Comodoro Rivadavia, de agosto de 2014.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"V. N., I. C. c/ S. V., J. s/ ATRIBUCION DEL HOGAR", Expte. N° 105/2014,** venidos del Juzgado de Familia N 1 (Expte. N° 280/2013).

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada por haber interpuesto a fs. 139/141 el demandado J. S. V., recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria N° 05/2014, obrante a fs. 134/137, que ordena la atribución del hogar, inmueble sito en calle L. N. P. N° **** B. S. I. L. de esta ciudad, al grupo familiar constituido por la señora I. C. V. N. y su hijo E. M. S., excluyendo del mismo a J. S. V.

En su memorial, el recurrente precisa como agravios, en primer lugar, la atribución del hogar a la actora, por considerar que resulta de cumplimiento imposible por no tratarse de un bien ganancial ni de un bien propio. Relata antecedentes de la causa y de los hechos que originaron su pedido de ampliación de plazo que fuera negado por la jueza de grado. Expresa que la resolución se contradice al ordenar su exclusión del domicilio donde no vive y se le tiene por denunciado el domicilio en otra vivienda sita en U. ***. Se presumen ciertos los dichos de la actora, y la testimonial rendida está alcanzada por las generales de la ley. No se tiene en cuenta que la accionante hizo abandono de hogar conyugal un año antes del inicio de la acción, llevando todos los enseres. Por otra parte la vivienda de L. N. P. **** es un bien de herencia y permaneció abandonado durante un año porque vive trabajando en el campo, por lo que la restituyó al sucesorio y

actualmente se encuentra alquilada desde los primeros meses del año pasado a una mujer con un niño. En la casa lindante vive su amigo H. G. quien le ofreció en principio alojamiento, pero se mudó a vivir con su hermana, quien alquila las dos viviendas a G. y K. M. M., cuyos contratos de locación y recibos de pago, no fueron permitidos por el a quo traer al proceso, afectando el derecho de defensa, sin haber constatado tampoco quienes viven en las viviendas.

Manifiesta que la sentenciante de grado no dio lugar a que su parte ejerza su derecho de defensa, toda vez que la actora notifica en un domicilio donde no vive, vulnerando su derecho de defensa en juicio por excesivo formalismo ritual.

La sentencia resulta de cumplimiento imposible, toda vez que actualmente la misma se encuentra locada a una mujer con su hijo, quien tiene el derecho de hacerlo dado que abona mensualmente a la Sra. B. B. V. su alquiler hace más de un año.

Por otra parte, no se dio cumplimiento a la orden de constatar e individualizar las personas que viven en el domicilio indicado.

Como segundo agravio, precisa la exclusión del hogar de su parte, lo que resulta también de cumplimiento imposible, porque no vive allí e implicaría disponer de una propiedad que no le pertenece afectando el derecho de propiedad del sucesorio, afectando derechos de terceros amparados constitucionalmente y de la inquilina M., que posee contrato de locación y abona alquiler.

Expresa que la actora vive en una zona del cordón forestal donde se formó un modesto barrio en la casa construida por la pareja como propia para la

familia. Reitera la omisión de cumplir la actora con la orden de constatación del inmueble sito en calle L. N. P. ****.

Por último y como tercer agravio, precisa la imposición de costas y regulación de honorarios, por entender que la actora no demostró que se vio obligada a acudir a la justicia por falta de cumplimiento de su parte, pues ella abandonó el hogar conyugal sin observar que su decisión pueda afectar a su hijo. No es el demandado quien ha dado lugar a las actuaciones ni fue reticente en cumplir con sus obligaciones. La actora dispone de la única vivienda de la pareja y de un vehículo para su traslado. Solicita se impongan las costas en el orden causado y se disminuyan los honorarios regulados a la Dra. P. por resultar absolutamente excesivos y no guardan relación con el tipo de proceso cautelar.

A fs. 145/149 la actora contesta los agravios, solicitando el rechazo del recurso.

Elevados los autos a la Alzada y habiéndose cumplido en fs. 156 con la audiencia prevista en el art. 130 de la Ley III N° 21 y oída la Sra. Asesora de Familia e Incapaces a fs. 158/158vta., pasan los presentes autos a resolver.

II.- En primer lugar, cabe precisar que de la lectura de los agravios, no surge que el quejoso haya efectuado una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo, ya que se limitó a exponer su posición sobre hechos no probados en la causa, domicilio actual de residencia del mismo y titularidad del inmueble, sin rebatir lo argumentado con relación al interés superior de su hijo y mejor condición de habitabilidad del mismo por un lado y pruebas

producidas, que condujeron acertadamente al dictado de la sentencia.

Sabido y reiterado es, que "la expresión de agravios es el acto procesal mediante el cual el recurrente fundamenta la apelación y refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia… por sus alcances, importa una demanda tendiente a obtener la apertura de una instancia, pues sin ese memorial, el Tribunal se encuentra imposibilitado de entrar a verificar la justicia o la injusticia de la sentencia, y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del juez, la doctrina lo denomina demanda de impugnación" (conf. Santiago Fassi y César Yañez: "Código Procesal Civil y Comercial, T 2, p. 480 y ss, Astrea 1989).

No obstante lo expuesto, hemos de señalar que participando esta Sala de un criterio amplio de admisión, se procederá al tratamiento de los agravios.

III.- Sentado lo anterior, en principio cabe precisar que es sabido que la atribución del hogar conyugal responde a los principios inherentes a las medidas precautorias y encuadra implícitamente en el régimen de las medidas cautelares genéricas o innominadas previstas por el art. 234 del Código Procesal, o innovativas del mismo ordenamiento, con independencia que a dicha pretensión se le imprima el trámite de los incidentes o el del juicio sumarísimo, o que la misma se resuelva luego de la fijación de una audiencia para oír a las partes o se sustancie el pedido o, por el contrario, se la decrete inaudita parte. Por tal razón es que la atribución del hogar conyugal participa de la provisionalidad de las medidas cautelares (Jorge L. Kielmanovich: "Medidas

cautelares", ps. 338/ 339, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000).

Asimismo, reiteradamente sostuvimos que "El carácter de la medida es a título de una cautela necesaria para preservar el núcleo familiar". Y si bien surge de autos que entre las partes existió un concubinato y no matrimonio, de haber existido este último supuesto, es conveniente señalar que en la actualidad no media ninguna preferencia legal a favor de uno u otro cónyuge (Leyes 11.357 y 17.711), y que la atribución de vivienda debe resolverse de acuerdo a las circunstancias de las partes y a la luz de una consideración primordial que atienda el interés superior del niño (cfr. art. 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia), teniendo en cuenta la mayor facilidad que para uno sólo de los componentes del grupo familiar significa la obtención de una nueva casa habitación, lo que por el contrario, redunda en una dificultad notoria si quienes deben obtenerlo son los restantes miembros del grupo en su conjunto.

De la lectura de la resolución en crisis surge que bajo tales parámetros ha sido solicitada y concedida la medida. Es que tales pautas resultaron adoptadas por la juez de grado para resolver la cuestión particular formándose su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Por ello, los agravios pretendidos no tienen andamiaje. Nótese que ninguna de las razones en que se fundan los mismos han sido dirimentes para resolver el conflicto.

En primer término, mal puede agraviarse el

apelante de que fue vedado su derecho de defensa y que no se tuvo en cuenta que no se domicilia más en la vivienda de L. N. P. Nº ****, cuando citado a ejercer su derecho, compareció sin contestar demanda ni ofrecer prueba, solicitando se amplíe el plazo de contestación, que fue rechazado por la sentenciante.

El supuesto del que comparece y no contesta implica un verdadero alzamiento frente a las cargas expresamente impuestas por la ley procesal (art. 360 inc. 1º CPr.): si a la ley le interesa que el demandado comparezca, es para que brinde las explicaciones pertinentes sobre lo sostenido por quien demanda; es decir, para que conteste y no por el mero hecho de comparecer (cfr. Aranguren: El silencio en la contestación de la demanda).

El silencio del demandado, frente al supuesto de la obligación legal de explicarse (art. 919 Cód. Civ.), tiene por principio, el alcance de una verdadera manifestación de voluntad sobre los hechos expuestos por el adversario, conforme a la interrogación que se le haya efectuado, salvo prueba contrario (Novellino – González: El silencio y sus efectos en los procesos judiciales, p. 59 a 60, Rubinzal Culzoni 2000).

De igual forma, no surge de autos la producción de prueba que el recurrente tenía a su alcance, esto es, no sólo no contestó demanda, tampoco ofreció la prueba pertinente que hacia a la defensa de su derecho, lo que permitiría considerar la seriedad del planteo recursivo y su viabilidad.

Resulta oportuno recordar, con palabras del más Alto Tribunal de la Nación, que la defensa en

juicio no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes" (Cám. De Apelaciones, Trelew, Sala A, 21/8/03 "F.I.L. c/ F.P.C.S. Ltda. y/o R.M. s/ Denuncia Ley Defensa del Consumidor").

Por otra parte conviene agregar que: "incumbe la carga de la prueba a la aparte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer". "Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o norma que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción". Con relación a ello, y en este caso particular de negación del demandado, a la afirmación de la actora respecto a la residencia en el que fuera el hogar conyugal, el mismo debió demostrar el hecho positivo contrario, o sea que no reside allí, hecho del que quedó huérfano y resulta acreditado tanto con el informe Nº 469/13 de fs. 64/64vta., mandamiento de constatación de fs. 86 y testimoniales de fs. 92/95vta. (Devis Echandía Hernando: "Compendio de la Prueba Judicial", Tomo I p. 106; Rubinzal Culzoni, 2007).

Esta orfandad probatoria del recurrente (art. 381 CPr.) que hacía a su propio interés, ocasiona consecuencias que deben descansar o recaer exclusivamente en el mismo, sin trasladarse a la contraria.

Por último, es necesario señalar, respecto de la propiedad del bien, que la crítica carece de interés, pues la titularidad del bien no es materia sujeta a decisión en los presentes.

En idéntico sentido se ha dicho que: "Goza de prioridad para seguir ocupando el hogar conyugal

aquél cónyuge que ejerza la tenencia de los hijos, no siendo decisivo el carácter propio o ganancial del bien (CNCiv., sala C, 26-11-96, LL 1998 B, 40.339-S).

Estas pautas, sumadas a la calidad esencialmente provisoria de la decisión sobre la atribución del hogar conyugal, el dictamen de la Asesora de Familia e Incapaces de fs. 158/158vta, son las que se tienen en cuenta para resolver la cuestión, apuntando a la necesidad de concurrir a la protección del grupo familiar más numeroso y en particular del hijo menor, en tanto se aprecia que del conflicto paterno no debe resultar menoscabo innecesario para ellos, lo que conduce a propiciar que la actora y E. M. ocupen la vivienda que fuera asiento del hogar conyugal.

Corresponde entonces rechazar el recurso de apelación interpuesto en fs. 139/141, confirmando los puntos 1° y 2°) de la Sentencia Interlocutoria N°05/2014 obrante en fs. 134/137.

IV.- Respecto a los agravios sobre imposición en costas, conviene recordar, como destaca Reimundín en “La condena en costas en el proceso civil” (Editorial Zavalía 1966 pág. 63) que en nuestro derecho positivo, en general, la condena en costas al vencido es la regla, y la exoneración constituye la excepción. Así lo dispone nuestro art. 69 del Cpr, el Código Procesal de Nación y la mayoría de los códigos provinciales que lo siguen.

Pero en el caso bajo análisis, cuestión de familia no patrimonial, la doctrina mayoritaria entiende que no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota, pues la

intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes. No obstante ello, se ha dicho que sólo cabe imponer las costas a uno de los cónyuges en estos asuntos, cuando su conducta fuere irrazonable, gratuita o injustificada y la consiguiente intervención de la justicia, obviable, como aconteció en autos (Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", p. 450/451, Ed. Astrea, Bs.As., 1998).

"La suerte de las costas no va de la mano de la "derrota" sino que grava solamente las situaciones extremas en que la recalcitrancia, el capricho, la incordia gratuita o la simple tozudez, desnudan una conducta reprochable, que obliga al dispendio jurisdiccional inútil o al desgaste gratuito de las partes, cuando no de los terceros, hijos de la pareja y víctimas inocentes de la incomprensión de sus padres" (CApelCivCom BBlanca, Sala I, 2/5/89, ED, 136-522).

Por los fundamentos dados, se confirma la imposición en costas y regulación de honorarios efectuada a favor de la letrada de la accionante, teniendo en cuenta la trascendencia del trabajo profesional en relación al resultado respecto de la pretensión de su parte, merituándose de este modo la eficacia y el éxito obtenido, y demás elementos que prevé la normativa arancelaria y el margen de discrecionalidad del sentenciante para fijarlos, de acuerdo a los arts. 5 a 9 y 32 de la Ley XIII N° 4 y 15 DJPCh), se concluye que el monto determinado a fs. 137 de la instancia de grado resulta acorde y ajustado a la norma, en base a las pautas arancelarias aplicables al caso específico.

En consecuencia, se rechazan los agravios sobre este punto y se confirma el punto 3º de la Sentencia Interlocutoria Nº 05/2014 obrante en fs. 134/137.

V.- Las costas, por los fundamentos expuestos precedentemente, se imponen al apelante vencido (art. 69 CPr.).

A fin de regular los honorarios, se tendrá presente, la labor profesional, la posibilidad que las pretensiones prosperen, sin ser factible apartarse de lo señalado en el considerando III, que se vincula estrechamente con la actividad profesional y el deber del letrado de comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional (art. 5° inc. f) Ley XIII N°11), el resultado obtenido y lo que disponen los arts. 5 a 8 y 13 de la ley de honorarios XIII N° 4 y 15 DJCH.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia:

R E S U E L V E :

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 139/141 y confirmar la Sentencia Interlocutoria N° 05/2014 obrante en fs. 134/137.

2) Costas de la Alzada al apelante vencido conforme el considerando respectivo. Por sus trabajos en esta instancia, regúlanse los honorarios profesionales a la Dras. V. G. B. y N. T. P., conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%) y a la Dra. A. S. P. en el treinta por ciento (30%), a ambas de los regulados por su actuación en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de Juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Provincia de Chubut).

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO **Nélida Susana MELERO**

JUEZ de CAMARA **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL Nro. DEL AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS