja como empleada sin registro legal en un kiosco percibiendo la suma mensual por demás exigua de pesos tres mil ochocientos (\$3.800) y que carece de otro tipo de ingreso económico. Alega que el Sr. S.J.A no ha acompañado información concreta, acerca de la disponibilidad, costo, condiciones de viviendas para alquiler en la zona donde residen, respecto a lo que estima costaría el canon locativo de una vivienda con características similares a las que tiene la casa donde habitan. Resalta el tiempo de cuidado que les dedica el Sr. S.J.A a sus hijas, el cual resulta acotado a tal punto que, en algunas oportunidades, debe concurrir a sus jornadas laborales acompañada de sus hijas al no tener persona a quien encargarle su atención. En consecuencia, estima que, en virtud del superior interés de las niñas, debe rechazarse la pretensión del actor atento su derecho a contar con una vivienda, confiriendo a la compareciente la atribución del uso de la misma hasta la mayoría de edad de J y S. En virtud de las postulaciones efectuadas por la partes, la representante complementaria peticiona se le corra vista de todo lo actuado, lo que es proveído en dicha Audiencia. **III)** A fs. 31/33, comparece la Sra. Asesora de Familia del Tercer Turno, en virtud de la representación complementaria que ejerce respecto de las niñas de autos, contesta la vista corrida y plantea la inconstitucionalidad del plazo máximo de dos años de atribución de uso de la vivienda familiar en la unión convivencial prescripto por el art. 526 del CCyC. Toma en

consideración que, en su opinión, en los presentes corresponde atribuir el uso de la vivienda familiar a la Sra. P.G.N, basándose en el supuesto contenido en el inciso a) del artículo mencionado. Resalta, citando el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo; razón por la que no correspondería diferenciar los derechos de los hijos habidos de una unión matrimonial o de una unión convivencial, en orden a la efectiva concreción del principio de no discriminación (art. 2 CDN y art. 28 Ley 26.061). Ello así, atento que, tal como lo expone, conforme se desprende del contenido del art. 443 del CCyC, en el caso de tratarse de hijos matrimoniales, será el Juez quien determine el plazo de duración de la atribución del uso de la vivienda, sin imponer a esta decisión límite alguno en relación a su duración en el tiempo. En consecuencia, si bien el texto legal (art. 526 CCyC) dispone que el plazo de la atribución a fijarse por el juez no puede exceder de dos años a contar desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, la Asesora entiende que existen argumentos jurídicos suficientes a fin de declarar la inconstitucionalidad del referido plazo, debiendo determinarse que la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la progenitora lo sea hasta la mayoría edad de la más pequeña de las hijas de la unión. Deja expuesto que, si bien no desconoce la restricción al derecho de propiedad del progenitor que ello implicaría; entiende también que, frente a la opción planteada, no debe haber lugar para la duda: el interés de los hijos es el que debe prevalecer. Finalmente, hace presente que conforme lo escuchado en forma personal durante la audiencia receptada en autos y según resulta de la declaración jurada de la Sra. P.G.N, sus ingresos mensuales dificultan sobremanera la posible contratación de un inmueble en alquiler para proveer vivienda a sus hijas menores de edad. Del planteo de inconstitucionalidad formulado, se ordena correr vista al Sr.

S.J.A y, oportunamente, a la Sra. P.G.N, por el término y bajo apercibimiento de ley. A fs. 40/41, comparece el Sr. S.J.A solicitando el rechazo del planteo formulado por las razones de hecho y derecho que expone. Expresa que el haber acordado que el inmueble de su dominio fuera utilizado por parte de la progenitora y sus hijas, no puede constituir una limitación a su derecho a la propiedad privada. En este sentido, considera que no se encuentra acreditado que los derechos de sus hijas estén vulnerados ni que el Tribunal se encuentre imposibilitado por el art. 526 CCyC a decidir extender el plazo que el mismo prescribe. Entiende que el máximo de dos años posibilita a la familia readecuarse y poder así mudar el centro de vida encontrándose más fortalecidos. Esgrime que la aplicación de la norma se deriva del derecho ejercido por las partes a optar por la unión convivencial y no por el matrimonio, con todos los alcances establecidos por la ley. Por lo tanto, alega que las consecuencias jurídicas de tal decisión no ubican a sus hijas en una situación de desprotección; sino que por el contrario, es interés común de ambos progenitores el respeto del interés superior de las niñas que en este caso implica asegurar una vivienda a sus hijas menores de edad. Seguidamente, a fs. 42, la suscripta se avoca al conocimiento de la causa y, a fs. 45, comparece la Sra. P.G.N y adhiere en todos sus términos al planteo de inconstitucionalidad formulado por la Sra. Asesora de Familia del Tercer turno, en su carácter de representante complementaria atento que el plazo máximo de atribución de uso del inmueble sede de la unión convivencial, brinda una protección diferenciada a hijos extramatrimoniales respecto de los hijos matrimoniales. Ello es así en virtud de que el propio Código Civil y Comercial, en su art. 443, prescribe que en el caso de tratarse de hijos nacidos fruto de una unión matrimonial, el juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar, determinando el plazo de duración, sin establecer límite de tiempo alguno. Hace presente que actualmente percibe la suma de

pesos nueve mil (\$9.000) en concepto de cuota alimentaria y que desde enero del corriente año no cuenta con un ingreso mensual estable atento que no trabaja más en el kiosco en el que laboraba. Por dicho motivo, expresa que no se encuentra en condiciones de hacer frente al pago del alquiler de una vivienda de iguales características a las que habita y en la misma zona. En consecuencia, solicita se rechace la demanda formulada por el Sr. S.J.A, y con el objeto de resguardar el superior interés de sus hijas, peticona se le atribuya el uso de la vivienda familiar, hasta la mayoría de edad de J y S. Continuando con el trámite, comparece la Sra. Fiscal de Cámara de Familia (fs. 47/51) a los fines de expedirse respecto de la inconstitucionalidad planteada, quien luego de un análisis respecto a la procedencia temporal y formal del pedido, estima que resulta admisible. En relación a la procedencia sustancial de la cuestión constitucional, es decir, la existencia de un caso concreto, considera que *“se encuentra configurado el recaudo de perjuicio constitucional actual, serio, grave y concreto”*. Asimismo, alega que si bien *“En anteriores dictámenes consideré innecesaria la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de marras....en el caso, concurren circunstancias que meritan otra respuesta, debido al tenor de la petición -encaminada en forma directa a la inmediata restitución del inmueble sede de la unión convivencial-, y sobre todo, porque surge que la cuestión alimentaria luce acordada respecto de las niñas”*. Finalmente, examinando si la norma, supera o no el test de constitucionalidad de que se trata, arriba a la conclusión *“que en el caso concreto, la norma opugnada deviene inconstitucional lo que habilita el pedido efectuado a fs. 31733 vta., por la Sra. Asesora del Tercer turno, Sra. Marina Cappelletti”*. Para ello, considera que: *“el ofrecimiento del peticionante de locar un inmueble de similares características para el grupo familiar, aportando un 50% del monto del alquiler, resulta insuficiente y no garantiza la seguridad habitacional de las niñas debido a la notoria imposibilidad de la*

*progenitora a afrontar el restante aporte locativo*". En consecuencia, *"El valladar temporal, previsto en el art. 526 del C.C. y C., en confrontación con el art. 443 del mismo cuerpo legal, -que permite meritarse el plazo al juzgador- se traduce en el caso, en una violación del derecho a la igualdad consagrado en el art. 16 de la C.N"*. Seguidamente, se dicta decreto de autos (fs. 52) y firme el mismo, queda la causa en condiciones de ser resuelta. **Y CONSIDERANDO:** **I)** La competencia de la suscripta deviene de lo establecido por el art. 16 inc. 3 y 21 inc. 1 de la Ley 10.305. **II)** El Sr. S.J.A solicita la inmediata restitución del inmueble de su propiedad donde reside la progenitora con las dos hijas. Asimismo hace reserva del art. 526 inc b, tercer párrafo del CCyC y en su caso se fije fecha de restitución del inmueble. A dicha pretensión se opone la Sra. P.G.N y solicita la atribución del uso de la vivienda por resultar imprescindible para el desarrollo de sus hijas. Por su parte, la Sra. Asesora de Familia plantea la inconstitucionalidad del plazo de dos años que prevé el art. 526 del CCyC. y solicita se le confiera a la progenitora la atribución del uso de la vivienda hasta la mayoría de edad de la menor de las hijas. A dicho planteo adhiere la parte incidentada y la Sra. Fiscal de Familia y se opone el Sr. S.J.A. De esta manera ha quedado trabada la litis todo de conformidad a los vistos precedentes a los que remito. **III)** Previo a entrar al análisis de la cuestión debatida y procurando definir el marco teórico que englobe el planteo formulado, debemos poner de resalto que la protección de la vivienda es uno de los ejes centrales del ordenamiento jurídico de protección de derechos fundamentales y una de las maneras de protección prevista es a través de la atribución del uso de la vivienda que fue sede del hogar familiar. Esta atribución trae aparejada una restricción al derecho de propiedad que tiene como fundamento a la solidaridad familiar y que en caso de confrontación de derechos debe primar. Pues lo que se busca es proteger al más vulnerable, sin importar las causas de la ruptura ni el tipo de unión que se trate. Esta atribución

de la vivienda familiar está prevista como uno de los efectos derivados del divorcio (arts. 439, 443, 444, 445 del CCyC) y del cese de la unión convivencial (arts. 514, 526 y 527). En este punto corresponde aclarar que las pautas que dan lugar a la atribución y plazo por el que se otorga, no resultan idénticas, según se trate de una unión o matrimonio. (TAVIP, Gabriel E., GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás, *La atribución de uso de la vivienda familiar, ¿son válidas respuestas disímiles para los casos de divorcio y de ruptura de las uniones convivenciales?*, Cita Online: AR/DOC/3753/2017). En lo referido al plazo, cierta doctrina pretende remarcar que el art. 526 del CCyC establece una franca diferencia entre los hijos nacidos de uniones convivenciales respecto a los matrimoniales por el límite temporal de la atribución de la vivienda argumentando una inconstitucionalidad de la norma, que no es tal. Veamos: Cuando hablamos de atribución de la vivienda respecto de los hijos de una unión convivencial o matrimonial obligadamente nos tenemos que referir al art. 659 y no al art. 526 del Código Civil y Comercial. Es más ambos artículos están ubicados en títulos diferentes porque están destinados a regular situaciones distintas. Así, el art. 526 está dirigido a normar las relaciones entre los adultos y es por ello que se fija un plazo máximo de dos años para garantizar al conviviente que no se le ha otorgado el uso del inmueble que su derecho no se vea limitado por un tiempo excesivo, sino hasta que el más débil logre proporcionarse por sus propios medios una vivienda. Sin embargo, cuando existen hijos menores de edad, el límite en el plazo fijado por la norma no debe ser tomado en cuenta ya que debe priorizarse principalmente el interés superior de éstos, siendo, en consecuencia, aplicable el art. 659 que detalla el contenido de la obligación alimentaria, y donde todos los hijos tienen idéntica tutela y auxilio, postura que la suscripta comparte ya que en definitiva cuando existen hijos menores resulta inaplicable el plazo previsto en el art. 526 pues se debe garantizar a aquellos la vivienda ya que son los verdaderos

beneficiarios de la atribución del uso de la misma y por ende está por sobre el derecho de propiedad de los progenitores.(RODRIGUEZ MUSSO, Silvana, *El art. 526 del CCyC y los hijos: una aparente discriminación que no es tal*, Diario DPI, Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos, Nro. 39, 21/08/2018, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2018/08/Musso-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-21.8.pdf>, fecha de consulta: 22/7/2019)

En este sentido, doctrina autorizada afirma: “...., el límite de la atribución de la vivienda de dos años fijado en el art. 526 se refiere a la relación entre los convivientes, pero ello no impide que se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales. ... Una vez más: los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación” (HERRERA, Marisa y PELLEGRINI, María Victoria: “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/La-protecci%C3%B3n-a-la-vivienda-familiar-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial.-Por-Marisa-Herrera-y-Mar%C3%ADa-Victoria-Pellegrini.pdf>., fecha de consulta: 22/07/2019). “De otro costado si se entendiera que el plazo máximo establecido en el artículo 526 resulta aplicable existiendo hijos menores de edad, ello implicaría que el nuevo Código Civil y Comercial en el punto en cuestión, pese a sus grandes avances en materia de familia dejaría un gran vacío y desigualdad referente a la protección de la vivienda para los hijos nacidos de éstas uniones. Claramente existiría una inequidad o injusticia del sistema que se manifestaría en la discriminación y trato desigual entre hijos extra o matrimoniales que arduamente la doctrina y jurisprudencia actualizada venían pregonando por su total eliminación”. (RODRIGUEZ MUSSO, Silvana, op. cit). Asimismo, si se sostuviera que el art. 526 resulta aplicable a los hijos extramatrimoniales, dicha interpretación, se contrapondría con el principio de igualdad de los hijos que se encuentra reconocido expresamente en el artículo 558 del CCyC. Por las consideraciones que anteceden, estimo que no resulta procedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 526 CCyC - última ratio del sistema jurídico-,

cuando el Código Civil y Comercial otorga otras vías a los fines de hacer viable los derechos en pugna. **IV)** Cabe ahora a la suscripta expedirse sobre el pedido de restitución inmediata del inmueble por parte del Sr. S.J.A. En este punto cabe resaltar lo señalado por la Sra. Fiscal cuando afirma: *“Surge debidamente acreditado que la incidentada carece de un ingreso mensual formal y estable, por lo que prima facie, actualmente, no está en condiciones de afrontar la mitad del alquiler de otra vivienda. Las razones invocadas por el Sr. S.J.A, la necesidad de habitar el inmueble fundado en la salud de sus progenitores y la cercanía del bien con el domicilio de aquellos, no sólo no ha sido acreditado, sino que de ser cierto, no ha demostrado la imposibilidad de locar otro bien en las inmediaciones para suplir dicha problemática. De otro costado, la situación manifestada por la Sra. P.G.N para permanecer en el lugar, no han sido contradichas por el Sr. incidentista, lo que torna verosímil la postura así asumida y los hechos alegados”*. A esto debe agregarse que, tal como lo señalara en el punto anterior, la vivienda es uno de los principales derechos que los padres deben garantizar a los hijos para lograr que crezcan en un ambiente digno y acorde a sus necesidades conforme lo prevé el art 27 inc. 3) de la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, resulta dirimente señalar que desde la adquisición del inmueble por parte del progenitor el mismo fue destinado a la vivienda familiar, que los ingresos de la Sra. P.G.N dificultan sobremanera la posible contratación de un inmueble en alquiler para proveer vivienda a sus hijas menores de edad y que en el caso bajo examen se encuentra comprometido el interés superior de las niñas que es el que debe prevalecer, interés que se vería seriamente afectado en caso de acogerse a la pretensión del incidentista. Por todo ello, considero que no corresponde hacer lugar al pedido de restitución planteado por el Sr. S.J.A y otorgar, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda a favor de la Sra. P.G.N hasta la mayoría de edad de la menor de las hijas, solución que resulta acorde al art 658 659 y concordantes. **V)** Costas: Atento la naturaleza del planteo traído a resolución, tratándose de una cuestión que genera posiciones encontradas en doctrina, que el incidentista pudo considerarse con derecho, y lo dispuesto por el art. 130 del C.P.C.C.; considero que las costas deben

imponerse por el orden causado. **VI)** No corresponde regular los honorarios profesionales de la Dra. Lozada Chavez y de la Sra Asesora de Familia de 2º Turno, a tenor de lo dispuesto por el art. 26 -a contrario sensu- de la Ley N° 9459. Por todo ello, lo dispuesto por los arts. 658, 659 y cc. del C.C.C.N y demás normas legales citadas, **RESUELVO:** **1)** No declarar la inconstitucionalidad del plazo previsto art. 526 del Código Civil y Comercial. **2)** No hacer lugar a la restitución del inmueble peticionada por el Sr. S.J.A. **3)** Atribuir el uso de la vivienda familiar a la Sra. P.G.N hasta el la mayoría de edad de la menor de las hijas. **4)** Costas por el orden causado. **5)** No regular los honorarios de la Dra. Lozada Chavez y de la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, conforme las razones esgrimidas en el considerando respectivo. Protocolícese, hágase saber y dése copia.