**Referencia**

Expte. Nº 6175-18 -“B., M. O. c/ C., V. P. s/ liquidación de la comunidad de bienes” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE GENERAL PICO (La Pampa) – SALA B – 30/05/2018

**Sumario**

Producido el divorcio, debe diferirse la partición y venta del único inmueble ganancial si se trata de la vivienda donde continúa viviendo la ex cónyuge con su hijo, hasta que éste alcance la mayoría de edad.

**Fallo**

En la ciudad de General Pico, provincia de La Pampa, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reúne en ACUERDO la SALA B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados “B., M. O. C/ C., V. P. S/ LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES” (expte. Nº 6175/18 r.C.A.), venidos del Juzgado de la Familia y del Menor N° 1 de esta Circunscripción.-

El Dr. Mariano C. MARTÍN, sorteado para emitir el primer voto, dijo:

1.Antecedentes. A fs. 23/25 vta. M. O. B. promovió demanda de liquidación de la comunidad de bienes contra V. P. C., con quien dijo haber contraído matrimonio en fecha xx/xx/xxxx. El demandante agregó que de dicha unión, el día xx/xx/xxxx, nació A. B. -actualmente convive con su madre- y que también es padre de E. A. B., fruto de otra relación anterior, el que desde los ocho años de edad se encuentra bajo su custodia personal.-

Refiere que ambas partes se desempeñan como empleados de comercio y que no aportaron bienes propios al matrimonio. Señala que, con los ingresos de ambos, ayuda económica de su padre y con un crédito hipotecario, adquirieron un terreno con una pequeña edificación -al que le realizaron diversas mejoras- que fue el asiento del hogar familiar, situado en calle xx n° xxx de esta ciudad. Describe el patrimonio de la comunidad y manifiesta la necesidad urgente de la venta del bien inmueble de referencia, en razón de que ello les permitiría cancelar todas las deudas y con el saldo cada uno podría adquirir una pequeña vivienda y luego ampliarla de acuerdo a las necesidades. También peticiona que, hasta que se concrete la venta del inmueble que integra la comunidad de bienes, se fije a su favor una renta compensatoria en los términos del art. 444 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC).-

La demandada compareció a fs. 36/39 a contestar la acción instaurada en su contra y se opuso a la solicitud de partición o liquidación del único bien inmueble integrante de la comunidad, hasta tanto la hija de ambos alcance la edad de 21 años. Solicitó que dicha vivienda le fuera atribuida sin obligación de renta compensatoria, aduciendo en tal sentido que el salario percibido por media jornada laboral le impide cubrir los gastos que requieren su subsistencia y los de su hija. Añadió que la compensación provocaría un desequilibrio económico que empeoraría su situación, la que tiene por causa adecuada la ruptura del vínculo matrimonial. Finalmente propuso la subdivisión del terreno en el que se encuentra situada la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, atribuyéndosele la mitad en la que se ubica la edificación -de la cual donaría el 50% de la nuda propiedad a su hija- y procediéndose a la venta de la restante parte a fin de que el actor cancele sus deudas y las de la comunidad-

Pese a que en la audiencia de conciliación celebrada a fs. 42 las partes solicitaron la suspensión del trámite por el término de treinta días, finalmente no lograron arribar a un acuerdo. Luego de producidas las pruebas ofrecidas y previo dictamen del asesor de niñas, niños y adolescentes, a fs. 262/270 la jueza de grado dictó sentencia haciendo lugar a la liquidación de la comunidad de bienes demandada. Asimismo, difirió la partición de la vivienda y de los bienes indispensables de la misma hasta que la hija de los litigantes adquiriera la mayoría de edad y rechazó la solicitud de renta compensatoria deducida por el actor. Las costas procesales las impuso por su orden.-

Contra dicho pronunciamiento se alzó el demandante (fs. 271), exponiendo su disconformidad en el memorial que luce a fs. 284/287 vta., el que fue contestado por la accionada a fs. 290/293. Mientras que a fs. 307 obra el dictamen emitido por la asesora de niñas, niños y adolescentes; propiciando la confirmación del fallo dictado en sede de origen. –

2.La sentencia. Para decidir del modo propuesto, la magistrada de primera instancia expresó que al haberse decretado el divorcio de las partes en el expediente conexo n° C-47.480/15 y extinguida la comunidad de bienes, la demanda de liquidación de la misma resultaba procedente.

Luego de determinar cuáles eran los bienes que componían la comunidad, la sentenciante concluyó que la accionada -por haber estado en posesión y uso del inmueble sede del hogar conyugal- debía soportar las deudas por servicios municipales y provinciales generadas por dicho bien desde la separación de hecho de las partes (xx/xx/xxxx). –

En lo que respecta a la petición de venta del bien inmueble adquirido por la comunidad y que fuere sede del hogar conyugal, decretó su rechazo esgrimiendo como principio rector, pauta interpretativa y módulo de valoración de las normas aplicables, el interés superior del niño. En ese rumbo, destacó el deber de aplicar los principios relativos a la protección del inmueble en que está radicado el hogar conyugal cuando existen hijos menores, aún disuelta la comunidad. Señaló que, entre las pautas mencionadas por el art. 443 del CCyC para proceder a la atribución de la vivienda, la primera de ellas dispone “la persona a la que se le atribuye el cuidado de los hijos”. Argumentó que en el caso concreto la división de la cosa común comprometería la vivienda del núcleo familiar (madre – hija) y el interés de la niña, ya que la subdivisión no resulta factible en virtud de la superficie y características del inmueble en cuestión. Agregó que el producido de la venta resultaría insuficiente para que la accionada adquiriera otro departamento donde habitar con su hija y además resaltó lo normado por el art. 659 del CCyC, por lo que consideró nocivas y perjudiciales para el interés superior de la niña las propuestas de partición planteadas (subdivisión y venta). En definitiva, admitió el progreso de la acción de liquidación de la comunidad de bienes, pero en relación a la vivienda en la que se desarrollara la vida matrimonial, difirió su partición hasta que la hija de los litigantes adquiriera mayoría de edad (art. 25, CCyC).-

Por último, denegó la renta compensatoria solicitada en el escrito inicial, aduciendo que su procedencia requería de un análisis integral de la situación económica de ambos cónyuges a fin de determinar si integraba, o no, uno de los aspectos derivados de la responsabilidad parental. Hizo referencia a la facultad que el art. 444 del CCyC concede al juez en orden a la fijación de la renta compensatoria y puso de resalto la escasez de recursos de la progenitora a cargo de la menor de edad.-

Antes de adentrarme en lo que será materia de recurso, entiendo oportuno recordar que en reiteradas oportunidades la CSJN ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121).-

A su vez, vale apuntar que desde la entrada en vigencia del CCyC (01/08/2015), resulta aplicable el principio general establecido en el art. 7 del nuevo cuerpo legal, en virtud del cual se prevé la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes (Aída Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 135, Rubinzal-Culzoni).-

3.Preliminar. Considero conveniente aquí dejar en claro cuál ha sido el preciso objeto de la pretensión deducida por el actor, ello a efectos de evitar indeseadas confusiones y arribar así a un acabado esclarecimiento del recurso que llega a estudio.-

En esa tarea, se advierte que en el escrito inaugural de fs. 23/25vta. el demandante dijo promover demanda de liquidación de los bienes habidos durante el matrimonio. Entre ellos sobresale la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, respecto de la cual y hasta tanto se concretara su realización, el actor peticionó la fijación de una renta compensatoria en los términos del art. 444 del CCyC.-

En tanto, a fs. 26 el juzgado de origen tuvo por promovida liquidación de la comunidad de bienes y ordenó correr traslado de esa pretensión en los términos de ley, a la que la accionada se opuso terminantemente.-

También es válido mencionar que en el expediente de divorcio que se tiene a la vista (n° ….), al promover demanda en fecha 19/08/2015, B. manifestó que la vivienda integrante de la comunidad de bienes ubicada en calle xx n° xxx era ocupada por su excónyuge y su hija A. B., llegando a proponer incluso que dicho inmueble “no sea adjudicado, partido ni liquidado” hasta que la menor alcanzara la mayoría de edad o dejara de habitar la vivienda (fs. 50). Requirió además se fijara a su favor una renta compensatoria, alegando cuestiones de índole económica.-

Lo hasta aquí expuesto permite advertir que en el expediente que llega en apelación, ninguno de los cónyuges pidió expresamente la atribución del uso de la vivienda familiar en los términos del art. 443 del CCyC.-

No obstante ello, en esta contienda y conforme se desprende de los apartados VI y VII de la pieza postulatoria, el actor solicitó la “necesidad de urgente venta” del bien inmueble de referencia y la fijación de una “renta compensatoria” hasta que aquélla se concretara. De tal suerte que esas particulares peticiones del actor -todas ellas denegadas en el fallo atacado-, presuponen la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge demandado. En este punto, se advierte que la jueza omitió expedirse formalmente en la parte resolutiva del decisorio en cuanto a la efectiva atribución del uso de la vivienda familiar, pero de todos modos, de los considerandos del decisorio se extrae que ella recayó en la accionada V. P. C..-

4.El recurso.-

4.1) En un primer agravio, el demandante cuestiona el pronunciamiento apelado expresando que le denegó la pretensión de venta del bien inmueble que fuera sede del hogar conyugal, al efectuar una errónea y parcial interpretación del art. 443 del CCyC. En esa línea crítica, sostiene que el equívoco radica en considerar que las pautas previstas en dicha norma son imperativas y no meramente enunciativas. Además, haber considerado que establecen prioridades, omitiendo analizarlas en su conjunto y sin tener en cuenta otros elementos y circunstancias (duración del matrimonio, edad y ocupaciones laborales de los cónyuges, etc.). Afirma que su situación económica es más desventajosa que la de la apelada.-

En otro orden, manifiesta que el aquo exacerba los argumentos expuestos en base a los derechos del niño, al tomarlos como único parámetro para negar la petición de partición y venta del inmueble que integrara la comunidad de bienes.-

Asimismo, el actor se queja porque según su criterio en el decisorio en crisis no se analiza, ni siquiera someramente, por qué la accionada se encuentra en una situación más desventajosa que él para obtener su propia vivienda. Asegura que la sentencia le otorga la atribución del hogar por el solo hecho de tener la custodia de la hija del matrimonio, pero omite analizar el resto de los demás elementos necesarios para ello.-

Pues bien, asiste razón al recurrente cuando manifiesta que, a los fines de la determinación de la atribución del uso de la vivienda familiar, las pautas alojadas en el art. 443 del CCyC (“Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”) son meramente enunciativas y que el orden en el que se las consigna en el dispositivo legal, no implica un categórico sistema de prioridades.-

Ahora bien, sin dejar de reconocer la necesaria ponderación que el juzgador debe efectuar de las diversas pautas establecidas en la norma -e incluso de otros factores externos que puedan resultar dirimentes- y la incidencia que eventualmente cada una de ellas detente en el caso concreto, en mi opinión, es incuestionable que la indicada en el apartado a) del texto legal bajo análisis posee significativa relevancia en atención al singular supuesto de hecho que contempla.-

La trascendencia de la pauta en tratamiento es ostensible y así se ha encargado de enunciarlo la doctrina al señalar que el sistema normativo establece varios criterios a tener en cuenta, atendiendo principalmente a los intereses de los miembros más vulnerables del grupo. El primer criterio es el cuidado de los hijos. Esta pauta responde a la satisfacción del derecho de habitación de los niños y adolescentes (como uno de los rubros de la obligación alimentaria de los progenitores). Es decir, como punto de partida, pretende resolver el derecho fundamental a la vivienda de los hijos y la posibilidad real de alojarse en una casa que les sirva de sede física donde vivir, crecer y desarrollarse en todos los órdenes. También apunta al mantenimiento del status quo que importa el respeto por su “centro de vida” y la estabilidad de las costumbres y lazos afectivos, lo que les evita grandes cambios y esfuerzos de adaptación a nuevos entornos sociales o escolares. Estas circunstancias deben ser evaluadas en cada caso concreto, teniendo especialmente en cuenta la edad de los niños y la específica vinculación con su ambiente (Aída Kemelmajer de Carlucci – Mariel F. Molina de Juan, “La Protección de la Vivienda de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil y Comercial”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n° 2, febrero 2015, págs. 109/110, www.idibe.org). Analizando el texto (art. 443, CCyC), surge que, en primer término, se resuelve el supuesto de matrimonio con hijos, anteponiendo siempre el interés de estos últimos. En cambio, cuando se trata de un matrimonio sin hijos, el uso de la vivienda se definirá a favor de quien se encuentre en una situación de debilidad jurídica mayor (Andrés Sánchez Herrero, “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, t. VII Familia, pág. 339, La Ley). Lógicamente, si el matrimonio tuviera hijos, la necesidad habitacional comprenderá tanto a éstos como al progenitor que quede al cuidado de ellos, siendo un parámetro sustantivo que tendrá que tener en consideración el juez al definir la atribución (Adriana N. Krasnow, “Tratado de Derecho de Familia”, T. II, pág. 487, La Ley). A pesar de que no se trata de una regla rígida, sin duda alguna, el progenitor que queda al cuidado de los hijos menores o hasta los 21 años, deberá contar con una “preferencia” en continuar viviendo en el inmueble sede del hogar conyugal (Carlos A. Calvo Costa, “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, T. II Relaciones de familia, pág. 259, La Ley). El supuesto contemplado por el inciso a) del art. 443 representa el criterio mayoritario de todas las decisiones donde resuelve la atribución del hogar y hay hijos menores de edad, el que se traduce no solamente en la protección del grupo familiar más numeroso, sino esencialmente en privilegiar la mayor conveniencia de los niños. Solución que evita, entre otros aspectos, el cambio innecesario del hogar en que éstos habitan y donde tienen construidos sus hábitos. Puesto que es sabido que los niños y adolescentes gozan de una protección especial, por su condición de personas en desarrollo y su dependencia de los mayores, que los convierte en más vulnerables, es deber del estado promover y garantizar su efectiva protección en condiciones de igualdad (Sandra F. Veloso, “Atribución del uso de la vivienda familiar” •Veloso, Sandra F. •LA LEY 21/03/2017, 1 •LA LEY 2017-B, 731 •DFyP 2017 (junio), 19 •AR/DOC/443/2017).-

En nuestro caso, al sentenciar, la jueza de grado le asignó especial consideración a la pauta valorativa enunciada en el inciso a) del art. 443 del CCyC, criterio que se comparte, puesto que, al reconocer la atribución del uso temporal de la vivienda familiar a la excónyuge del actor, pretendió garantizar el interés superior de la menor involucrada. En tal sentido, su prudente decisión tuvo en miras respetar el principio de status quo y respaldar la permanencia y el mantenimiento de las condiciones de vida de A. B. -de x años edad- en el hogar familiar que siempre habitó, incluso después del cese de la convivencia de sus progenitores, del que ya han transcurrido más de cuatro años a la fecha.-

Es cierto que en algún párrafo de la sentencia apelada el a quo fue demasiado concluyente -en términos genéricos- a favor de la atribución de la vivienda familiar con sustento en esa dirimente pauta, pareciendo soslayar de ese modo la virtualidad de los restantes criterios legales de valoración.-

Sin embargo, considero que la sentenciante no incurrió en un análisis parcial de las pautas receptadas por la norma en cuestión. Es que, las particularidades que circundan el caso concreto, al menos, no evidencian marcadas desigualdades en cuanto al estado de salud y edad de los cónyuges -ambos empleados en relación de dependencia- que demanden, por tales motivos, una mayor protección para alguno de ellos. Tampoco surge de la causa la existencia de intereses relativos a otras personas -que no sean los cónyuges ni su hija menor de edad- que al momento de resolver integraran el grupo familiar, habitaran la vivienda de calle xx n° xxx y se encontraran en situación de vulnerabilidad.-

Con todo esto quiero expresar que, si bien los criterios legales de apreciación se encuentran expresamente enumerados en el art. 443 del CCyC y, en principio, deben ser valorados por el juzgador para decidir, lo cierto es que en la especie, ante los hechos traídos a resolver, algunos de aquéllos han carecido de relevancia decisoria.-

Es por ello que al atribuir el uso de la vivienda familiar a la accionada, la jueza, ante las circunstancias apuntadas y en un adecuado proceder, le asignó eficacia decisiva a la circunstancia de que la hija menor de edad de los contendientes estuviera bajo el cuidado de aquélla (art. 443, inciso “a”, CCyC).-

4.2) Sentado lo expuesto, a continuación cabe abordar las siguientes cuestiones controversiales que fueran desestimadas en sede de origen, a saber: a) procedencia de la partición del bien inmueble de los ex cónyuges; b) fijación de una renta compensatoria por el uso de dicho inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda.-

Ello impone señalar que, en lo inherente a los efectos derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar y en lo que aquí interesa, el art. 444 del CCyC establece lo siguiente: “A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado…”.-

El realce introducido en el texto de la norma parcialmente transcripta, tiene que ver con lo que en el caso que nos ocupa fuera reclamado por el actor, resuelto negativamente por la magistrada de grado y actualmente es materia de agravios.–

Es del caso reiterar que en el decisorio impugnado se difirió la partición de la vivienda hasta que la hija de los excónyuges adquiriera la mayoría de edad y, además, se rechazó la renta compensatoria solicitada por el actor.-

Para decretar el diferimiento de la partición del bien inmueble en el que se asentara el hogar conyugal, entre otros argumentos, la sentenciante enarboló principalmente el interés superior de la niña frente al carácter nocivo y perjudicial de la partición. Expresó que de producirse la venta del bien, su producido no resultaría suficiente para que la demandada adquiriera otro departamento donde habitar con su hija menor de edad. Asimismo, con apoyo en lo previsto por el art. 471 del CCyC, invocó la defensa del interés familiar mediante la tutela del hábitat del hijo menor de edad. Decisión esta que, anticipo, sugeriré confirmar.-

En comentario a este segmento del art. 444 del CCyC, distinguida doctrina enseña que el sentenciante podrá disponer la indivisión del condominio y, por lo tanto, la no partición del inmueble. La misma solución está prevista prevista por el art. 471 del Código, en tanto, respecto a los bienes adquiridos en forma conjunta por los cónyuges: “… Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar”, al igual que respecto a los bienes cuya propiedad exclusiva no pueda acreditarse y que son presumidos adquiridos por mitades: “Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar” (art. 506). Claramente, el interés familiar comprende la necesidad de vivienda (Aída Kemelmajer de Carlucci – Marisa Herrera – Nora LLoveras, “Tratado de derecho de familia”, T. I, pág. 518, Rubinzal Culzoni). El juez podrá disponer la indivisión del condominio, conforme a lo dispuesto por los arts. 471 y 506 del CCyCN. La mención que ambas normas contienen respecto al interés familiar, debe relacionarse con el derecho de acceso a la vivienda (Adriana N. Krasnow, “Tratado de Derecho de Familia”, T. II, pág. 491).-

En línea con la doctrina que he traído a colación, diré que no comparto la manifestación del apelante en el sentido que el a quo habría exacerbado el principio del interés superior del niño para denegar la partición pretendida. Sin dudas, el objeto de la cuestión debatida en esta causa imponía garantizar ese relevante interés (en estricta relación a la protección a la vivienda), tal como acertadamente lo hizo la sentenciante.-

Como es sabido, en el derecho de familia, las normas que brindan protección a la vivienda están orientadas a determinar el otorgamiento del inmueble, a favor de alguno de los miembros de la familia. Generalmente el centro discriminador de esta decisión está dado en otorgar mayor protección a los integrantes más débiles, en razón de posibilidades económicas, o ante la presencia de hijos menores, el principio que debe primar es el superior interés del niño (Carlos A. Calvo Costa, obra y tomo citados, pág. 253

Lo antes expuesto encuentra sólido basamento legal en el texto alojado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional (art. 75, inciso 22), el cual dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas de Bienestar Social, los Tribunales, las Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.-

En la misma corriente conceptual se inscribe la ley n° 26.061 para la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, al disponer -en relación al interés superior- que: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: […] f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia […] Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Debe quedar en claro que el interés superior del niño no se ubica jerárquicamente por encima del de los adultos, aunque sí revela la importancia del derecho del menor a ser reconocido como persona y a respetar su lugar en la familia y en la sociedad. Ello implica que al momento de abordar el esclarecimiento de cada caso, deberá merituarse el interés individual y el del grupo familiar, mas cuando el conflicto enfrente el interés del menor con otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerá el primero.-

En la especie, al denegar la petición de venta del inmueble en el cual se desarrollara la vida familiar de los litigantes hasta el año 2013, con justo criterio, la jueza entendió que correspondía aplicar los principios inherentes a la protección de dicha vivienda, teniendo en primordial consideración el interés superior de la niña de x años edad que actualmente la habita y donde ha transcurrido la mayor parte de su existencia (centro de vida).-

En tal línea de pensamiento, debe entenderse que no se trata de menospreciar los inconvenientes habitacionales que actualmente padece el actor (fs. 189/196) como consecuencia de la ruptura matrimonial que derivó en el abandono de la vivienda que adquiriera junto a su excónyuge y fuera la sede del hogar familiar. Todo lo contrario. Ocurre que frente a la intención de venta de dicho bien inmueble, como contrapartida, nos encontramos con el derecho de su hija de x años de edad, cuya naturaleza y consagración legal hemos visto impone al juzgador el deber de preservar el interés superior de la niña y, como derivación de éste, el del llamado centro de vida de la menor.-

En otro orden, el apelante sostiene que junto a la accionada están pagando un crédito hipotecario y afirma que con la venta de la vivienda en cuestión sería posible tomar otro crédito y adquirir un inmueble utilizando parte de pago de lo obtenido. Empero, en la causa solo obra una tasación inmobiliaria de la propiedad que se pretende vender, estimación que se remonta al mes de julio del año 2016 (fs. 180/187), sin que exista prueba que refleje valores aproximados y características del inmueble al que podría presuntamente acceder la accionada en el futuro para convivir junto a su hija menor de edad. Está claro que la probable adquisición de un nuevo inmueble al que hace referencia el actor se inscribe en un marco puramente conjetural, que desde ya, no se condice con los sólidos fundamentos en los que se asienta el interés superior del niño y la protección a la vivienda familiar, a los cuales acudió la jueza para rechazar la pretendida venta.-

En ese sendero argumental, la jurisprudencia ha resuelto que “Dado que el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado” (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 09/06/2005, “G.L.E. c. C.M”, LLBA 2006-

Entonces, ante el particular conflicto de derechos e intereses suscitado en estas actuaciones, la jueza de primera instancia -a mi juicio acertadamente- hizo prevalecer el de la niña involucrada, denegando la venta de la vivienda familiar, cuya confirmación habré de sugerir.-

4.3) El apelante también dice sentirse agraviado por el plazo otorgado en la sentencia -hasta que A. adquiera la mayoría de edad- para proceder a la partición de la vivienda, lo que según expresó implicaría tener que aguardar nueve años más. Solicita la reducción del plazo de duración teniendo como parámetro el mínimo legal para los contratos de alquiler de inmuebles y el tiempo ya transcurrido.-

Naturalmente, la objeción del recurrente no puede tener éxito en virtud de las consideraciones y argumentos que ya fueran expuestos en el capítulo que antecede, a las que he de remitirme desde aquí para no incurrir en repeticiones innecesarias.-

Sin perjuicio de ello, no está de más recordar que, en el marco de la propuesta reguladora que el recurrente formulara en el juicio de divorcio, el actor había manifestado lo siguiente: “… el único bien que integra la sociedad conyugal es la vivienda familiar ubicada en calle xx n° xxx de la ciudad de General Pico […] en la cual vive la demandada con nuestra hija, solicito que el inmueble no sea adjudicado, partido ni liquidado hasta la mayoría de edad de nuestra hija A. B., o hasta la fecha en que la pequeña deje de habitarla, por cualquier motivo que fuere…” (fs. 50, expte. n° 47.480/15 -énfasis agregado-).-

Está claro que por aquel entonces, la voluntad del aquí demandante -al margen de requerir una renta compensatoria- era que su hija continuara habitando junto a su excónyuge la casa en la cual había estado radicado el hogar matrimonial, en otras palabras, su intención era favorecer su preservación hasta que A. alcanzara la mayoría de edad, ello en directa consonancia, desde luego, con el interés superior del niño.-

Sin embargo, al promover este juicio peticionó la inmediata venta de dicho bien inmueble, poniéndose así en contradicción con su anterior y propio acto. Al respecto, la doctrina enseña que la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto. El fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuere admisible aceptar y dar curso a la pretensión contradictoria (Alejandro Borda, “La teoría de los actos propios”, pág. 11, Abeledo Perrot).-

Por otro lado, la petición de reducción del plazo de duración de la atribución del hogar familiar al mínimo legal prescripto para los contratos de alquiler de inmuebles también deviene absolutamente improcedente, pues si bien se trata de una opción que el art. 444 del CCyC concede al juzgador, en rigor de verdad, lejos está de ajustarse a este caso en particular. Es que, el centro discriminador de los efectos previstos por la norma en orden a la atribución de la vivienda familiar, responde al carácter de la ocupación del inmueble y, en el caso que nos convoca, la accionada reviste el de copropietaria.-

Por ende, considero que debe confirmarse la decisión de primera instancia que denegó- provisoriamente hasta la mayoría de edad de A.- la partición del inmueble que fuera asiento del hogar matrimonial.-

4.4) Finalmente, el actor expresa que el decisorio de primera instancia también lo afecta por cuanto le niega el derecho a una renta compensatoria por el uso de la vivienda. Señala que la sentenciante basó su decisión negatoria en la responsabilidad parental del recurrente y en el hecho de que el otorgamiento de la compensación exige un análisis integral de la situación de ambos cónyuges, el cual no se realiza en ningún momento de la sentencia. Denuncia una clara desventaja respecto de la contraparte, que revela inequidad en el decisorio y abuso del derecho por parte de la demandada. Solicita se fije a su favor una renta compensatoria acorde al valor de la vivienda.-

Es dable reiterar aquí que, en lo que concierne a los efectos derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar, el art. 444 del CCyC establece que a petición de parte interesada, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble -pudiendo tratarse de un bien propio o ganancial- a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda.-

Esta y otras previsiones que admite el Código en torno a la atribución de la vivienda familiar son aceptadas de manera mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia nacional. La normativa en análisis, como así el régimen que se regula en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar, toma algunas consideraciones que establecía el código derogado en los arts. 211 y 1277. Cabe recordar que el derogado art. 211 en su 2° párrafo -con un criterio similar a los efectos estipulados en este artículo 444- facultaba al juez para el caso en que el inmueble fuere propio del otro cónyuge a fijar una renta a favor del titular por el uso del mismo […] A fines de evitar que se produzca un abuso del derecho, el Código -al igual que el régimen derogado- prevé la posibilidad de que el juez establezca una renta compensatoria por el uso de la vivienda (Ricardo Luis Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación”, págs. 785/786, Rubinzal Culzoni).-

Ahora bien, debo anticipar que en el caso que nos ocupa emerge un dato dirimente para denegar la procedencia del reclamo y, en consecuencia, para desestimar el planteo recursivo: la accionada ocupa la vivienda familiar de calle xx n° xxx junto a la hija menor de edad que quedó bajo su cuidado, es decir, no efectúa un uso y goce exclusivo del bien.-

En comentario al art. 444 del CCyC y a la renta compensatoria en particular, se señala que consiste en la fijación de un canon locativo por la utilización unilateral de la vivienda y que es reiterada la jurisprudencia en el sentido que la ocupación exclusiva de un inmueble ganancial debe ser retribuida. Además, se apunta que no basta que cualquiera de los cónyuges haga uso exclusivo de un bien ganancial, es necesario que el excluido haga conocer su voluntad de reclamar una compensación por la privación que padece (Carlos A. Calvo Costa, obra y tomo citados, pág. 261).-

Con similar criterio, en relación al tema se ha dicho que si el menor de edad vive con la madre en el inmueble, la fijación del canon resulta improcedente, porque la obligación que los padres tienen respecto de los hijos, hace que sea impropio concederle un canon sobre el inmueble donde viven sus hijos menores de edad […] En cambio, a partir de que los menores de edad han logrado la mayoría de edad y cesaron de vivir con la madre, nace en cabeza del otro progenitor el derecho a exigir una contraprestación por el uso del bien a su ex cónyuge (Néstor E. Solari • Fijación de un canon locativo sobre un bien ganancial • LA LEY 29/07/2009, 8 • LA LEY 2009-D, 589 • AR/DOC/2651/2009).-

Antes de la entrada en vigencia del CCyC y en coincidencia con los criterios doctrinarios antes vertidos, la corriente jurisprudencial prevaleciente ha resuelto que “… no resulta procedente la fijación de un canon locativo por el uso del inmueble ganancial durante el período de indivisión postcomunitaria, si uno de los cónyuges lo habita con un menor, hijo de ambos” (CNCiv., sala F •29/05/2008 •”N., M. A. c. B., A. M.” • LA LEY 29/07/2009 • AR/JUR/3939/2008 y CNCiv. Sala L, diciembre 9/1999, “V., H. M. V. C., R. s/liquidación de sociedad conyugal”, Lexis N° 10/8172) “Si el inmueble es ganancial y está probado que uno de los cónyuges lo ocupa exclusivamente desde la separación de hecho de las partes es derecho del otro copartícipe en la indivisión post-comunitaria -como el condómino o el coheredero indiviso- el obtener una renta o canon que corresponda a su porción en la cotitularidad y que constituya una retribución por igual uso del que se ve privado…” (CNCiv., sala L, “P. de S. S. c/S. C. s/Liquidación de sociedad conyugal”, del 05/05/1993; id. sala B, 09/03/1995, id. Sala A, T. C. R c/G. N. s/Fijación valor locativo” del 04/07/2000; id. Sala K, “M. I. A. J. c/M. G. B.” del 26/10/2007).-

Asimismo, no se me escapa que el texto del art. 444 del CCyC preceptúa que el juez “puede” establecer la renta compensatoria en cuestión, de modo que se trata de una facultad que es concedida al magistrado y que éste deberá administrar de acuerdo al escenario fáctico que refleje la contienda sometida a decisión.-

Siendo esto así, las particulares circunstancias que rodean el presente caso y la directriz que emana de las citas doctrinarias y jurisprudenciales antes invocadas, me persuaden de que en la especie la fijación de la renta compensatoria requerida por el accionante -por los motivos antes apuntados- deviene inviable y así habré de propiciarlo, ratificando entonces la decisión impartida al respecto en primera instancia.-

5.- Conclusión. En función de las consideraciones vertidas en los capítulos precedentes, sugiero se decrete el rechazo del recurso de apelación deducido a fs. 271-

En lo que hace a las costas, entiendo que las singulares cuestiones que han sido traídas a estudio y las circunstancias que rodean al caso concreto, se erigen como razones objetivas que pudieron movilizar al actor a interponer la presente acción. Es por ello que, en mi convencimiento, resulta justo y razonable que las costas de alzada se impongan en el orden causado (art. 62, 2do. párr. Cód. Pcsal.).-

Por último, antes de concluir mi voto y aunque parezca una verdad de perogrullo, estimo apropiado expresar que las cuestiones controversiales que han llegado a este tribunal de alzada a los fines de su revisión (vinculadas a los efectos que derivan del instituto de la atribución de la vivienda familiar), entrañan una marcada sensibilidad e importancia para las condiciones de vida de los aquí litigantes y, desde ya, para quien resulta ser su hija menor de edad.-

En ese temperamento, y más allá de la solución que en definitiva he propuesto respecto de la vía recursiva interpuesta por el demandante -que en algún aspecto puede lucir injusta pero que en definitiva reposa en el principio de solidaridad familiar-, no debe soslayarse que el derecho de familia se caracteriza por su mutabilidad y, tal es así, que el art. 445 del CCyC prevé el cese de la atribución de la vivienda por el cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. Al respecto, nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho que “… las relaciones humanas son tan cambiantes como las motivaciones o intereses de las personas que integran esas relaciones y las cuestiones que versan sobre temas de familia no son la excepción a tal planteamiento, de tal forma que existen pretensiones que se configuran sobre la base de hechos transitorios o circunstancialmente alterables, que impiden dotar a las resoluciones que se dictan de un margen de estabilidad definitiva…” (conf. STJ, Sala A, “Antoci”, 09/08/2017).-

Es por ello que, en el supuesto caso que en el futuro varíen las circunstancias tenidas en cuenta para resolver del modo aquí propuesto, las partes se encontrarán habilitadas para acudir a la justicia en procura del ejercicio de sus derechos.-

Pero dejando a salvo lo antedicho, finalmente, estimo pertinente exhortar a las partes, por resultar altamente ventajoso para su mejor relación, a efectos que en el futuro aporten soluciones concretas para poner fin a la particular problemática -aspecto medular de los conflictos familiares- que las llevó a litigar en esta tensa contienda judicial.-

Así voto.

El Dr. Horacio A. COSTANTINO, sorteado para emitir el segundo voto, dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto del colega preopinante.

En consecuencia, la SALA B de la Cámara de Apelaciones:

RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 271.-

II) Imponer las costas de alzada por su orden.-

III) Diferir los honorarios de segunda instancia hasta que se regulen los de la instancia anterior.-

Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen.-