

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

PROTECTION OF THE HOUSING RIGHTS OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN THE ARGENTINE CIVIL AND
COMMERCIAL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114.

Fecha entrega: 01/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Ex jueza de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza
Catedrática de Derecho de Familia de la Universidad de Cuyo.
aidakemelmajer@carlucci.com.ar

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Abogada
Profesora de Derecho en la Universidad Nacional de Cuyo
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre los principales mecanismos jurídicos previstos por el nuevo Código Civil y Comercial argentino para la protección del derecho a la vivienda de niños, niñas y adolescentes. Refleja una regulación coherente con el plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional de los derechos humanos, ofreciendo diversas soluciones a las problemáticas que se suscitan en las complejas realidades familiares de nuestro tiempo.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar, derechos humanos, niñez y adolescencia, mecanismos de protección.

ABSTRACT: This research looks into the main legal mechanisms foreseen by the Argentine Civil and Commercial Code aiming to protect the housing rights of children and adolescents. It shows coherent regulations with the network of fundamental values that come from the constitutional paradigm of human rights, offering different solutions to the issues that take place in today's complex family realities.

KEY WORDS: Family home, human rights, childhood and adolescence, protection mechanisms.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL TEMA.- II. ALCANCE DE LA TUTELA JURÍDICA.- III. VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.- IV. DERECHO HUMANO “A” LA VIVIENDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.- V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Afectación de la vivienda.- A) Antecedentes.- B) Código Civil y Comercial.- C) Legitimados y beneficiarios.- D) Subrogación real y efectos de la afectación.- E) Desafectación.- 2. Restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar.- A) Antecedentes en el Código Civil.- B) El asentimiento para todas las familias en el nuevo derecho.- 3. Inejecutabilidad de la vivienda familiar.- 4. La vivienda en las crisis familiares.- A) Atribución cautelar.- B) Atribución como efecto del divorcio.- C) Atribución de uso en la familia fundada en una unión convivencial.- VI. PALABRAS DE CIERRE.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA.

La vivienda es lugar donde los niños, niñas y adolescentes, junto a los demás integrantes de su familia, llevan a cabo la mayor parte de sus actividades vitales; allí se produce la convivencia, se comparten los logros y se reparten las cargas¹.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental de las personas, que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar². Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que la reforma constitucional argentina del año 1994 incorporó al bloque de constitucionalidad; por eso, sobre el Estado Argentino, recaen obligaciones positivas tendientes a garantizar su cumplimiento, y a relacionar los mecanismos adecuados para preservarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población³.

Este derecho cuenta con una amplia base normativa en el sistema de los derechos humanos, dado que los estándares de su reconocimiento han experimentado un considerable desarrollo durante las últimas décadas⁴. Entre

¹ JUNYENT BAS, F. y otros: *La tutela de la vivienda*. Córdoba (2001): Advocatus, p. 28.

² Recordar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la rica jurisprudencia del TEDH sobre esta tema.

³ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley* (2010) núm. 10, pp. 40-52.

⁴ PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona (2003): Icaria, p. 76. Se encuentra consagrada en una pluralidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La Declaración

estos instrumentos, la Convención de los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizar *un hábitat* donde desarrollar los derechos reconocidos. El art. 27 se refiere específicamente a la vivienda y, sin perjuicio de la responsabilidad primaria de los padres, dispone una responsabilidad subsidiaria del Estado. El inciso 3 dice: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

II. ALCANCE DE LA TUTELA JURÍDICA.

La situación de miles de familias que están imposibilitadas de acceder a una vivienda, o de conservar la que ocupan, es una de las manifestaciones más contundentes de la crisis social que aqueja a un gran número de países. Este escenario se potencia cuando involucra a niños, niñas, adolescentes, o a

Universal de los Derechos del Hombre dispone: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado” (art. 17). El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales declara: “Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11.1). La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5 Inc. e III). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra, especialmente para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14 Inc. h).

personas con discapacidad⁵, personas que por su situación de vulnerabilidad, experimentan con mayor intensidad las consecuencias de esta carencia⁶.

En el sistema jurídico argentino, la tutela del hogar comprende un doble alcance y se materializa en dos momentos fundamentales⁷:

En primer lugar, se protege el acceso a una vivienda digna que garantice las necesidades mínimas de las personas; por eso, se pone en cabeza del Estado la obligación de diseñar políticas públicas orientadas a su concreción⁸. En segundo lugar, se tutela el derecho *sobre* la vivienda en la que se habita (sea obtenida en propiedad o por cualquier otro medio legítimo), frente a las acciones de alguno de sus miembros adultos, o frente a los derechos de terceros⁹.

⁵ Para proteger el derecho a la vivienda de la hija del deudor con síndrome de Down, un fallo ordenó la subasta progresiva de dos inmuebles de propiedad del fallido, de modo que si eventualmente la deuda pudiera ser satisfecha con la ejecución del primero, se podía conservar la vivienda habitada por la hija. Se entendió que la solución no acarrea una demora significativa en el trámite falencial, sino que, por el contrario, revestía plena razonabilidad en los términos de los arts. 14 bis, 33, 75 incs. 22 y 23, CN (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 14/10/2010: D. A., L. A. y otro, APBA 2011-9-1027, AbeledoPerrot, N°: 45001357).

⁶ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C.: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, cit., pp. 40-52.

⁷ Compulsar MANILI, P: “El bien de familia desde el punto de vista del derecho constitucional”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, p. 38. Ver también KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*. Buenos Aires (1995): Hammurabi, p. 83.

⁸ Cfr. GELLI, M. A.: *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires (2005): La Ley, p. 176.

⁹ Un importante sector de la jurisprudencia resolvió que corresponde poner en conocimiento del Ministerio Público Pupilar la sentencia que ordena el desalojo de un inmueble en el que habitan personas menores de edad, sin dar curso a la ejecución de lo allí decidido hasta tanto no se haya cumplido el plazo que al efecto deberá establecerse, para que se adopten las medidas que se estimen oportunas para garantizar la tutela y defensa de los derechos de los niños a contar con una vivienda acorde a sus necesidades (CNCIV, sala J 30 /08 2011, “C., D. E. c/ F., M. L. y otros/reivindicación”, CNCIV SALA J, 26/09/2013, autos n°13.763/2013 - “M., T. E. c/ B., S. M. y otros/Desalojo por falta de pago”, eIDial.com - AA828C Publ. 25/10/2013). En suma, aunque las personas menores de edad no son parte en los procesos de desalojo, su interés en el pleito es indiscutible (pues podrían, eventualmente, verse privados de vivienda). Por eso, la Resolución DGN N° 1119/08 (25 de julio de 2008) ordenó “Instruir a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado es parte, de conformidad con los considerandos de la presente”. En otro, caso, el Tribunal

III. VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

El art. 14 bis de la Constitución Argentina garantiza “la defensa del bien de familia y el acceso a la vivienda *digna*”.

Los requisitos que debe reunir una vivienda para ser calificada como *digna* pueden establecerse de forma general; pero lo importante es su concreción; por eso, es digna la vivienda que tiene la superficie, las condiciones ambientales y las instalaciones y servicios mínimos que la hacen apta para cumplir su función residencial.

Algunos instrumentos internacionales hablan de vivienda *adecuada*, (por ej. art. 11 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) concepto que exige su adaptación a las necesidades concretas de la persona, familia o grupo que la habita; por ejemplo, si se trata de personas con discapacidad motriz, que cuente con una infraestructura acorde a su movilidad reducida, o si es para una familia numerosa, que tenga una superficie acorde al número de personas que la ocupa¹⁰.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha esforzado por definir el alcance de este derecho humano a una *vivienda adecuada*; la Observación general N° 4 (1991) pone de manifiesto la naturaleza amplia de la protección establecida y hace una interpretación del calificativo *adecuada*, que va más allá de toda visión restrictiva: “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 [...] Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte [...]” (Párr. 7.) Entonces, no se trata de derecho a la vivienda “a secas”, sino de disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, de espacio adecuado, con seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada con servicios básicos, todo ello a un costo razonable.

Superior de Corrientes dispuso la indivisión forzosa de un inmueble integrante del acervo sucesorio con fundamento en la protección del interés superior de un menor coheredero que habitaba la vivienda con su progenitor (no heredero), quien por su situación de pobreza, se encontraba impedido de proporcionar una nueva vivienda a su hijo. Argumentó que la solución no importaba desconocer la garantía de la inviolabilidad de la propiedad desde que la indivisión temporaria no impide que los demás herederos decidan la venta de su parte indivisa, pues en rigor la partición solicitada deriva, también, en una venta (Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, 03/08/2009, “B., J. y B. de B., R. E.”, AbeledoPerrot, N°: 70057998).

¹⁰ VAQUER CABALLERÍA, M: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid (2011): Iustel, p. 28.

IV. DERECHO HUMANO “A” LA VIVIENDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Como se ha visto, el acceso a la vivienda se encuentra amparado por el bloque de constitucionalidad federal, aunque una cosa es su reconocimiento y otra su efectividad, pues tratándose de un derecho que importa una prestación, la efectividad requiere una acción positiva de los poderes públicos¹¹.

La legislación protectora de la infancia y adolescencia argentina ha recogido la preocupación por el *acceso a la vivienda digna*, tanto en el ámbito federal como provincial. La ley Nacional 26.061 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes dispone el derecho a “*a la obtención de una buena calidad de vida*” (art. 8), que se refleja en condiciones de vida dignas, calidad que incluye el acceso a la vivienda. También se preocupa por la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Por eso, cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o *de vivienda*, las medidas de protección de derechos están orientadas a brindarles ayuda y apoyo incluso económico (art.35). Algunas leyes provinciales que consagran expresamente esta garantía completan el panorama legislativo¹².

En forma excepcional, la jurisprudencia ha resuelto algunas situaciones apremiantes garantizando las prestaciones necesarias para proveer una vivienda a grupos familiares desamparados. En el año 2012 llegó a la Corte Federal argentina un caso planteado por una mujer que vivía en situación de calle, con un hijo afectado por una severa discapacidad, por lo tanto, en extrema vulnerabilidad. El fallo ordenó al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proveer los recursos para que el niño cuente con la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y disponer el asesoramiento necesario a la madre para ayudarla a buscar una solución a su problemática habitacional. Asimismo, ordenó que se les garantice, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada¹³.

¹¹ VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia*, cit., p. 11.

¹² La Ley 4347/1997 (Chubut), la Ley 114/1999 (CABA), la Ley 2302 (Neuquén), la Ley 3280/2001 (Misiones); la Ley 3097/2003 (Rio Negro), la Ley 5288 (Jujuy), el Estatuto Jurídico del menor de edad y familia de Chacho (ley 4369).

¹³ Q. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” – CSJN– 24/04/2012. La lectura del fallo resulta de sumo interés porque fijó los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Sostuvo que estos derechos no tienen operatividad directa *sino operatividad derivada* en la medida que

En un pronunciamiento reciente, la Suprema Corte de Buenos Aires retomó los argumentos expresados por la Corte de la Nación, y por mayoría de fundamentos concordantes, acogió la acción de amparo interpuesta por una mujer por sí y en representación de sus cinco hijos menores de edad, quien reclamaba la provisión de una vivienda digna para su grupo familiar y una renta básica para la subsistencia de cada uno de sus hijos. La sentencia condenó solidariamente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a proveer en un plazo máximo de 60 días, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una *vivienda adecuada* a la familia, y hasta tanto se dé cumplimiento, les ordenó cubrir a su exclusivo costo el alojamiento en un hotel o complejo habitacional similar¹⁴.

V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹⁵.

El Código Civil y Comercial contiene un verdadero “sistema” tuitivo de la vivienda familiar; su articulado refleja la especial protección brindada al inmueble habitado por los niños, niñas, adolescentes y las personas con discapacidad.

Este tópico ha preocupado muy especialmente a la Comisión Redactora del Código, al punto que lo ha llevado más allá de la vivienda *de la familia* para comprender la tutela del derecho a la vivienda *de todas las personas* frente a las acciones de terceros, de alguno de los miembros del mismo grupo familiar, o del propio titular del inmueble, que pudieran perjudicar u obstaculizar el pleno goce del derecho reconocido.

Este plexo protectorio de la vivienda comprende varios instrumentos jurídicos, entre ellos: (a) la “afectación de la vivienda” (art. 244 y ss.) que sustituye la vieja ley de “Bien de Familia”; (b) la indisponibilidad relativa e inejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores a la celebración del

consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Reconoció que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, pero sí *el control de razonabilidad*. Adujo que la falta de recursos no es, de por sí, un justificativo razonable para no brindar la prestación, porque los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo.

¹⁴ SCBA, 03/07/2013, “B.A.F. c. Provincia de Buenos Aires s/amparo”, APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/26478/2013.

Ampliar en MOLINA DE JUAN, M.L.: “Actualidad en Derecho de Familia. Alimentos”, SJA 2014/02/12-7JA 2014-I, Abeledo Perrot, N°: AP/DOC/92/2014, www.abeledoperrot.com.ar.

¹⁵ Ley 26.994. Sancionado el 1 de octubre de 2014. Promulgado el 7 de octubre de 2014.

matrimonio o la inscripción de la unión convivencial si no cuentan, al menos, con el asentimiento del otro integrante de la pareja (conf. artículo 456 y art. 522); (c) la atribución de la vivienda familiar en caso de crisis familiar: divorcio (art. 443), y cese de la unión convivencial (art. 526), que se explican a continuación.

1. Afectación de la vivienda.

A) Antecedentes.

La vivienda es un bien imprescindible para el desenvolvimiento de la vida familiar, generalmente costoso; por eso, tiene una posición de privilegio, no solo en toda economía doméstica, sino también en el sistema económico general¹⁶.

En la Argentina, el mandato del artículo 14 bis de la CN que impone la “defensa del bien de familia” se encontraba instrumentado mediante la ley 14.394 (año 1954). Esta norma, diseñó un marco regulatorio (requisitos de procedencia, legitimados, beneficiarios, efectos y formas de desafectación), con el propósito de proteger el inmueble ocupado por miembros de la familia, de las posibles acciones de terceros o de actos perjudiciales que pueda realizar su titular, sustrayéndolo de las contingencias económicas que pudieran provocar en lo sucesivo, su embargo o enajenación¹⁷.

Respondió a un “objetivo económico y otro social”. El primero procuraba la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar; el segundo propendía al mantenimiento del grupo bajo el mismo techo y de este modo, protegía el derecho humano a la vida familiar, ya que aunque el deudor perdiera todo, podía preservar la unidad de su familia en condiciones de vida dignas. En esta línea, la jurisprudencia ha sostenido que “La esencia del instituto del bien de familia es el aseguramiento y protección de la sede del hogar doméstico, mediante la cobertura de las necesidades de vivienda que requiere el grupo familiar, las que deben precisarse atendiendo parámetros básicos que hacen a la dignidad, el decoro y el interés objetivado del mismo”¹⁸.

¹⁶ Cfr. SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*. Valencia (2000); Tirant lo Blanch, p. 43.

¹⁷ Cfr. ZANNONI, E.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires (2005): Astrea, p. 640.

¹⁸ SCBA; 14/04/2004; in re Cuenca con nota aprobatoria de AREAN, B.: “La posibilidad de afectar parcialmente el bien de familia”, *JA* (2004), IV, p. 98.

B) El nuevo Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial regula la *Afectación de la vivienda* en el Libro Primero, Título III, Capítulo 3 (art. 244 a 256).

El objeto tutelado es *un inmueble destinado a vivienda*, aunque a diferencia del régimen de “bien de familia”, la afectación puede recaer sobre todo o una parte del inmueble (conf. art. 244).

C) Legitimados y beneficiarios.

El art. 36 de la ley de Bien de Familia definió a la familia protegida como *la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*. Si se trataba de un inmueble en condominio, para solicitar la constitución, debía acreditarse parentesco entre los cotitulares (art. 43). La normativa, aunque trascendió la familia nuclear (pues incorporó a otras personas habitantes del inmueble), ignoraba un gran número de situaciones personales y familiares.

El art. 245 del nuevo Código, amplía considerablemente la legitimación para disponer la afectación. Efectivamente:

- (i) Puede ser solicitada por el titular registral¹⁹ (incluso por persona sola);
- (ii) Si el inmueble está en condominio, deben pedirla todos los cotitulares conjuntamente. No exige que exista entre ellos una relación de parentesco; por eso, pueden ser constituyentes quienes integran una unión convivencial si son condóminos.
- (iii) Puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a petición de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.
- (iv) El art. 245 trae una importante novedad: la afectación puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio (conf. art 443) o en el que resuelve las cuestiones relativas a

¹⁹En tanto no es un acto de disposición, no requiere asentimiento conyugal (art. 1277CC y 456 Código Civil y Comercial). Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., pp. 84-85. Ver también ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., pp. 640 y ss.

la conclusión de la convivencia (conf. art. 526), si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La convivencia con el constituyente es un presupuesto para ser beneficiario en el caso de los colaterales, pero no para el cónyuge, ascendientes y descendientes; esta interpretación de la ley anterior a la reforma, se traslada al texto del nuevo Código, pues permite amparar a hijos o nietos que no habitan el inmueble. En cambio, dado que los colaterales sólo son beneficiarios “en defecto” de aquellos parientes y del cónyuge, resulta comprensible que se exija el requisito de la convivencia²⁰.

El nuevo derecho admite que el conviviente pueda ser designado beneficiario de la afectación (art. 246)²¹. De esta manera, supera el anacronismo del concepto de familia de la ley anterior, que se refiere solo a la familia matrimonial y deja fuera a las familias fundadas en uniones convivenciales, negándoles implícitamente la posibilidad de beneficiarse con este régimen tuitivo.

Antes de la reforma, la jurisprudencia se había expedido sobre solicitudes de constitución de bien de familia de inmuebles habitados por grupos fundados en uniones convivenciales y las respuestas fueron dispares. Prestigiosa doctrina nacional sostenía con acierto que “lo más preocupante no es tanto la norma en sí, cuya sanción se remonta al año 1954, sino la interpretación jurisprudencial que en torno a ella se ha desarrollado”²².

Por un lado, se rechazaba el planteo con fundamento en una interpretación exegética de la ley²³. En un caso en que el grupo familiar se integraba por una pareja de convivientes y una niña menor de edad hija de ambos, la Cámara Nacional Civil Sala A resolvió que la norma no era discriminatoria, ya que “si bien puede existir una regulación que ampare a las uniones de hecho, las mismas no tienen por qué tener la misma amplitud que la prevista para la familia regularmente constituida, ya que ambas son diferentes;” agregó que solo “la familia matrimonial es la que goza de una defensa y régimen jurídico integral, específico y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones

²⁰ BOSSERT, G.: “Comentario al artículo 49 de la ley 14.394”, en AA.VV.: *Código Civil y leyes complementarias* (dir. A. Belluscio). Buenos Aires (2000): Hamurabi, núm. 28, p. 348.

²¹ El art. 97 de la Ley 1 (modificatoria del CC) de Paraguay autoriza la designación del “concubino” como beneficiario no hubiese descendencia común: “Si él o la constituyente tuviere familia de hecho pública y notoria y no existiere descendencia común, podrá constituir el bien de familia en beneficio exclusivo de su concubino.”

²² Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M.V.; HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires (2006): Ediar, p. 99.

²³ 1º Cám. Apel Civil y Comercial de Santa Fe, 24.08.09, MJ-JU-M-46435-AR | MJJ46435 | MJJ46435.

familiares fácticas”²⁴. Con este argumento, quien no estaba casado, no podía reclamar este amparo legal.

Otros pronunciamientos admitieron su constitución, siempre que se designara beneficiarios a los hijos de la pareja, con fundamento en la protección integral de la niñez ²⁵, aunque rechazan la designación del conviviente en carácter de beneficiario, dejando fuera a las uniones convivenciales sin hijos²⁶.

El Código Civil y Comercial concluye, pues, con este debate jurisprudencial, que tanta incidencia tiene en la vida de las personas.

D) Subrogación real y efectos de la afectación.

El Código Civil y Comercial recoge la opinión de prestigiosos autores y autoriza la subrogación real. El art. 248 dispone la transmisión de la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio²⁷.

La afectación del inmueble impone notorias restricciones a su transmisión o gravamen, que responden a las nuevas concepciones de vida familiar. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, debe ser autorizada judicialmente (conf. art. 250).

Como regla, la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior (art. 249). En cuanto a los créditos posteriores, la vivienda no es susceptible de ejecución, excepto que sean obligaciones:(a) por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; (b) con garantía real sobre el inmueble, (c) que tengan origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda, y (d) obligaciones “alimentarias a

²⁴ CNCiv Sala A 11/7/00, JA 2001-II-73.

²⁵ CCiv y Com Rosario Sala I 13/10/97 “Q. A R.A y ot.”; LL litoral 1998–I–552. Ver también CS Tucumán 12/04/10, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos Aires, T 10- 2010, p. 129, MJ-JU-M-55523-AR | MJJ55523 | MJJ55523; CNCiv. Sala H, 28/05/10, LL 2010 F 450.

²⁶ CNApel. C., Sala L, in re: “P.E. c. Registro de la Propiedad Inmueble”, 12/6/2002, LL 2003-A- 42.

²⁷ Compulsar MEDINA, G. y PANDIELLA, J.C.: “Bien de Familia y Subrogación”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 145-177.

cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida”.

Este último inciso resuelve uno de los problemas surgidos durante la vigencia de la ley anterior, que guardó silencio sobre la oponibilidad o no del crédito alimentario al bien de familia²⁸. Esta omisión ha merecido la acertada crítica de GUASTAVINO, pues no es justo conceder inmunidad patrimonial a quien no cumple con sus deberes alimentarios esenciales²⁹.

Antes de la reforma, cuando ambos derechos (el alimentario y el derecho a la vivienda) estaban en pugna, como primera medida debía distinguirse según la fecha de nacimiento del crédito alimentario. Si fue anterior, el bien de familia era inoponible al acreedor alimentario; así lo ha resuelto la jurisprudencia: “cuando se trata de obligaciones de fuente legal, como lo son las originadas en relaciones familiares, y sin perjuicio de los convenios en que se fija su monto, el nacimiento de la acreencia depende del momento en que se producen los hechos tenidos en cuenta por la ley para imponer la obligación. El deudor responde con el bien de familia si la deuda es anterior a la afectación registral del inmueble, aunque la época fijada para el cumplimiento de la prestación sea posterior”³⁰.

En cambio, si el crédito alimentario nació después, la afectación le resultaba oponible. La única alternativa posible era, para ese crédito, solicitar la desafectación por *causa grave* a juicio de la autoridad competente (art. 49 inc. e. ley 14.394).

La distinción entre inoponibilidad y desafectación no siempre ha sido bien comprendida³¹, pero la trascendencia de los efectos de una y otra obliga a analizar cada supuesto con sumo cuidado; mientras la desafectación autoriza la agresión patrimonial a todos los acreedores, la inoponibilidad se encuentra

²⁸ Para profundizar, ver HERRERA, M.: “Bien de familia y crédito alimentario”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 237-286.

²⁹ Cfr. GUASTAVINO, E.: *Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente*, ED, 113-1985-286.

³⁰ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit. 98; CNCiv., Sala E, 21-3-1997, JA-1998-II-68; Sala F, 26-5-1997, JA-1998-II-70.

³¹ La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata declaró la nulidad de la sentencia que hizo lugar a la desafectación del bien de familia respecto del 25% del inmueble titularidad del deudor alimentario con fundamento en la indivisibilidad del bien de familia y en la falta de citación a los otros condóminos (madre y hermana del demandado). En realidad, al haberse probado que el crédito era anterior, más que desafectación, se trataba de un supuesto de inoponibilidad de la constitución a los acreedores alimentarios) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II - 23/09/2008, “H. M. G. c. N. H. E. s. Bien de Familia –Desafectación”.

limitada al crédito protegido; “la inoponibilidad beneficia sólo al acreedor por causa o título anterior a la afectación, en tanto que la desafectación produce la cancelación de la inscripción en el registro inmobiliario, por lo que deja al bien vulnerable frente al ataque de cualquier acreedor, por cualquier causa o título, pudiendo causar un perjuicio innecesario e injustificado al titular dominial, que exceda el interés del peticionante de la medida”³².

En un fallo interesante, la Suprema Corte de Mendoza rechazó el pedido de desafectación solicitado por la alimentada (mayor de edad), quien invocó el supuesto residual de “causa grave” (art. 49 inc. d). Argumentó que la actora no había probado los presupuestos de procedencia (situación de necesidad, culpabilidad del demandado en el incumplimiento alimentario, que el valor de venta del inmueble supera lo necesario para una vivienda digna para él, etc.). De cualquier modo, reconoció que si la peticionante hubiese sido menor de edad a la fecha de la solicitud, la necesidad alimentaria podría haber configurado una *causa grave* con suficiente entidad para ordenar la desafectación del bien de familia³³.

Con buen criterio, el nuevo Código decide la inoponibilidad de la afectación a ciertos acreedores alimentarios y no la desafectación. La garantía subsiste y el bien se mantiene fuera de la agresión del resto de los acreedores, siendo los únicos tutelados los hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida, cuyo padre –dueño del inmueble afectado - les adeuda alimentos.

Ha tenido en consideración que en este grave conflicto (por ej., créditos a favor de ascendientes u otros integrantes de la familia), muchas veces, los beneficiarios del bien de familia son hijos de segundas uniones, que se verían perjudicados frente a la ejecución del bien; por eso, limita la posibilidad de ejecutar créditos alimentarios posteriores solo si los acreedores son hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

E) Desafectación.

El Código Civil y Comercial exige el asentimiento del cónyuge no titular y del

³² CNCiv sala F, 2.10.2013, “R, C. R. c. U., B. J. s/aumento de cuota alimentaria”, APJD 14/02/2014, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/95028/2013. Por eso la Cámara resolvió que “acreditada que la acreencia cuyo cobro se persigue es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, no corresponde declarar la desafectación sino que basta con declararlo inoponible a la actora”.

³³ Suprema Corte de Mendoza Sala 1; 30/07/2012, LS 440 193; *Revista derecho de Familia* (2012), IV, p. 26, con nota de GUTIÉRREZ GOYOECHEA, V. y SAAZARANDÓN, M.C.: “Derecho de alimentos y derecho a la vivienda, la colisión entre dos derechos humanos”. Ver también Cám. Nac. Civ. sala B, 30/12/2011, ED, 248-715.

conviviente (si la convivencia está inscrita) para solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción. Si media oposición, ausencia o incapacidad, debe ser autorizada judicialmente.

En caso de que la constitución se haya dispuesto por actos de última voluntad, se desafecta a solicitud de la mayoría de los herederos, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.

Si el bien afectado está en condominio, se requiere acuerdo de la mayoría de los condóminos, computada en proporción a sus respectivas partes indivisas. Por último, la desafectación procede a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos para la afectación, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios, así como también si hay expropiación, reivindicación o ejecución (conf. art. 255).

F) La situación en los juicios concursales.

Finalmente, la nueva legislación concluye con un viejo debate existente en la doctrina y jurisprudencia argentina referido a los efectos del proceso concursal sobre el régimen de afectación de la vivienda.

En esencia, la discusión es la siguiente: una posición considera que si hay, aunque sea, un solo crédito al cual la afectación no le es oponible, ese acreedor puede pedir la ejecución del inmueble, y si queda un remanente, beneficia a toda la masa de acreedores. Otra, en cambio, entiende que el remanente es del titular de la vivienda, quien podrá, con ese dinero, encontrar otra solución al problema habitacional. En definitiva, el art. 249, última parte del texto dice:

“Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”.

Esta solución no impide que, en casos de ejercicio abusivo (piénsese en una casa de altísimo valor en la que vive sólo el deudor), el síndico del proceso concursal pueda pedir la desafectación resguardando un mínimo para que el deudor pueda adquirir otro inmueble que cubra sus necesidades, tal como lo resolvió la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en un verdadero

leading case sobre la materia³⁴.

2. Restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar.

Otro de los mecanismos de protección articulados por el Código Civil y Comercial es la restricción para disponer de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables, que se concreta mediante la exigencia del asentimiento del otro miembro de la pareja para realizar esos actos.

A) Antecedentes en el Código Civil.

La reforma introducida al viejo Código Civil por la ley 17.711 (1968), a la par que avanzó en el reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer casada equiparándola en el derecho a administrar y disponer de sus bienes propios y gananciales, impuso una limitación a la facultad de disposición de cualquiera de los esposos, exigiendo el asentimiento del cónyuge no titular para la realización de actos de disposición o gravamen sobre ciertos bienes³⁵.

La segunda parte del art. 1277 del Código Civil estableció un supuesto de *indisponibilidad relativa* del inmueble asiento del hogar conyugal, al exigir el asentimiento del cónyuge no titular para disponer “del inmueble de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces”, incluso aún después de disuelta la sociedad conyugal³⁶ y con independencia de que se trate de un bien propio o ganancial.

El requisito legal vino a plantear una tensión entre el derecho de propiedad y el derecho habitacional del grupo familiar³⁷ con fundamento en el interés familiar. De este modo, el viejo Código perseguía evitar que una actitud arbitraria del cónyuge titular deje sin techo a los hijos y el resto de su grupo familiar. El conflicto entre el interés del propietario que ostentaba un derecho “sobre” la cosa y la necesidad del no titular que invocaba un derecho “a” la vivienda en tutela del grupo, se resolvió en beneficio del segundo, priorizando la circunstancia fáctica de habitación del hogar frente a la

³⁴ CS Bs. As., 14/4/2004, *Cuenca Daniela*, La ley 2004-F-822 y Lexis Nexis Bs. As. 2007-1-9.

³⁵ Sobre las restricciones al poder dispositivo de los cónyuges, compulsar ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., pp.607 y ss.; BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires (2011): Abeledo Perrot, pp. 471 y ss.

³⁶ CNCiv sala F 28/12/2007, el Dial AA4535.

³⁷ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar”, en AA.VV.: *Sociedad Conyugal*, II. Buenos Aires (2008): Rubinzal Culzoni, Revista de derecho privado y comunitario, p. 381.

facultad jurídica de libre disponibilidad correspondiente al titular del derecho patrimonial³⁸.

El asentimiento conyugal suponía una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual el cónyuge no titular del bien prestaba su “conformidad” para que el dueño realice un acto de disposición sobre el hogar familiar. Su otorgamiento no afecta la regla de administración separada, pues no implica co-disposición, sino solamente una manifestación de conformidad³⁹ que ZANNONI definió oportunamente como “condición jurídica para la validez”⁴⁰. El único que presta el consentimiento, como exteriorización de la voluntad indispensable en la celebración de todo acto jurídico, es el vendedor; el cónyuge que da su asentimiento solo brinda su conformidad y con ello viene a integrar el acto realizado por el disponente.

Dado que el art. 1277 CC estableció como requisito necesario que existan hijos menores de edad o personas incapaces en el hogar⁴¹, el fundamento último de la norma radicaba en la protección del interés del grupo familiar y especialmente de los hijos y personas con discapacidad⁴². Por eso, más que tutela de la vivienda *conyugal*, se trataba de una protección a las personas más vulnerables del grupo⁴³.

Esta exigencia se aplicaba con independencia de la imputación y valoración de culpas en la crisis matrimonial, que sí se tenía en cuenta cuando el cónyuge declarado inocente en el divorcio (con o sin hijos a cargo) ejercía el derecho de oponerse a la liquidación o partición del inmueble asiento del hogar familiar (conf. art. 211 del Código Civil). No obstante, la jurisprudencia había integrado ambos sistemas tutivos sosteniendo que ambos debía conjugarse e hizo prevalecer el interés de los hijos por sobre los derechos de propiedad de sus progenitores: “Las pautas que determinan la indivisión del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal se ponderan según la protección que cabe a los intereses materiales y morales de los hijos menores y el carácter paliativo de la medida respecto del cónyuge inocente.

³⁸ Cfr. KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 179. CNCiv. Sala F, 28/12/2007, “V., C. G. v. M., C. F”. SJA 15/10/2008 JA 2008-IV-736, Abeledo Perrot, N°: 35024623.

³⁹ CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130.

⁴⁰ Cfr. ZANNONI, E: *Derecho Civil*, cit., p. 612.

⁴¹ CNCIV SALA C, S., M. A. v. M., M., 08.09.2009, www.abeledoperrot.com.ar.

⁴² Para SOLARI, N.: “La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 CC”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Protección de la vivienda familiar* (2004), p. 114, no solo es necesario el asentimiento del cónyuge no titular, sino también es imperativo la representación promiscua del ministerio público de menores (art. 59 CC).

⁴³ Al respecto compulsar entre otros MÉNDEZ COSTA, M. J. y D’ANTONIO, D.: *Derecho de Familia*, Buenos Aires (2001): Rubinzal Culzoni, T II, p. 213.

Por eso, si el cónyuge inocente no da su conformidad para la venta del inmueble sede del hogar conyugal, su titular solo puede acudir a la venia judicial, que dependerá del interés familiar y el bienestar habitacional de los hijos”⁴⁴.

El asentimiento se requería para los actos de “disposición” de la vivienda. Si bien una interpretación literal interpretaba que solo estaban limitados los actos con contenido real como venta, permuta, usufructo, hipoteca, la doctrina había propiciado la inclusión de todos aquellos contratos que afecten el goce pacífico de la habitación, como la locación y el comodato⁴⁵.

La tutela legal comprendía exclusivamente el inmueble habitación; sin embargo, se había sostenido que idéntica protección debía garantizarse a los objetos que componen la vivienda, indispensables para la vida del hogar, sin los cuales no es posible el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia⁴⁶.

La protección legal prevista para las familias fundadas en uniones matrimoniales no se trasladaba a las uniones convivenciales; no obstante, algunos jueces habían mostrado una actitud favorable a la aplicación analógica de estas normas cuando el inmueble era de propiedad común⁴⁷. Con acierto se dijo que “no corresponde formular distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, pues más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial, debe equipararse la situación a la prevista para una vez disuelta la sociedad conyugal, impidiéndose la disposición del inmueble común, hasta que la menor alcance la mayoría de edad”⁴⁸. Se garantizaba entonces “el interés familiar y la tutela de los más débiles, niños e incapaces, pues toda vez que la finalidad de la norma es la protección de los hijos, reservar su aplicación solo a aquellos nacidos del

⁴⁴ CNCiv. sala L 20/10/2011 “G. A., G. D. v. L. O., M. C.”, Abeledo Perrot, N°: AP/JUR/108/2011.

⁴⁵ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: *Régimen de bienes*, cit., pp. 381 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 91; FANZOLATO, E.: “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el MERCOSUR”, en AA.VV.: *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados* (dir.GROSMAN). Buenos Aires (2007): LexisNexis, p. 150.

⁴⁶Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 221. Tal es el caso del derecho español que en el artículo 1320 del Código Civil *dice*: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”.

⁴⁷ Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N 2 con nota de IÑIGO, D.: “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el Art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales?”, *RDF* (1999), núm. 15, p. 240.

⁴⁸ Cámara Nacional Civil de Apelaciones sala K 31/05/2006, AbeledoPerrot, N°: 10/9904

matrimonio implicaría una discriminación contraria al art. 2 de la Convención de los derechos del niño y al art. 240 de nuestro CC, en tanto establece la equiparación de los hijos”⁴⁹.

B) El asentimiento para todas las familias en el nuevo derecho.

El Código Civil y Comercial consagra la garantía de indisponibilidad relativa de la vivienda familiar y de los bienes que la componen, con independencia de la forma de organización familiar (matrimonial o convivencial, con hijos o sin ellos).

En relación al matrimonio, el art. 456 dispone que: “Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”. Esta norma se ubica dentro de las disposiciones comunes del régimen patrimonial matrimonial, de modo que no solo tutela la vivienda “ganancial”, o “propia”, sino también la vivienda “personal” de cualquiera de los cónyuges que se encuentren casados bajo régimen de separación de bienes.

Para las uniones convivenciales, brinda una protección semejante, siempre y cuando se encuentren inscriptas.

El art. 522 dice: “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia”.

Ambas normas emplean la fórmula “vivienda familiar”, que es más precisa que “vivienda común”, utilizada por los proyectos anteriores que había sido cuestionada por su indefinición.

⁴⁹ Ver entre otros SOLARI, N.: “La vivienda y su protección”, cit., pp. 111 y ss. En cambio se ha rechazado la aplicación analógica del art. 1277 2º párr. cuando la concubina habita el inmueble con su hijo menor, que no es hijo del concubino (C 4º Civil y Comercial Córdoba; 7/12/10, Rev. Jus Santiago del Estero Copello Barone, T 1-2001 p. 47).

La propuesta exige a cada uno de los cónyuges o convivientes obtener el asentimiento del otro para “disponer de los derechos sobre la vivienda familiar”. Comprende todos los derechos reales y personales que puedan afectar el goce pacífico de la habitación (venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, comodato, locación; etc.).

También exige el asentimiento para disponer de los “muebles indispensables de la vivienda o transportarlos fuera de ella”. Se entiende por tales, todos aquellos bienes que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten⁵⁰. Estos muebles se caracterizan por su destino accesorio y vinculado a la vivienda familiar; por eso, debe existir una adecuación razonable entre vivienda y mobiliario en función de las necesidades de la familia, las que serán valoradas por el juez en cada caso, según las circunstancias concretas.

En cuanto a los beneficiarios, ya no se requiere que haya hijos menores u otras personas incapaces. Se protege también la vivienda de los matrimonios o parejas sin descendencia.

En cuanto a los efectos del acto otorgado sin el asentimiento, doctrina y jurisprudencia anterior a la reforma,⁵¹ sostuvo la nulidad relativa⁵² (nulo o anulable según la incapacidad fuere conocida o no al tiempo de celebrarse el contrato). Para otros el acto era anulable, pues el juez siempre podía *apreciar la razonabilidad* de la oposición⁵³ y subsanar el vicio otorgando la autorización supletoria, sea a pedido del titular del bien o del tercero adquirente⁵⁴.

Para un sector minoritario, la nulidad era una sanción excesivamente grave e innecesaria y por ello postulaba *la inoponibilidad* del acto de disposición (se mantiene la validez sin perjuicio de los derechos del cónyuge afectado, serán ejercidos recién después de la disolución). El bien dispuesto se incluye en la masa partible, de modo que en caso de poder ser adjudicado en el lote del enajenante se mantiene la validez del acto; por el contrario, si su valor excede

⁵⁰ MEDINA, G.: “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, *ED* (1999), t. 184, p. 1306; MAZZINGHI, J.: “La reforma en materia de familia”, *ED* (1999), t. 184, p. 1538.

⁵¹ CNCiv. Sala K, 12.04.11, MJ-JU-M-70741-AR | MJJ70741 | MJJ70741). Ver también Cám. Apel. Rosario, sala II 22/12/1998, LL Litoral 2000, 189.

⁵² Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, 28/04/1998, U., M. A. c. J., G. E. y otro LLBA 1998, 1094, AR/JUR/1377/1998.

⁵³ Ampliar en MÉNDEZ COSTA, M. J. y D'ANTONIO, D.: *Derecho de Familia*, cit., p. 231. Ver también el art. 215 CC francés, art. 1322 CC español.

⁵⁴ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino*. Buenos Aires (2001): La Ley, p. 109.

la mitad del haber o entra en la hijuela del otro, queda facultado a reivindicarlo o a exigir compensación en dinero⁵⁵.

La reciente reforma se pronuncia por la *nulidad* del acto sin perjuicio de que siempre está presente la facultad judicial para valorar la afectación del *interés familiar*. Como novedad, fija un plazo de caducidad para el planteo de la acción de nulidad reducido a seis meses. El *dies a quo* puede operar: a) desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto de disposición; b) desde la fecha de la extinción del régimen matrimonial o cesación de la convivencia.

3. Inejecutabilidad de la vivienda familiar por obligaciones contraídas por uno solo de los integrantes de la pareja, matrimonial o no matrimonial.

El último párrafo del art. 456 del Código Civil y Comercial consagra un supuesto de inejecutabilidad de la vivienda familiar “por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.” En el mismo sentido, el art. 522 (para las uniones convivenciales) expresa: “[...] no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial [...]”.

Con acierto, la fórmula empleada reemplaza la del proyecto de 1993 que disponía la *inembargabilidad*. Aquí se deja en claro que lo que se limita es la posibilidad de *ejecución del inmueble* por los acreedores de uno solo de ellos, a fin de evitar que mediante la contracción de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda la comprometa sin intervención del otro miembro del matrimonio o la unión⁵⁶.

Con esta disposición se procura completar la tutela de la vivienda familiar frente al sistema de irresponsabilidad de uno por las deudas del otro, que rige en el régimen patrimonial del matrimonio, sea de comunidad (conf. artículo 467), sea de separación de bienes (conf. artículo 505 y ss.), y en las uniones convivenciales (art. 518), por el cual los acreedores del titular podrían agredirla para el cobro de sus créditos, en tanto integra su “prenda común”⁵⁷, salvo que exista afectación del inmueble en los términos del art. 244 y ss.

⁵⁵ Compulsar CICHERO, N.: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, *ED*, 63-470. Ver también BELLUSCIO, A.: *Manual*, cit., p. 478.

⁵⁶ Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92. Buenos Aires (1993): Astrea, p. 47.

⁵⁷ Ver el análisis de LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes”, cit., p. 381.

4. La vivienda en las crisis familiares.

El problema del acceso a la vivienda en las sociedades modernas justifica la creciente preocupación por la atribución de su uso en los conflictos familiares. Con frecuencia, las parejas depositan el resultado de los esfuerzos económicos de muchos años en la vivienda familiar, por lo que frente a la ruptura o separación, todas las miradas recaen sobre la posibilidad de seguir ocupando el inmueble⁵⁸.

Las crisis familiares obligan a decidir cuál de los cónyuges (o convivientes) quedará habitando el hogar familiar y a resolver inevitables tensiones entre los derechos económicos de cada uno y los demás intereses en juego, muchas veces regidos por principios jurídicos diferentes o antagónicos⁵⁹.

A) Atribución cautelar.

El art. 231 del viejo Código Civil permitió petitionar la atribución de uso de la vivienda a uno de los cónyuges, quien en casos de urgencia, podía solicitarla antes de iniciar el proceso judicial de divorcio. En principio, esta facultad se limitó exclusivamente al mero uso⁶⁰ y no autorizaba al beneficiario a dar la vivienda en arrendamiento. La institución fue receptada en el art. 721 del Código Civil y Comercial para los matrimonios, y en el art. 723 para las Uniones Convivenciales.

Una vez más, este sistema tuitivo implica una apelación a la solidaridad familiar⁶¹, pues se pospone el ejercicio de facultades inherentes al derecho patrimonial del titular⁶². La atribución de uso puede requerir la exclusión del cónyuge que ha quedado ocupándola, o bien el reintegro al hogar del que, por alguna razón se hubiera retirado⁶³.

En todos los casos, la decisión debe adoptarse analizando las circunstancias concretas. Un repaso de la experiencia judicial permite enumerar las variadas razones que han servido de fundamento para inclinar la balanza en uno u

⁵⁸ Cfr. SALAZART BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 15.

⁵⁹ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 226.

⁶⁰ TAMAYO CARMONA, J.: *Protección Jurídica de la vivienda Habitual de la Familia y Facultades de Disposición*. Madrid (2003): Aranzadi, p. 115.

⁶¹ MÉNDEZ COSTA, M. J.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires (2006): Rubinzal Culzoni, p. 300. DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid (2011): El Derecho, p. 24

⁶² SCBA, 28/02/1995, V., E. c. T., C., AR/JUR/384/1995.

⁶³ CNCiv., sala E, 02/10/1987, "Z., A. c. S., S.", La Ley, 1988-D, 348.

otro sentido: la guarda de los hijos⁶⁴, las mayores o menores posibilidades para obtener otra vivienda, el grupo más numeroso, etc.⁶⁵. También se ha valorado si la prestación de vivienda forma parte de la obligación alimentaria, y la necesidad de compatibilizar el interés familiar con el del esposo perjudicado⁶⁶.

B) Atribución como efecto del divorcio.

En el Código Civil recientemente derogado, la atribución de uso del hogar familiar podía estipularse por acuerdo de partes (conf. art. 236); a falta de acuerdo, por decisión judicial.

Con buen criterio, el Código Civil y Comercial autoriza a pautar esa atribución en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 438). Si no hubo acuerdo, los arts. 443 al 445 resuelven la atribución de la vivienda como uno de los efectos del divorcio⁶⁷. 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

⁶⁴ Juz. 1º instancia Venado Tuerto (Santa Fe), 21/03/2011, elDial.com-AA69EB pub. 27/04/2011.

⁶⁵ SAMBRIZI, E.: "Protección de la vivienda familiar en el divorcio", *Revista de Derecho de Familia. Protección de la vivienda familiar* (2004), núm. 29, p. 69.

⁶⁶ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., pp. 238 y 239.

⁶⁷ Art. 443: "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." Art. 444: 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. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato"

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 escolares⁶⁸. 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.

El segundo criterio consiste en valorar el interés más necesitado de protección, ponderando las circunstancias sociales, personales, y económicas concurrentes en la unidad familiar⁶⁹. Debe analizarse quién está en situación económica más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios; el estado de salud y edad de los cónyuges, y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. Esta pauta permite considerar no solo a los hijos, sino también a los esposos (incluso aquel que resulta excluido del uso) en un análisis global y al mismo tiempo concreto del problema. En ningún caso la aplicación de estas pautas deberá ser automática⁷⁰.

No es necesario que la vivienda sea propiedad de uno de los cónyuges, puede disponerse aun cuando el inmueble fuera alquilado y el locatario sea el otro, obteniendo un derecho de continuar en la locación hasta la extinción del plazo contractual. El locador no podría demandar el desalojo fundado en su no uso por el locatario⁷¹.

Como regla, la atribución es temporaria; por eso el art. 445 establece la cesación por la extinción del plazo por el cual fue acordada, por causa de indignidad, o porque cambiaron las circunstancias tenidas en mira al momento de resolverlo.

C) Atribución de uso en la familia fundada en una unión convivencial.

Antes de la reforma, algunos fallos admitieron la aplicación analógica de las pautas de atribución del uso de la vivienda previstas para las familias matrimoniales, a las uniones convivenciales⁷². En el año 2010, la Cámara de Apelaciones de Trelew resolvió que la madre (a quien se había otorgado la custodia de cuatro hijos menores nacidos de una unión convivencial) se reintegre al hogar (propiedad del otro progenitor), pues la vivienda que

⁶⁸Ampliar en SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 46.

⁶⁹DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar*, cit., p. 35.

⁷⁰SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 15.

⁷¹En opinión de ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., p. 231.

⁷²Cám. Civil y Comercial de Salta Sala III 01/06/10, LL Noroeste T 1-2011, p. 21.

ocupaba después de la separación era de reducidas dimensiones y no reunía las condiciones mínimas para alojar al grupo familiar mayoritario⁷³.

En sintonía con la concepción pluralista de la familia, y la protección brindada a los derechos fundamentales de todas las personas, el art. 526 del nuevo Código Civil y Comercial contempla la atribución del uso de la vivienda en el caso de ruptura de la unión convivencial a favor de uno de los convivientes. A diferencia del matrimonio, el plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos años a contar desde que se produjo el cese. 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.

VI. PALABRAS DE CIERRE.

La protección de la vivienda de los niños, niñas y adolescentes receptada en el nuevo Código Civil y Comercial se nutre de un plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional argentino, cuales son la dignidad de la persona, la igualdad real de oportunidades y el derecho humano a la vida familiar.

Hemos delineado los principales mecanismos jurídicos previstos para la protección de este derecho en relación con las personas más vulnerables de la sociedad. La nueva ley evidencia una especial preocupación por brindar respuestas justas y eficaces a las múltiples problemáticas y diversas realidades familiares de nuestro siglo. El tiempo tiene la última palabra.

BIBLIOGRAFÍA

AREAN, B.: “La posibilidad de afectar parcialmente el bien de familia”, *JA* (2004), IV, pp. 98 y ss.

BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires (2011): AbeledoPerrot.

BOSSERT, G.: “Comentario al artículo 49 de la ley 14.394”, en AA.VV.: *Código Civil y leyes complementarias* (dir. A. Belluscio). Buenos Aires (2000): Hamurabi.

CICHERO, N.: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, *ED*, 63-470.

⁷³ Cám. Apelaciones de Trelew (Chubut) 15/12/2009, *eldial.com* pub. 29/01/2010.

DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid (2011): El Derecho.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino*. Buenos Aires (2001): La Ley.

GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires (2005): La Ley.

GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M.V.; HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia* Buenos Aires (2006): Ediar.

GUASTAVINO, E.: “Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente”, *ED* (1985), t.113, p. 286 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*. Buenos Aires (1995): Hammurabi.

HERRERA, M.: “Bien de familia y crédito alimentario”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

IÑIGO, D.: “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el Art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales?”, *RDF* (1999), núm. 15, pp. 240 y ss.

JUANES, N. y PLOVANICH, M. C.: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley* (2010) núm. 10, pp. 40-52.

JUNYENT BAS, F. y otros: *La tutela de la vivienda*. Córdoba (2001): Advocatus.

LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar”, en AA.VV.: *Sociedad Conyugal*, II. Buenos Aires (2008): Rubinzal Culzoni, Revista de derecho privado y comunitario.

MANILI, P.: “El bien de familia desde el punto de vista del derecho constitucional”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

MAZZINGHI, J.: “La reforma en materia de familia”, *ED* (1999), t. 184, p. 1538 y ss.

MEDINA, G.: “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, *ED* (1999), t. 184, p. 1306 y ss.

MEDINA, G. y PANDIELLA, J.C. “Bien de Familia y Subrogación”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

MÉNDEZ COSTA, M. J.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires (2006): Rubinzal Culzoni.

PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona (2003): Icaria.

SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

SAMBRIZI, E.: “Protección de la vivienda familiar en el divorcio”, *Revista de Derecho de Familia. Protección de la vivienda familiar* (2004), núm. 29, pp. 69 y ss.

SOLARI, N.: “La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 CC”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Protección de la vivienda familiar* (2004), pp. 111 y ss.

TAMAYO CARMONA, J.: *Protección Jurídica de la vivienda Habitual de la Familia y Facultades de Disposición*. Madrid (2003): Aranzadi.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid (2011): Iustel.

ZANNONI, E.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires (2005): Astrea.

