

Atribución de la vivienda familiar y compensación económica en uniones convivenciales

Se rechaza la atribución de la vivienda familiar solicitada por el Sr. M. B. en los términos del art. 526 del CCyC, pero ordena a la Sra. V. M. que proceda a desocupar la vivienda. El fallo también menciona el derecho a la vivienda y su relación con otros derechos humanos, como la salud, la integridad, un nivel de vida adecuado, la intimidad y la igualdad. Además, el fallo menciona la posibilidad de incluir la cobertura de la vivienda en la obligación alimentaria y utilizar la misma propiedad que se estaba utilizando antes en beneficio de los hijos.

Fallo completo:

M. V. c/B. M. s/atribución vivienda familiar - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - I - 08/02/2023

En la ciudad de Mar del Plata, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "M. V. C/ B. M. S/ATRIBUBUCION VIVIENDA FAMILIAR" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nelida I. Zampini y Alfredo E. Méndez .

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

1) ¿Es justa la sentencia del 1º de diciembre de 2020?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I.- Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia "...1) Rechazando la atribución de la vivienda familiar solicitada por la Sra. V. M. y el pedido de declaración de inconstitucionalidad respecto del plazo previsto por el art.526 del CCyC; 2) Haciendo lugar a la acción de compensación económica promovida por la Sra. M. contra el Sr. M. B., estableciendo el monto de la misma en el del salario mínimo vital y móvil que deberá abonar el demandado durante la cantidad de doce meses consecutivos, del 1 al 10 de cada mes, a partir de que se encuentre firme la presente. Se establece que en caso de mora, las cuotas impagas devengarán el interés determinado en la tasa pasiva que abone el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días, para cada uno de los períodos impagos; 3) Rechazando la atribución de la vivienda familiar solicitada por el Sr. M. B. en los términos del art. 526 del CCyC; sin perjuicio de lo cual se ordena a la Sra. V. M. que proceda a desocupar la vivienda sita en calle J. A. P. 6? de esta ciudad en el plazo de treinta (30) días corridos contados a partir de que se encuentre firme el rechazo de la atribución de la vivienda solicitada por la misma, 4) Imponiendo las costas en el orden causado respecto de la acción de atribución de la vivienda familiar promovida por la actora y por el demandado reconviniente; en relación a la acción de compensación económica se imponen las costas al demandado en su calidad de vencido..." (Textual).

II. Recursos de Apelación:

II. a) Recurso de Apelación de la parte actora: Sra. V. M.:

Con fecha 20 de diciembre de 2020 la Sra. V. M. por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Dra. S. F. apela la sentencia dictada por la Jueza de grado, fundando su recurso el 27 de septiembre de 2022 con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

II.b) Recurso de apelación de la parte demandada reconviniente: Sr. M. B.:

El 18 de diciembre de 2020 el Dr. F. D. invocando la franquicia del art. 48 del CPC en favor del Sr. B. apela la sentencia de primer instancia.

III. Agravios de las partes:

III. a) Agravios de la parte actora:

Se agravia en primer término de que la sentencia en crisis rechaza la atribución del uso de la vivienda familiar solicitada por la Sra. M., como así también el pedido de declaración de inconstitucionalidad respecto del plazo previsto por el art. 526 del Cód. Civil y Comercial. Entiende que sostener que el citado artículo no resulta discriminatorio en tanto su fin protectorio no es el derecho de los hijos, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda resulta incorrecto pues de esta forma se avasalla el derecho fundamental a la vivienda del que debe gozar la niña D..

Manifiesta que "Cuando el bien se encuentre habitado por hijos menores de edad o con capacidad restringida, corresponde que se establezca un mismo marco protectorio, sea que estén los adultos casados o bajo el régimen de unión convivencial; quedando bajo la decisión del juez el establecimiento del plazo de duración de la atribución de la vivienda, de acuerdo con las circunstancias del caso,

de igual manera que lo hacen los artículos 443 y 444 CCyCN..." (Textual).

Señala que si se entendiera como lo hace la Jueza de grado de que el plazo máximo establecido en el artículo 526 del Código Civil y Comercial resulta aplicable aun cuando existen hijos menores de edad, ello implicaría que el nuevo código fonal, pese a los grandes avances en materia de familia, dejaría en desigualdad en materia de protección de la vivienda a los hijos nacidos de uniones convivenciales.

También se agravia que la jueza de grado funde el rechazo de la atribución del hogar en favor de la actora y de su hija D. con fundamento en que el derecho a la vivienda de la niña no puede ser objeto de tratamiento en el presente proceso sino que su reclamo debe garantizarse por la vía del proceso alimentario, en razón de que dicho fundamento -a su entender- no tiene lógica pues la naturaleza misma de la figura jurídica es justamente la protección del derecho a la vivienda, sobre todo en caso de niños menores de edad.

Argumenta que "...tanto la determinación de una cuota alimentaria a favor de los hijos, y los rubros por los que ella se integre, como la duración del tiempo por el que se extienda la atribución de la vivienda, son factores que la judicatura deberá tener en cuenta cuando se tome una u otra decisión, pero de ninguna manera la cuestión alimentaria permite excluir el pedido de la atribución del uso del hogar familiar, como pretende la jueza de grado..." (textual).

Asimismo, señala que resulta equivocada la conclusión de la Magistrada de primer instancia en cuanto a que de tomar una decisión distinta a la adoptada resultaría violatoria de los derechos de los otros dos hijos menores de edad del Sr. B., pues valorando el principio de solidaridad familiar quien se encuentra en situación de vulnerabilidad es D., ello en razón a la historia familiar de la pareja y de su hija. Agrega que el Sr. B. es un padre ausente, siendo la Sra. M. quien se encuentra al cuidado exclusivo de la niña. En segundo término se agravia, de que la jueza de grado no ha tomado medidas suficientes para garantizar la cuota alimentaria que debería fijarse en favor de la niña D.. Señala que "El NO cumplimiento de la prestación alimentaria que incluye el rubro vivienda tiene como correlato la desprotección del niño, por lo que corresponderá fijar una cuota alimentaria acorde a las necesidades de D. pero asegurando que el inmueble del Sr. B. sea suficiente garantía para su cumplimiento..." (Textual).

En tercer lugar se agravia de que la Jueza de grado le haya otorgado un plazo de 30 días corridos desde que se encuentre firme el rechazo de la atribución de la vivienda para que la misma sea desocupada. Sostiene que dicho plazo resulta insuficiente para poder desocupar la vivienda y efectuar la mudanza, máxime que no cuenta con recursos suficientes para abonar un canon locativo de un inmueble con las comodidades necesarias para ella y su hija menor de edad.

También se agravia del monto determinado por la jueza de grado en concepto de compensación económica, en razón de que no representa el desequilibrio manifiesto que la ruptura le ha causado a la Sra M.. Argumenta que "...no hay motivo para considerar que si eventualmente la actora en aquel entonces se hubiese reinsertado laboralmente hubiese percibido un sueldo equivalente al S.M.V.M.. Considerar ese salario es insuficiente. Creemos que al menos hubiese percibido mínimamente un sueldo básico de empleado de comercio que hoy en día asciende aproximadamente a \$ 109.000..." (Textual).

También se agravia de la tasa de interés establecida en el decisorio en crisis -tasa pasiva que cobra el Banco de la Pcia. de Bs. As.- pues entiende que no representa la pérdida del valor del dinero que la Sra. M. ha dejado de percibir en el caso de mora.

Solicita que "...corresponderá que no solo se determine una tasa de interés compensatorio (para el hipotético caso de que VV.EE determine cuotas fijas) sino también moratorio la que no podrá ser inferior a la tasa activa del Banco Provincia de Buenos Aires para operaciones de descuento a 30 días..." (Textual).

Finalmente se agravia de los montos determinados en concepto de honorarios regulados en favor de los profesionales intervinientes. Respecto a los regulados a la suscripta considera que los montos regulados son bajos y los regulados a favor de los restantes profesionales por considerarlos altos.

III. b) Agravios de la parte demandada: Sr. M. B.:

Con fecha 20 de octubre de 2022 este Tribunal dejo constancia que el Sr. M. B. no se presento a expresar agravios dentro del plazo legal, y en consecuencia de ello se le tuvo por desierto el recurso de apelación interpuesto con fecha 18 de diciembre de 2020.

IV) Pasaré a analizar los agravios planteados por la parte actora:

IV.a) Primer agravio: Rechazo de la atribución del uso de la vivienda familiar y de la declaración de inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 526 del Cód. Civil y Comercial:

1.a) En primer término debo señalar que si bien la actora ha planteado la inconstitucionalidad de la disposición del art 526 del Código Civil y Comercial, en cuanto a que establece una diferencia irrazonable en el plazo de la atribución de la vivienda familiar frente a los hijos matrimoniales, donde no se fija plazo, entiendo que no resulta indispensable recurrir a esta solución tan gravosa que sólo opera como última razón, máxime que una interpretación a la luz de los artículos 1º y 2º del código fonal permitirá que ese tiempo -de dos años- se extienda más allá del previsto, en tanto que de las circunstancias de la causa pueda evaluarse la existencia de

la protección de la infancia, los deberes derivados de la responsabilidad parental (arts. 638 y 641 del CCyC) y las reglas de la no discriminación de los hijos (art. 558 del CCyC.; Cfr. Molina de Juan, La protección de la vivienda familiar, pub. en: Tratado de los Derechos de niñas, Niños y Adolescentes, 2da. Edic., T. V, Dir. Silvia E. Fernández; Edit. AbeledoPerrot, Cdad de Bs. As., 2021, pag. 73).

1.b) Por otra parte, debo resaltar que la protección de la vivienda familiar 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.

Lo que se busca con ello es proteger al más vulnerable, sin importar las causas de la ruptura ni el tipo de unión que se trate (argto. arts. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 11 de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del hombre, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos humanos, 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 5º inc. e.III de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 14. inc. h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer).

A su vez, y como bien expresa Martina Salituri Amezcua, debo señalar que "...el derecho a la vivienda se relaciona, necesariamente, con la satisfacción de otros derechos humanos como los derechos a la salud, la integridad, un nivel de vida adecuado, la intimidad, la igualdad, así como con el derecho humano a la vida familiar y la garantía constitucional de protección integral de la vida familiar..." (Martina Salituri Amezcua, Protección del Derecho a la vivienda familiar en las uniones convivenciales, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-II, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe., 2017, pág. 463).

En el mismo sentido la Suprema Corte de Justicia Provincial ha expresado que "El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe concebirse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos. Así pues, la dignidad inherente a la persona humana, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos..." (S.C.B.A., Ac. 70.717 S del 14/06/2010, el resaltado me pertenece; en el mismo sentido esta Sala, causa Nº 162.935, RSI 119/17 del 11/05/2017).

Por consiguiente, la protección de la vivienda constituye el sostén mínimo de protección que el Estado debe garantizar a todos los individuos y a las diversas formas familiares, y ante la existencia de una diferencia de trato en el reconocimiento efectivo de tal derecho fundamental deberá ser justificada por un fin legítimo.

Ahora bien -como lo expuse precedentemente- cuando se debe analizar la atribución de la vivienda respecto de hijos de una unión convivencial, las necesidades de vivienda de los niños, niñas o adolescentes 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 distingue la legislación civil y comercial (Cfr. Herrera, Marisa, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2014-3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 11; Mignon, María B. y Ríos, Juan; "Atribución de uso de la vivienda familiar. vivienda y personas en condiciones de vulnerabilidad; pub. en: RDF Nº 80, julio 2017, AbeledoPerrot, pág. 165).

Si bien el artículo 526 del Código Civil y Comercial estipula un límite temporal de dos años para la atribución de la vivienda, dicho plazo 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?" (Herrera, Marisa, ob. cit, pág. 11 y ss.; argto. art. 676 del Cód. Civil y Comercial).

En tal sentido las Dras. Kemalmajer de Carlucci y Molina de Juan han manifestado que "Este límite no rige cuando hay hijos menores de edad o con capacidad restringida, porque en este caso, ellos son los verdaderos beneficiarios de la atribución del uso?" (Kemalmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M.; "¿La Protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial?", pub. en: Actualización Jurídica Iberoamericana, Nro. 2, Feb. 2015, Pág. 110/111).

En idéntica línea argumental este Tribunal 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?" (Está Cámara, Sala II, causa Nº 164.523, RSD 121/18 del 16/05/2018; en el mismo sentido: Cám. Nac. Apel. en lo Civil, Sala D, "M.,C.M. y otros c/ D., D.A. s/ Alimentos", del 08/09/2017,

citado en: Rubinzal Online, Cita RCJ 6752/17).

Asimismo debe valorarse que siempre debe primar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes involucrados, respetando el principio del statu quo, permitiendo de esta forma la posibilidad de que los hijos permanezcan viviendo en el mismo hogar y mantengan las mismas condiciones de vida de las que gozaban cuando sus progenitores convivían, a lo que debe agregarse que 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 (argto. arts. 27 inc. 3) CDN; 8, 35 y ccdds de la ley 26.061).

Además el art. 706 del Cód. Civil y Comercial 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 Convención de los Derecho del Niño.

2.a) Trasladando estos conceptos al caso en estudio, encuentro que le asiste razón a la accionante.

Cabe resaltar que de las constancias de autos surge debidamente acreditado que la Sra. V. M. carece de un ingreso mensual formal y estable, por lo que actualmente, no está en condiciones de afrontar el alquiler de otra vivienda para que pueda residir junto a su hija D. (ver fs. 1001/1004 informe socio ambiental, Lic. Rosana Volpe; fs. 1156, testimonial del Sr. V., fs.1160 testimonial Lucas M. D´ O.).

Por otra parte las razones invocadas por el Sr. M. B. respecto a la necesidad de habitar el inmueble de la calle J. A. P. N° 6?., debido a que era la residencia permanente de sus otros dos hijos menores de edad -S. y F.- de su matrimonio anterior con la Sra. F. B., dicha necesidad no ha sido acreditada en autos, sino que de los elementos probatorios incorporados surge que los referidos adolescentes tienen su centro de vida en el domicilio donde residen junto a su progenitora, y que cuando el demandado se encuentra en la ciudad de Mar del Plata -actualmente trabaja en la ciudad de Buenos Aires- cumple con el régimen comunicacional con sus dos hijos en el domicilio de su madre y abuela de sus hijos S. y F. (Ver fs. 1001/1004, informe socio ambiental; fs. 1152 absol. posiciones Sr. B, rpta a preg. 14).

Valoro asimismo que la niña D. desde su nacimiento tiene su centro de vida en el inmueble objeto de la presente acción, sino que su cuidado personal se encuentra exclusivamente a cargo de su progenitora pues tal como surge del dictamen emitido, en los autos "B. M. C/ M. V. S/ Comunicación Con Los Hijos -Art. 250 Del Cpcc- " (Expte. N° 168864), por la perito psicóloga, Lic. Romina Tiritelli, el Sr. B. no ha generado vínculos con su hija manteniendo desde su nacimiento solo comunicaciones telefónicas esporádicas (ver dictamen del 6/8/2020, ver también dictamen del Asesor de Incapaces a fs. 122 de los autos principales).

También debo justipreciar, que de acuerdo a lo que surge de los autos "M., V. c/B., M. s/Alimentos" (Expte. N° 24.771/2017, que en este acto tengo a la vista) el demandado actualmente abona una cuota alimentaria provisoria que asciende a la suma de \$ 6.500, con más la cobertura de la obra social, la cual atento a la situación económica e inflacionaria del país resulta insuficiente para poder satisfacer la necesidad habitacional de su hija D..

Ello conlleva a que el reclamo del Sr. B. en relación al pago de una renta compensatoria por el uso exclusivo del inmueble por la Sra. M. y su hija resulte improcedente (arts. 526, 638, 658, 659 y ccdds. del Cód. Civil y Comercial).

Lo expuesto permite advertir no solo que la actora no puede procurarse otra vivienda en la que albergar a la hija de ambos, sino que además se encuentra en juego el interés superior de la niña D. que debe prevalecer, pues en las Convenciones Internacionales como los Acuerdos y Tratados que nuestro país ha firmado y comprometido en cumplir se prioriza el desarrollo y desenvolvimiento social, humano y digno de los niños, niñas y adolescentes (art. 3 Conv. Derechos del Niño; 2 de las 100 Reglas de Brasilia; Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano; Cancún, 2000; 3° de la ley 26.061; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 6).

Por todo lo expresado, y en consideración del interés superior de la niña D. corresponde atribuir la vivienda familiar, respecto del inmueble de calle J. A. P. N° 6?. de esta ciudad a la Sra. V. M. y a su hija, a los fines de tender a efectivizar el interés superior de la niña el que debe resguardarse hasta tanto D. pueda procurarse de recursos propios, es decir hasta que alcance la mayoría de edad (arts. 25, 526, 541, 558, 638, 641, 658, 659, 706 y ccdds. del Cód. Civil y Comercial; 3, 27 inc. 3 y ccdds de la Convención de los Derechos del Niño; 3, 8, 25 y ccdds. de la ley 26.061).

IV. b) Segundo y Tercer agravio: medidas suficientes para garantizar cuota alimentaria y plazo para desocupar la vivienda:

Atento a lo resuelto en el primer agravio -atribución de la vivienda a favor de la madre y la niña- los presentes agravios han caído en abstracto.

IV. c) Cuarto agravio: monto de la compensación económica:

En primer término debo resaltar que la doctrina ha afirmado que "El fundamento de estas compensaciones surge del principio de

equidad y de la solidaridad familiar. En cuanto al fundamento jurídico y finalidad de las pensiones compensatorias, se señala que se encuentran muy íntimamente ligada al principio de solidaridad familiar, de raigambre constitucional (arg. Art. 14 de la Constitución Nacional)..." (Lloveras-Orlandi- Faraoni, Comentarios a los artículos 441 a 445, en Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M. y Lloveras, N. (Directoras), en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, T. II, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, pág. 167, el resaltado me pertenece).

Esta solidaridad familiar a la que hace referencia la doctrina especializada tiene como fin compensar la desigualdad estructural de una unión convivencial mediante un aporte que le permita a la parte más débil de la relación reacomodarse tras la ruptura y prepararse con el tiempo para competir en el mercado laboral.

En este mismo sentido, este Tribunal ha sostenido que "La institución de las compensaciones económicas se fundamenta en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio o la unión convivencial no sea causa fuente de enriquecimiento económico de un cónyuge o conviviente a costa del otro. El presupuesto esencial para otorgar la prestación compensatoria radica en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, sin que sea necesaria la prueba de la necesidad, sino que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto de la posición que percibe el otro cónyuge o conviviente?" (Este Tribunal y Sala N° 163.979, RS 17/22 del 4/03/22; 169.215; RSD 52/20 del 07/05/2020; en el mismo sentido: Sala II, causas N°. 168.511, RSI 409/19 del 3/10/19; Sala I, Causa N° 166.619, RSD 181/19 del 17/7/19).

Ahora bien el concepto de la compensación económica en las uniones convivenciales surge de la primera parte del art. 524 del Código Civil y Comercial el cual establece que se trata de un derecho reconocido al conviviente a quien el cese de la convivencia le produce un desequilibrio manifiesto, que represente un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada la convivencia y su ruptura, y que a su vez, fija un deber de compensación en cabeza del conviviente que al momento de cese de la convivencia, se encuentra en mejor situación.

Debemos tener en cuenta que el desequilibrio patrimonial entre convivientes que establece el citado artículo es aquel que se fue consolidando a lo largo de la convivencia y que fue a causa del proyecto de vida en común, en razón de los sacrificios y del estilo de vida llevado durante la unión convivencial (Cfr. Pellegrini, María Victoria, Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco del divorcio incausado, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho de Familia - II. Relaciones entre adultos, 2016-2, Edit. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Bs. As., pág. 181).

Para una más cabal comprensión, vale una mirada a los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, donde se precisa -en relación a la compensación económica en el matrimonio- que "Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición?" (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de Reforma designada por decreto 191/2011, pág. 582).

La "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de los convivientes no se limita a aquellos bienes que en definitiva integren sus patrimonios al inicio y al momento de la ruptura, pues no se trata de realizar sólo un análisis cuantitativo, por que lo que resulta relevante es como incidió la unión convivencial y su posterior cese en la potencialidad de cada uno de los convivientes para su desarrollo económico.

Como bien señala la Dra. María Victoria Pellegrini "La finalidad específica de la compensación económica es restablecer el equilibrio patrimonial entre quienes llevaron adelante un proyecto de vida en común y que su disolución pudiera posicionar en peor situación a uno/a respecto del otro/a, a causa justamente del estilo de vida familiar?" (Pellegrini, M.V, Compensaciones económicas :formas de cumplimiento, cuestiones posteriores a su fijación y posible superposición en los casos de uniones que cesan por el matrimonio, pub.en Revista de Derecho de Familia, Nro. 78, marzo 2017, Edit. AbeledoPerrot, pág. 7).

El criterio adoptado en las conclusiones de la Comisión N° 3 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, del año 2015 es que en ningún caso, la finalidad del instituto es mantener el nivel de vida del solicitante durante la convivencia y menos aún igualar los patrimonios de los involucrados. Concluyendo que "La finalidad de la compensación (...), es corregir un desequilibrio patrimonial manifiesto. Por lo tanto, no es un instrumento de nivelación patrimonial." (ver Online en: <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf>).

De ello se sigue que la compensación económica no procede necesariamente en todos los casos en que se produjo el cese de la convivencia. Es un efecto del quiebre de la vida en común pero no en todos los casos de finalización de la vida en común será procedente, pues se deberá acreditar su configuración.

Asimismo, del artículo 524 del Código Civil y Comercial surgen las tres condiciones fácticas que deben justificar la determinación de la compensación económica: 1) que se produzca un desequilibrio manifiesto en un conviviente respecto del otro; 2) que tal desequilibrio implique un empeoramiento en su situación económica, y 3) que tenga por causa adecuada la convivencia y su ruptura, a través de su cese.

Se ha definido a este desequilibrio como ¿La falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales de las partes en conflicto, en este caso, entre quienes han integrado una familia en calidad de cónyuges o convivientes?? (Molina de Juan, Mariel, Comprensión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas, pub. en RDF Nro. 74, Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 129).

Ante ello, se exige una doble comparación: 1) interna: la situación de los convivientes, y 2) temporal: que exige analizar la evolución patrimonial de cada uno de los miembros antes de la unión, durante el transcurso de ésta y luego de la ruptura. A fin de evaluar esa posible diferencia interesa especialmente la última etapa de la convivencia, siempre que se demuestre que corresponde al nivel real de posibilidades, que tenga una proyección razonablemente segura y no sea producto de acontecimientos ocasionales o pasajeros.

Asimismo, no es suficiente cualquier desequilibrio, pues no basta que se produzca tal empeoramiento, que se va a producir prácticamente siempre para ambos convivientes, dada la necesidad de duplicar gastos que durante la unión convivencial se cumplan de manera conjunta, sino que resulta preciso que uno de los convivientes salga en una peor situación que el otro a consecuencia del cese de la convivencia.

El desequilibrio es aquel causado por la pérdida de oportunidades o expectativas laborales o profesionales derivadas de haber desarrollado las tareas de cuidado, lo que coloca a uno de los convivientes en una posición de desventaja patrimonial respecto al otro, que se intenta recomponer a través de la compensación económica. Ambos convivientes -en forma expresa o tácita-, decidieron una determinada modalidad de funcionamiento familiar diario, pero ante la finalización de la unión convivencial, uno de ellos se encuentra perjudicado por esa decisión.

En tal sentido la Dra. Molina de Juan señala que ¿El desajuste que se compensa es el que importa el empeoramiento de la situación del que reclama la compensación, que significa un descenso en sus posibilidades hacia el futuro y que tiene su origen en su dedicación al hogar, a los hijos, o al trabajo del otro con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para reinsertarse en el mundo laboral. Correlativamente, se expresa en un enriquecimiento injusto del obligado al pago?? (Molina de Juan, Mariel; Comprensión y extensión del concepto de desequilibrio en las compensaciones económicas; pub. en RDF Nro. 74, Abril de 2016, Edit, Abeledo-Perrot, pág. 132).

Resulta importante resaltar que la compensación económica no es una herramienta destinada a lograr una equiparación patrimonial entre los convivientes, sino a compensar el desequilibrio manifiesto producido como consecuencia del cese de la convivencia y además esté debe ser apreciado al momento de la ruptura de la convivencia.

Por otra parte el art. 525 del Código Civil y Comercial contempla una serie de pautas que deben tenerse en cuenta para la determinación de su procedencia y monto, como son la edad y estado de salud de los convivientes y sus hijos, la duración de la convivencia, el tiempo ya dedicado o que se necesite dictar a la crianza y educación de los hijos, la cualificación y la situación profesional en relación con el mercado laboral, sus derechos existentes y previsibles y la atribución de la vivienda familiar.

Ante lo cual esta noción de estado patrimonial merece algunas precisiones, pues no solo se refiere a aspectos cuantitativos, sino más bien a un estudio cualitativo de la situación personal de ambos cónyuges (Cfr. Molina de Juan, Mariel; Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género, pub. en RDF Nro. 57 de noviembre de 2012, Edit.

AbeledoPerrot, pag. 196/197; Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T. II, Edit.

Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2015, pág. 767; Mizrahi Mauricio L., Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad, pub, en La Ley Online 06/08/2018 AR/DOC/1489/2018).

Por ello es importante valorar las pruebas e indicios sobre el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión convivencial, los roles realizados por cada uno de ellos respecto a la atención de las necesidades de la pareja conviviente, es decir, la dedicación a tareas de cuidados o tareas de producción económica de cada uno de los convivientes, como así también la proyección de tales tareas con posterioridad al cese de la convivencia, es decir la proyección hacia el futuro. Es decir en una mirada que no puede concentrarse en un punto temporal único y estático sino que debe ser global (cfr. Molina de Juan, M., obra cit., pág. 123;132/133).

Subrayo que todas estas variables fácticas requieren no solo de su alegación sino además de su prueba, sin perder de vista que en los procesos de familia, a tenor de lo que dispone el art. 710 del Código Civil y Comercial, rige explícitamente el principio de la carga de la prueba dinámica, que recae en quien se encuentre en mejores condiciones de probar.

En autos, tal como lo estableció la jueza de grado, entiendo que se encuentran acreditados los roles que han desempeñado las partes durante su unión convivencial, y que la ruptura de dicha unión ha producido en la Sra. V. M. un desequilibrio económico con la entidad suficiente para hacer lugar a la acción intentada.

Ahora bien la crítica de la recurrente se encuentra principalmente dirigida al monto por el cual la jueza de grado ha entendido que procede la compensación económica.

Al analizar la prueba producida en autos puedo advertir que la "fotografía inicial" de la convivencia es que la Sra. M., al unirse en pareja con el Sr. B., se desempeñaba como asesora comercial de ventas de Medifé y era propietaria de un automóvil marca Chevrolet, modelos Corsa City, dominio ... (ver oficio de fs.540/574; documental de fs. 162/165)

En tanto el demandado al inicio de la convivencia trabajaba como gerente de Marketing corporativo de la empresa Medifé y no contaba al momento de iniciarse la unión convivencial con bienes registrables de su titularidad (ver oficio de Medifé de fs. 541/574, informe AFIP de fs. 742 y fs. 808/814).

Por otra parte observo que el estado patrimonial de los convivientes a la fecha del cese de la unión convivencial -6 de agosto de 2015- resulta que el Sr. B. continuaba trabajando en Medifé y que en el año 2012 adquirió el inmueble de calle J A. P. 6?. Por otra parte la Sra. M. a la fecha del cese de la relación no solo se encontraba desempleada sino que además estaba cursando el octavo mes del embarazo de la niña D., lo cual le impidió reinsertarse al mercado laboral. Máxime que como ya lo señaláramos precedentemente quedo al exclusivo cuidado de su hija, hasta el día de la fecha (Ver oficio de Medifé de fs. 540, oficio de AFIP de fs. 742).

Si bien se encuentra acreditado en autos que al cese de la convivencia la situación económica de la Sra. V. M., se vio desmejorada por encontrarse embarazada, no puedo dejar de resaltar que es una persona joven y apta para llevar a cabo todo tipo de tareas laborales (por ejemplo refiere que trabajó como empleada doméstica y en período de prueba en una Obra Social) y que a su vez cuenta con conocimientos terciarios pues ha cursado durante el año 2014 la Licenciatura en Enfermería en la Facultad de Ciencias de la Salud y Servicio Social de la UNMdP (ver testimoniales de Sr. J. L. V a fs. 1155/1156; de L. M. D'O. a 1159/1160; Oficio de la UNMdP de fs. 848; arts. 375, 384, 394 y cdds. del C.P.C).

A ello, cabe agregar que de acuerdo a lo que he establecido en el primer agravio la Sra. M. cuenta con la atribución de la vivienda donde convivía con el demandado, hasta que la niña D. alcance la mayoría de edad.

En consecuencia de lo expuesto, apreciando las circunstancias personales y situación patrimonial de las partes, entiendo que el monto y el plazo establecido por la Jueza de grado para la compensación económica se encuentra ajustada a derecho, por lo que se rechaza el agravio traído a esta instancia (arts. 441, 442, 710 y ccsd. del Código Civil y Comercial).

IV. d) Quinto agravio: Tasa de interés.

Se agravia la recurrente de tasa de interés establecida por la jueza de grado respecto de la compensación económica, pues entiende que se debe determinar una tasa de interés compensatorio, para el caso de que se determine una cuota fija, y que la tasa de interés moratoria no resulte inferior a la tasa activa del Banco de la Provincia de Bs. As. para las operaciones de descuentos a 30 días.

Respecto a la solicitud de la fijación de una tasa de interés compensatoria a los fines de que la cuota de la compensación económica fijada a favor de la Sra. M. se deprecie por la pérdida del valor del dinero, entiendo que ello no resulta procedente, pues como surge del agravio precedente la referida compensación ha sido fijada en 12 cuotas consecutivas consistentes en el monto del salario mínimo vital y móvil, por lo cual el monto se actualizará a medida que varía este último, obteniendo con ello una cuota ajustada al aumento del costo de vida.

Por otra parte en relación a tasa de interés moratoria fijada, esta Sala sigue la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en las causas: C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginnossi" (sent. de 21-X-2009) y C. 119.176, "Cabrera" (sent. de 15-VI- 2016); conforme doctrina causas C. 120.536, "Vera", sent. de 18-IV-2018 y C. 121.134, "Nidera S.A.", sent. de 3-V-2018, por la que, en materia de fijación judicial de la tasa de interés moratorio, a las sumas de condena corresponde aplicar intereses a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, desde la fecha del hecho dañoso hasta el efectivo pago (Jurisp. SCBA, sent. del 13/11/2020 en C. 122.687, "Rodríguez, Daniel Osmar c/ Ibarbia, Matías Martín y otro. Daños y perjuicios (con Lesiones o muerte. Excep. Estado)"; cfr. doctrina legal sentada desde la causa C. 119.178, "Cabrera", sent. del 15/6/2016).

En atención de ello entiendo que en el caso de autos resulta ajustada a derecho la utilización de la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días -modalidad tradicional- (comúnmente denominada tasa BIP) como referencia para calcular los intereses moratorios, es la que permite garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal vigente, esto es: a) se trata de una tasa pasiva, b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización (SCBA, causas C. 43.858, "Zgonc", C.101.774 "Ponce" y L. 94.446 "Ginossi"; esta Sala tercera en causa N°170.022, "Pintos", sent. del 9/12/2020).

Por consiguiente, se hace parcialmente lugar al agravio intentado, estableciendo que para el caso de mora, las cuotas impagas fijadas en la compensación económica devengarán un interés determinado por la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días -modalidad tradicional- (comúnmente denominada tasa BIP), para cada uno de los períodos impagos.

IV. e) Sexto agravio: Imposición de costas por la atribución de la vivienda:

El principio general en materia de costas, establecido en los arts. 68 y 69 del C.P.C., impone que el objetivamente derrotado debe hacerse cargo íntegramente de las generadas por el proceso, siendo facultad de los jueces -excepcional y de carácter restrictivo- la eximición total o parcial de dicha responsabilidad al litigante vencido, siempre que se encontrare mérito para ello (cfr. doc. Gozaini, Osvaldo, costas Procesales. Doctrina y jurisprudencia, T. 1, 3era Edic., Edit. Ediar, Bs. As., 2007, pág. 40 y ssgtes.; argto jurisp. CSJN, Fallo: 311:1914 in re "Salamone, Antonio P.", del 20/09/1988).

En tal sentido esta Sala ha expresado que "En nuestro sistema procesal la condena en costas tiene un fundamento objetivo: el vencimiento. De este modo, la parte que resulta perdedora en el proceso debe cargar con los gastos que debió afrontar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho..." (esta Sala, causa N° 170.052, RSD 198/21 del 22/09/21; 159.765, RSD 57/16 del 29/03/2016; entre muchas otras).

En consecuencia, y en atención de lo resuelto en el primer agravio de la presente sentencia -procedencia de la atribución de la vivienda familiar a la actora y a la niña D.-, entiendo que no habiendo mediado vencimientos parciales y mutuos que justifiquen el apartamiento de principio general en materia de costas, como así tampoco que resulte una cuestión de derecho dudoso o compleja, y valorando que el demandado se ha opuesto expresamente a lo solicitado por la actora, las costas de ambas instancias - en esta parcela- deben imponerse al Sr. M. B. en su calidad de vencido (arts. 68 y ccdds. del CPC).

IV. f) Séptimo agravio: honorarios:

Por una cuestión de mejor orden procesal el presente agravio será tratado en una resolución aparte (arts. 34 y ccdds del CPC).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Alfredo E. Mendez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación de la parte actora y modificar la sentencia de primera instancia del siguiente modo: a) atribuir la vivienda familiar, respecto del inmueble de calle J A. P. N° 6?. de esta ciudad a la Sra. V. M. y a su hija D., hasta que la niña alcance la mayoría de edad ; b) Establecer para el caso de mora de las cuotas impagas fijadas en la compensación económica la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días -modalidad tradicional- (comúnmente denominada tasa BIP), para cada uno de los períodos impagos.; c) imponer las costas de la atribución de la vivienda familia al demandado vencido (art. 68 del C.P.C.); II) Imponer las costas de la Alzada al demandado en su calidad de vencido (art. 68 del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 16, 31, 51 y ccdds., ley 14.967).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Alfredo E. Mendez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se hace parcialmente lugar al recurso de apelación de la parte actora y se modifica la sentencia de primera instancia del siguiente modo: a) se atribuye la vivienda familiar, respecto del inmueble de calle J. A. P N° 6? de esta ciudad a la Sra. V. M. y a su hija D., hasta que la niña alcance la mayoría de edad; b) Se establece para el caso de mora de las cuotas impagas fijadas en la compensación económica la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días -modalidad tradicional- (comúnmente denominada tasa BIP), para cada uno de los períodos impagos.; c) Se imponen las costas de la atribución de la vivienda familia al demandado vencido (art. 68 del C.P.C.); II) Se imponen las costas de la Alzada al demandado en su calidad de vencido (art. 68 del C.P.C); III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 16, 31, 51 y ccdds., ley 14.967). Regístrese, notifíquese por cédula electrónica o a través de remisión de copia digital (arts. 10, 13 y concs, anexo único, Ac. 4039, SCBA). Devuélvase.

En la ciudad de Mar del Plata, se procede a continuación a la firma digital de la presente, conforme Ac. 3975/20 de la S.C.B.A.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 08/02/2023 09:51:32 - ZAMPINI Nelida Isabel (nizampini@jusbuenosaires.gov.ar) - JUEZ

Funcionario Firmante: 08/02/2023 12:11:13 - MENDEZ Alfredo Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 09/02/2023 13:45:23 - LARRALDE Marcelo Miguel - AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE

APELACIÓN