

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE LA FAMILIA NO
MATRIMONIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
ARGENTINO

PROTECCIÓN OF THE NON-MARITAL FAMILY HOUSING IN THE
CIVIL AND COMMERCIAL ARGENTINEAN CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 193 - 213.

Fecha entrega: 17/09/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia
Universidad de Cuyo
aidakemelmajer@carlucci.com.ar

Dra. MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Profesora de Derecho
Universidad de Cuyo
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: El nuevo Código Civil y Comercial argentino regula algunos efectos de las parejas no matrimoniales, a las que denomina “uniones convivenciales”. Entre ellos, protege muy especialmente el derecho a la vivienda familiar. En el artículo se analizan los nuevos mecanismos previstos por la ley para garantizar este derecho fundamental, más allá de las contingencias personales o patrimoniales que sus miembros puedan sufrir.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar; uniones convivenciales; mecanismos de protección.

ABSTRACT: The new Civil and Commercial Code of Argentina regulates some effects concerning non-marital partnerships, referred to as “partnership unions”. Among these effects, it has special guardianship of the right to a family dwelling. This article analyzes the new protection mechanisms provided by law to guarantee this fundamental right, regardless the personal or patrimonial eventualities undergone by its members.

KEY WORDS: family home; partnership unions; protection mechanisms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONTEXTO DEL ANÁLISIS.- III. NOTAS CENTRALES DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES. TERMINOLOGÍA Y REQUISITOS.- IV. LA VIVIENDA, UN DERECHO FUNDAMENTAL.- V. INDISPONIBILIDAD RELATIVA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR (ART. 522 CC Y C).- 1. Inmueble protegido.- 2. Requisitos del grupo familiar.- 3. Naturaleza y forma.- 4. Actos que requieren el asentimiento del otro.- 5. Protección de los muebles indispensables.- 6. Efectos del acto realizado sin asentimiento. Plazo de caducidad.- VI. INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA (ART. 522 ÚLTIMO PÁRRAFO).- VII. AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA (ART. 244 CC Y C).- 1. Supuestos de constitución.- 2. Nuevos beneficiarios.- 3. Alcances de la protección.- 4. Efecto del cese de la unión sobre la afectación de la vivienda.- VIII. OTRAS PROTECCIONES POR EL CESE DE LA UNIÓN (ART. 526 Y 527 CC Y C).- IX. PALABRAS DE CIERRE.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil y Comercial argentino diseña un conjunto normativo especialmente orientado a la protección de la vivienda¹. Contiene una serie de mecanismos que garantizan tanto el derecho a la vivienda, que expresa la vital necesidad de disfrutar de un espacio habitable suficiente al desarrollo de la persona, cuanto el derecho sobre la vivienda, ámbito donde se materializa el primero².

Estos instrumentos no son del todo novedosos; algunos ya existían disgregados en diferentes leyes; otros fueron incorporados con el propósito de ampliar y hacer más eficaz su tutela.

Una de las innovaciones de mayor significación radica en que, a partir del 1-8-2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, la protección abarca no solo la llamada familia tradicional, sino que también beneficia a otras familias y personas, especialmente las más vulnerables. El fin es protegerlas de los avatares de la vida cotidiana, favoreciendo su cuidado, sostén y desarrollo.

¹ Ampliar en PANDIELLA MOLINA, J. C.: *Uniones de hecho y vivienda familiar en el nuevo Código*, *Revista de derecho privado y comunitario*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 349-383.

² Para la distinción, consultar KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 83, y *Separata de la Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas de la Univ. Nac. de Cuyo*, núm. 51; MEDINA, G.: *Protección Constitucional de la vivienda familiar, con especial referencia a las modernas constituciones provinciales*, RDF, núm. 7, 1992, p. 39.

Este artículo está destinado a analizar los aspectos más sobresalientes de la protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales. La pretensión es reflexionar sobre diferentes hipótesis que pueden presentarse en la práctica cotidiana y ofrecer algunos elementos de utilidad para su solución.

II. CONTEXTO DEL ANÁLISIS.

La incorporación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial es una de las modificaciones más significativas del nuevo ordenamiento; de este modo, se salva la omisión del Código Civil derogado que, prácticamente, las ignoraba como forma de organización familiar³.

La nueva figura se preocupa especialmente de la protección de los derechos fundamentales de las personas que integran estos núcleos familiares con base en dos parámetros relevantes: (i) el principio de realidad, que las reconoce como una práctica social en todos los estratos de la comunidad⁴ y (ii) el proceso de constitucionalización del derecho privado⁵.

La Constitución argentina protege la vida familiar sin hacer distinciones; por lo tanto, quienes optan por no legalizar su unión en el Registro Civil no pueden ser ignorados por la ley. Solo así se respeta verdaderamente el derecho humano a la vida familiar⁶.

El matrimonio y la unión convivencial comparten su fisonomía desde lo fáctico, mas desde el punto de vista normativo tienen diferencias

³ LLOVERAS, N.; SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Bs. As., 2009, p. 391.

⁴ Los datos que arroja el último censo de Población, Hogar y Vivienda (2010) son elocuentes; veamos algunas cifras: del total de población casada y en pareja de 14 años y más (16.703.000), 10.222.566- el 61,20%- son personas unidas en matrimonio mientras que 6.480.434 – el 38,80%- conviven pero sin haber celebrado nupcias. En las provincias con índices de pobreza más alto, la cantidad de habitantes que viven en pareja sin haber contraído matrimonio se eleva, llegando incluso a ser mayor que el número de las casadas; en Formosa, por ejemplo, del total de personas que viven en pareja, el porcentaje de gente mayor de 14 años que no se ha casado es del 54,49%; en Chaco, esta práctica casi iguala al matrimonio, ya que el 49,94% convive en una unión no formalizada. El comportamiento de la población total del país resulta más elocuente aún si se evalúa el rango de edades de 25 a 34 años, en el que se observa que solo el 39,26% de los que viven en pareja están casados.

⁵ Es doctrina de la Corte IDH que la familia protegida por la Convención no se limita a la de base matrimonial (Corte IDH *Atala Riffó vs. Chile*, del 24/02/2012 y *Fornerón vs. Argentina* del 27/04/2012).

⁶ Recordar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la rica jurisprudencia del TEDH sobre este tema.

significativas. El nuevo sistema jurídico argentino se cuida de no equipararlos ni confundirlos, aunque en algunos aspectos, se aproximan bastante. En verdad, el código diseña una solución transaccional que busca un equilibrio entre (i) la autonomía personal para elegir la forma en que cada uno quiere vivir las relaciones afectivas, y (ii) la solidaridad y responsabilidad entre quienes comparten un proyecto familiar.

III. NOTAS CENTRALES DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES. TERMINOLOGÍA Y REQUISITOS.

El Código Civil y Comercial emplea la expresión “uniones convivenciales” para designar a los grupos familiares conformados por parejas no matrimoniales. Es una voz jurídica nueva que resalta la idea central que las define: el dato fáctico de la convivencia. La terminología empleada supera y unifica las anteriores denominaciones usadas por la doctrina, la jurisprudencia y las diferentes leyes que en forma dispersa se ocuparon de ellas (concubinato, uniones de hecho, uniones no matrimoniales, uniones en aparente matrimonio, parejas estables, etc.).

Las uniones protegidas por la ley se caracterizan por contener (a) un elemento fáctico, la convivencia de dos personas -del mismo o distinto sexo -fundada en el afecto (similar al modelo que se presenta en el matrimonio), (b) un elemento volitivo, la unión asentada en un “proyecto de vida familiar común”, (c) notoriedad de la relación, y (d) una pretensión de estabilidad, duración o permanencia (conf. art. 509 CC y C)⁷.

Para que los efectos previstos por la ley en el Título III del libro Segundo (Relaciones de Familia) se produzcan, los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco cercanos, ni ser parientes por afinidad. No deben tener impedimento de ligamen por matrimonio anterior ni integrar una convivencia inscripta en forma simultánea. Se exige una duración de la vida en común de dos años como mínimo (conf. art. 510 CC y C).

La unión puede inscribirse en los registros creados a tal fin en el ámbito del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas (art. 511 CC y C); no es

⁷ Para ampliar, MOLINA DE JUAN, M.: *Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse*, *elDial.com* - DC1B15 Pub. 116/08/2013; y *Revista Lumen, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 9, enero-diciembre 2013, Lima, Perú - Universidad Femenina del Sagrado Corazón, pp. 99-110; *Idem, Uniones convivenciales y compensaciones económicas en el Proyecto de Código Civil y Comercial, ErreNews -Novedades-* núm. 1854 - 5/3/2014; *Idem, Uniones convivenciales y patrimonio. Lo tuyo, lo mío, ¿y lo nuestro?*, 5-may-2015, MJ-DOC-7197-AR|MJD7197.

un requisito para que se le reconozcan la mayoría de los efectos jurídicos, pero sí algunos, cuando así lo exige expresamente la norma. De cualquier modo, si está registrada, la prueba será más fácil.

La figura tiene una estructura y apariencia semejante a las de una pareja matrimonial. Por eso, en algunos países europeos se optó por equipararla al matrimonio, de forma que ante la ruptura se aplican las consecuencias que la ley prevé para esta institución⁸. Esta solución también fue adoptada por algunos países de nuestra región⁹.

En la Argentina, esta posibilidad se consideró inconveniente por varias razones:

(i) En general, la doctrina se ha opuesto a la aplicación analógica de las normas del matrimonio para regular este tipo de organizaciones familiares¹⁰.

(ii) Con muy pocas excepciones¹¹, la jurisprudencia adhirió a esa posición¹², al igual de lo sucedido en España, en tanto el Tribunal Supremo, no obstante asumir el reconocimiento constitucional de las parejas de hecho como una

⁸ La Ley belga, *Loi instaurant la cohabitation legale*, de 23 de noviembre de 1998; la ley alemana, *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 22 de febrero de 2001; La ley sueca, de 1 de enero de 1995.

⁹ Por ejemplo, Bolivia (1972), Cuba (1975), Guatemala (1963), Panamá (1956).

¹⁰ Conf. BOSSERT, G.: *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 74. Ampliar en LAMM, E.: MOLINA DE JUAN, M.: *Efectos patrimoniales de las uniones convivenciales*, *Revista de derecho privado y comunitario*, *Uniones convivenciales*, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 218 y ss.

¹¹ En el año 2013, con fundamento en la protección de las uniones convivenciales prevista en el Proyecto 2012 (hoy nuevo Código Civil y Comercial), un tribunal resolvió aplicar por analogía el régimen de las mejoras sobre bienes gananciales. Consideró que era la solución que mejor respetaba el fin y la naturaleza del vínculo entre las partes (convivencia de 10 años con tres hijos) (Cám. Apel en lo Civil y Comercial, Necochea, Expte. 8842 y 8621, 11/07/2013, *elDial.com* -AA8198).

¹² SCBA, AyS: 1990-IV-305 CNCiv. Sala K, 18/06/09 JA 2009-IV - 46. La CNCiv Sala C; 22/06/2009 “S., v. E. H” sostuvo que aunque la relación concubinaria que unió a las partes se mantuvo por más de 25 años, aquella no dejó de ser una situación de hecho que en modo alguno produce efectos similares a los del matrimonio, no pudiendo, por ende, aplicarse, ni siquiera por analogía o en forma supletoria, las disposiciones que regulan este instituto (Conf. Arts. 1261, 1271, 1648, 1651, Cód. Civil.)” Y que “para tener por probada la existencia de una sociedad de hecho como la que se invoca en estas actuaciones no basta demostrar la convivencia de las partes durante largos años o que ambos trabajaban y poseían bienes porque de ello no se deriva -ni permite presumir- que lo que cada uno adquirió a su nombre se haya hecho con el aporte de los dos.” Ver también CNCiv Sala K 08-04-2010, “M., A. R. v. A., S. s/ Disolución de sociedad”; Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala III) Lomas de Zamora, (02- 03-2010), “G., J. M. C/ A., O. L. S/ Div. De Condominio”.

modalidad de familia¹³, rechazó la aplicación de las normas del régimen matrimonial¹⁴. Cabe aclarar que esa negativa no ha impedido que, en algunos supuestos, los tribunales argentinos hayan aceptado utilizar algunas figuras del derecho matrimonial con fundamento en la protección de la familia¹⁵, de la infancia, o del derecho humano a la vivienda¹⁶.

(iii) La decisión de convivir sin celebrar matrimonio implica la facultad (no absoluta) de gobernarse libremente en el terreno de las consecuencias y regular el conjunto de derechos, facultades y relaciones¹⁷.

La nueva ley argentina, de modo semejante pone en valor la autonomía personal potenciando la celebración de acuerdos convivenciales¹⁸. Estos

¹³ STC 1992/222, de 11 de diciembre: “aparecen en primer plano ciertas normas de la Constitución Española que, aunque no se refieren específicamente a la unión familiar de hecho, directa o indirectamente pueden afectar a la misma, pues, sobre todo, la protección general que brindan alcanza tanto a la unión familiar matrimonial como a la unión familiar de hecho. En ese sentido, los arts. 9.2, 10.1 y 14 de la Constitución y, sobre todo, el artículo 39 de la misma, cuyo apartado 1 consagra la protección de la familia, que alcanza no sólo a la fundada en el matrimonio, sino también a la unión familiar de hecho y, por si hubiera dudas, en su apartado 2, proclama la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. Y, a mayor abundamiento, “De los artículos 32 y 39 de la Constitución Española se deriva una negativa a la concepción de que la familia se constituye exclusivamente sobre el matrimonio. Ninguno de los artículos citados hacen mención, expresa ni tácita, de la unión extramatrimonial; ni la reconocen ni la rechazan, pero tampoco obligan a que la familia se constituya necesariamente sobre el matrimonio. El concepto de familia debe cimentarse sobre el potenciamiento de la personalidad del individuo, sobre el desarrollo y educación de cada uno de sus miembros y sobre la estabilidad de la relación para conseguir esos fines”. Para ampliar, ver también sentencias de 24 de noviembre de 1994 (Ponente: Marina Martínez-Pardo) y de 22 de enero de 2001 (Ponente: González Poveda). STS 16/12/1996 (RJ 1996-9020).

¹⁴ POUS DE LA FLOR, M.P.: *Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 805 y ss.

¹⁵ Cám. Civil y Comercial de Salta Sala III 01/06/10, LL Noroeste T 1-2011, p. 2.

¹⁶ CNCIV SALA M 16/05/2014, “C., J. c/Registro de la propiedad inmueble de la Capital Federal s/Recurso directo a Camara”, elDial.com -AA875D.

¹⁷ Ampliar en ECHEVERRÍA ALBACAR, I., *Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril*, *Diario La Ley*, núm. 8221, Sección Doctrina, 2 ene.2014, Año XXXV, Ref. D-2, Editorial LA LEY. LA LEY 10892/2013.

¹⁸ Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, sustituida por el art. 234-1 a 14 del Código civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho” [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81)]; la

acuerdos escritos persiguen disciplinar los efectos de sus relaciones durante la vida en común, o las consecuencias de la ruptura mediante pautas o criterios elegidos por ellos. Son una opción interesante, porque aparecen como una forma idónea para evitar problemas en el futuro¹⁹ al anticiparse al conflicto, permitiendo a los integrantes darse a sí mismos una respuesta probablemente más adecuada que la que puedan obtener en los tribunales.

Sin embargo, no todas las cuestiones pueden ponerse sobre la mesa de negociación. El respeto por la libertad de las personas no legitima el ejercicio abusivo del derecho por parte del conviviente más fuerte, ni autoriza conductas egoístas que ignoren las responsabilidades nacidas de la convivencia y la necesaria cooperación y solidaridad que es el sustento de toda relación afectiva, sea convivencial, sea matrimonial. El mayor punto de contacto con el matrimonio se produce en este tópico, pues se regula en forma muy semejante un régimen primario inderogable para ambos casos. Por tratarse de la tutela de los derechos esenciales, resulta acertado asemejar el alcance e intensidad de la protección jurídica.

El “núcleo duro” consagra así el deber de asistencia recíproca (art. 519 CC y C), la contribución proporcional a los gastos del hogar, debiendo considerarse las tareas domésticas como aporte (art. 520 CC y C) y la responsabilidad solidaria por las deudas que uno de los convivientes hubiera contraído frente a terceros por las cargas de la vida en común (art. 521 CC y C).

IV. LA VIVIENDA, UN DERECHO FUNDAMENTAL.

El “núcleo duro” de orden público referido en el párrafo anterior también contempla la protección de la vivienda. En verdad, esta ha sido una de las

Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, “reguladora de las parejas de hecho”. La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de “uniones de hecho formalizadas”, cuyo art. 14 ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

¹⁹ Conf. LÓPEZ FAURA, N.: *Pactos entre convivientes*, RDF, núm. 15, 1999, pp.105 y ss.

principales preocupaciones: garantizar los derechos esenciales de las personas, cualquiera sea el modelo familiar que elijan para vivir sus afectos²⁰. El concepto de vivienda es amplio; se erige como un derecho fundamental que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar. Es claro que trasciende el domicilio de la persona²¹ y cualquier visión parcializada o reduccionista.

En la Argentina, el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada “cuenta con un amplio sustrato normativo, tanto en el plano del derecho estatal como, sobre todo, del derecho internacional de los derechos humanos, ámbito en el que los estándares de reconocimiento han experimentado en las últimas décadas un considerable desarrollo”²². Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que la reforma constitucional argentina del año 1994 incorporó al bloque de constitucionalidad; por eso, recaen sobre el Estado obligaciones de diseñar los mecanismos adecuados para garantizarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población²³.

Una mirada a la realidad pone en evidencia que la situación de miles de familias imposibilitadas de acceder a una casa, o de conservar la que ocupan, es una de las manifestaciones más contundentes de la crisis social del siglo XXI²⁴. Este escenario se potencia cuando involucra a personas vulnerables,

²⁰ Ver entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, Hammurabi, Bs. As., 1995; F. JUNYENT BAS, y ot., *La tutela de la vivienda*. Córdoba, Advocatus, 2001; G. PISARELLO *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria, Barcelona, 2003.

²¹ Para abundar ver GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid 2013, pp.10-12.

²² PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuado como derecho exigible*; cit. p. 76. Se encuentra consagrada en una pluralidad de instrumentos internacionales por ejemplo, la DUDH, Art. 25; CADH Art. 11.1; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Art. 5 Inc. e III, CEDAW Art. 14 Inc. h.

²³ 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.

²⁴ La jurisprudencia ha resuelto algunas situaciones apremiantes garantizando las prestaciones necesarias para proveer una vivienda a grupos familiares desamparados. Es importante la lectura del fallo de la Corte federal que fija los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Estos derechos no tienen operatividad directa *sino derivada* en la medida que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Agrega que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, pero sí *el control de razonabilidad*. (CSJN, SQ. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Bs. As. s/amparo” 24/04/2012). Ver también SCBA, 03/07/2013, “B.A.F. c. Provincia de Bs. As. s/amparo”, APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/26478/2013. Ampliar en MOLINA DE JUAN, M.: “Actualidad en Derecho de Familia. Alimentos”, SJA 2014/02/12-7JA 2014-I, Abeledo Perrot, N°: AP/DOC/92/2014.

como las mujeres víctimas de violencia²⁵, niños, niñas, adolescentes²⁶, ancianos o personas con discapacidad²⁷, quienes experimentan con mayor intensidad las consecuencias de su carencia²⁸.

En la Argentina, es cada vez más frecuente que los integrantes de uniones convivenciales adquieran la vivienda familiar en condominio. Esta decisión está orientada a proteger por igual a ambos integrantes y, sobre todo, a evitar los problemas que puede generar una eventual ruptura. Muchas veces, se trata de un pacto convivencial por el cual, aunque en forma tácita, se realizan reconocimientos recíprocos de otro tipo de aportes, como por ejemplo, de trabajo doméstico al que se le asigna un valor monetario. Sin embargo, esta solución práctica no siempre logra garantizar en forma adecuada la vivienda de las personas más débiles.

En los próximos párrafos se analizan tres mecanismos de protección de la vivienda convivencial, dejando aclarado que se aplican con un alcance semejante en todos los grupos familiares, sea cual sea el origen de su configuración. (i) La indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda convivencial y los muebles indispensables; (ii) La inejecutabilidad por deudas posteriores al comienzo de la unión; (iii) La afectación de la vivienda (antiguo régimen del bien de familia).

También se hará menciones –aunque sea incidentales– al derecho real de habitación del conviviente ante la muerte del titular y a la atribución judicial de la vivienda al cese de la unión.

V. INDISPONIBILIDAD RELATIVA DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR (ART. 522 CC Y C).

La indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables se concreta mediante la exigencia del asentimiento del otro

²⁵ CJS, “SANTILLÁN, IVANA VALERIA VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. N° CJS 37.193/14), 4/06/2015 Tomo 198:281/294. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, Sala I, A. L. P. M. c/ GCBA, 14-abr-2015, MJ-JU-M-93229-AR|MJJ93229).

²⁶ Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M.: *La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial Argentino*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114, www.idibe.org.

²⁷ 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, Abeledo Perrot, N°: 45001357.

²⁸ 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.

conviviente para que el titular pueda realizar ciertos actos que afectan el uso y goce de esos bienes por parte del grupo familiar.

Esta protección, que en el sistema derogado solo estaba prevista para las familias matrimoniales y con importantes limitaciones, ahora puede ser invocada por los convivientes, siempre que la convivencia esté inscripta. Está contenida en el art. 522 CC y C con una redacción similar a la estipulada en el matrimonio (art. 456 CC y C²⁹). La norma centra su interés en la vivienda sede del hogar y en los muebles indispensables que integran el ajuar familiar. Indica: “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”.

1. Inmueble protegido.

El inmueble protegido es la “vivienda familiar”. La expresión es más precisa que “vivienda común” utilizada por los proyectos anteriores y que había sido cuestionada por su indefinición.

La figura tuitiva del hogar familiar persigue evitar que una actitud arbitraria de su propietario deje sin techo al resto del grupo familiar. En otras palabras, el conflicto entre el interés del conviviente titular que ostenta un derecho “sobre” la cosa y la necesidad del no titular que invoca un derecho “a” la vivienda en tutela del grupo, se resuelve a favor del segundo, priorizando la circunstancia fáctica de habitación del hogar a la facultad jurídica de libre disponibilidad correspondiente al titular del derecho patrimonial³⁰.

2. Requisitos del grupo familiar.

Para que opere la protección no es necesario que existan hijos menores, incapaces o con capacidad restringida. Los principios constitucionales–convencionales en juego y el respecto por la dignidad de la persona, imponen la protección de los derechos humanos de todos, con independencia de que

²⁹ Esta norma tomó como fuente el art. 215 del Código francés, el código belga (art. 215), el holandés (art. 88) y el de Quebec (arts. 449 y 451 a 454).

³⁰ Compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit., p. 179.

la familia se integre sólo por la pareja de adultos o que haya también hijos. El matrimonio o la unión convivencial sin hijos constituye una forma de vivir en familia y la vivienda en la que habitan es el “hogar” donde la pareja asienta su vida para proyectarse y concretar los proyectos personales y los compartidos.

Esta garantía opera exclusivamente en beneficio de las convivencias inscriptas. La exigencia responde a la necesidad de no afectar a los terceros que pueden verse involucrados, dado que la unión convivencial tiene base fáctica, por lo que sería más fácil defraudar sus derechos si el recaudo no se exigiese.

Por eso, el notario que instrumente un acto de disposición de derechos respecto de la vivienda que pertenece a una persona que vive en unión convivencial, deberá contar con información actualizada sobre esta circunstancia. Algunos notarios incorporan en la escritura pública una cláusula que contiene una “declaración jurada” sobre la inexistencia de unión. Sin embargo, esa manifestación unilateral no sería oponible al conviviente afectado, quien siempre puede demandar la nulidad del acto si se trata de una unión inscripta.

3. Naturaleza y forma.

El asentimiento es una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual el conviviente no titular del bien presta su “conformidad” para que el dueño lleve adelante un acto de disposición que implica una afectación o compromiso de los derechos que tiene sobre ese bien. Su otorgamiento no significa la administración conjunta del bien, ni que exista una suerte de co-disposición, sino solamente una manifestación de conformidad³¹, que opera como “condición jurídica para la validez”³² que integra el acto realizado por el disponente³³.

La regla de la libertad de la forma rige para prestar el asentimiento; puede realizarse por instrumento público o privado, sea verbalmente o por signos

³¹ CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130

³² Conf. ZANNONI, E.: *Derecho Civil, Derecho de familia*, Astrea, Bs. As., 2006, t 1, p. 612.

³³ En relación con la naturaleza del asentimiento entre cónyuges, ver CNCiv Sala K 24/02/2012 D. A., L. R. v. D. A., A. C. y otros; APJD 06/06/2012. También CS Tucumán, sala civil y penal 08/06/2001, “Vuillermet, Paul Bernard v. Jovovic, Blas y ot. s/ cumplimiento de contrato. Escrituración”, Abeledo Perrot, N°: 25/5697.

inequívocos³⁴, aunque en este último caso se plantee el problema de la prueba si quien debió prestarlo lo desconoce después.

La manifestación puede ser anterior o contemporánea al acto o, incluso, luego de realizado, supuesto en que implica una confirmación del negocio celebrado sin el requisito legal. Si el asentimiento es otorgado en forma anticipada no puede ser general sino que debe contener los datos para individualizar el acto a celebrar y está supeditado a que se mantenga su vigencia en ese momento; esto es, que no haya sido revocado³⁵ ni expirado el plazo, si estuvo sujeto a un término de vigencia³⁶.

4. Actos que requieren el asentimiento del otro.

La norma indica cuáles son los actos que requieren el asentimiento. Esa expresión de voluntad es necesaria para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y para disponer y transportar los muebles indispensables de ésta. La exigencia no se limita a los actos de enajenación (compraventa, permuta) sino que abarca cualquier acto que implique modificación patrimonial (como el usufructo, la hipoteca), y aquellos que afecten el disfrute pacífico de la habitación (por ejemplo, la locación, el comodato)³⁷. El texto descarta una posible interpretación restrictiva, prohibiendo todo acto que implique atentar contra el goce del alojamiento de la familia³⁸.

5. Protección de los muebles indispensables.

También se protegen los objetos indispensables para el funcionamiento del hogar, sin los cuales no se permite el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia³⁹. Se refiere a aquellos bienes

³⁴ SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Bs. As., 2007, 379. Para abundar, BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, 10ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 467.

³⁵ CNCiv Sala E 13.4.77, ED 73-472

³⁶ Conf. AZPIRI, J.: *Régimen de bienes del matrimonio*, Hammurabi, Bs. As., 2002, p. 139.

³⁷ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: *Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar*, en *Rev. Derecho privado y comunitario. Sociedad Conyugal II*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2008, p. 381 y ss.

³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit., p. 191, FANZOLATO, E.: “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el MERCOSUR”, en GROSMAN (Dir.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 150.

³⁹ Toma como fuente el art. 1320 del Código Civil español que 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” Ampliar en LACRUZ BERDEJO, *Introducción al*

destinados a satisfacer las necesidades básicas de las personas que habiten en el hogar, pudiendo equipararse a los que la doctrina y jurisprudencia ha considerado inembargables⁴⁰.

Son muebles que se caracterizan por su destino, debiendo 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. La doctrina española los califica como *universitas facti* pues están vinculados por la finalidad de servicio o de destino, y se relacionan con el estándar medio de vida de la familia⁴¹.

6. Efectos del acto realizado sin asentimiento. Plazo de caducidad.

El acto realizado sin el asentimiento es nulo. La nulidad solo puede ser invocada por el que debió prestar el asentimiento omitido y el afectado puede confirmar el acto en forma expresa o tácita. Declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que estaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien o el levantamiento del gravamen. El vicio también puede ser subsanado por convalidación judicial, en caso de que posteriormente se otorgue la autorización supletoria, sea a pedido del titular del bien o del tercero adquirente.

En todos los casos, siempre está presente la facultad judicial para valorar si realmente existió afectación del interés familiar.

El plazo para plantear la nulidad caduca para el convivente no titular a los seis meses de haber tomado conocimiento del acto que lo perjudica, siempre que no haya cesado la convivencia, pues de lo contrario dejaría de ser el hogar familiar, excepto que el convivente haya obtenido la atribución de la vivienda (si se dan los requisitos exigidos por el art. 526 CC y C), que es oponible a los terceros desde la inscripción registral. De ahí la importancia de solicitar medidas cautelares (por ej. anotación de la litis) mientras se tramita la petición.

estudio del hogar y ajuar familiares (a modo de prólogo), en VILADRICH, P.: (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 28.

⁴⁰ MEDINA, G.: *Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil*, E.D. 184 1306; J.: MAZINGHI, *La reforma en materia de familia*, E.D. 184 1538.

⁴¹ GARCÍA CANTERO, G.: *Hogar Familiar y derecho de familia, sucesorio y registral*, en VILADRICH, P.: (coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986, p. 75.

VI. INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA (ART. 522 ÚLTIMO PÁRRAFO).

El último párrafo del art. 522 CC y C —al igual que el último del art. 456 CC y C para el matrimonio— consagra la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas unilateralmente por un conviviente luego del comienzo de la unión. De este modo, deja fuera de la esfera de agresión de los acreedores al hogar de la familia convivencial, restringiendo el alcance del art. 743 CC y C⁴² respecto de los bienes que integran su prenda común.

Se limita la posibilidad de ejecución del inmueble por los acreedores de uno solo de los convivientes (pero no de otros bienes que integren su patrimonio) a fin de evitar que mediante la concertación de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda comprometa el hábitat⁴³. La finalidad de la ley es garantizar que ambos tengan conocimiento de los compromisos asumidos por el titular que pueden poner en jaque la habitación familiar. Por eso, la protección no opera si la deuda fue contraída por los dos, o por uno con la conformidad del otro.

La disposición procura completar la tutela de la vivienda familiar frente a la posibilidad de los acreedores del titular, que podrían agredirla para el cobro de sus créditos, en tanto integra su “prenda común”, salvo que exista afectación del inmueble en los términos del art. 244 CC y C y ss.

En consecuencia, con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la vivienda en la que reside la unión convivencial inscripta no podrá ser ejecutada si la deuda no fue contraída por ambos convivientes o por uno con el asentimiento del otro, aunque la deuda haya sido contraída por el titular del inmueble antes de la entrada en fecha anterior.

Si el inmueble se embargó, pero aún no se subastó, la cautelar puede mantenerse para hacerse valer en el supuesto de cese de la unión por cualquiera de las causas estipuladas en el art. 523 CC y C., circunstancia en la cual el acreedor podrá invocar la prioridad del primer embargante previsto en el art. 745 CC y C .

⁴² El art. 743 CC y C dice: “Bienes que constituyen la garantía. Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

⁴³ Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Bs. As., 1993, p. 47; ver también SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Bs. As., 2007, p. 403.

VII. AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA (ART. 244 CC Y C).

A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial las personas que viven en uniones convivenciales pueden proteger su vivienda mediante el instituto de la “Afectación”, que viene a sustituir el viejo bien de familia previsto por la ley 14.394 que solo se ocupaba de la familia matrimonial. Esta protección puede acumularse a la prevista por los mecanismos analizados en los puntos anteriores.

Se trata de disposiciones de orden público, de modo que tampoco puede pactarse en contrario (conf. art. 515 CC y C). Por eso, los convivientes no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en el plexo normativo comprendido entre los arts. 244 y 255 CC y C.

1. Supuestos de constitución.

La afectación puede ser dispuesta por quien integra una unión convivencial.

Si el inmueble está en condominio, deben pedirla todos los cotitulares conjuntamente (art. 245 CC y C). Con buen criterio, la solución deja de lado la exigencia contenida en el art. 43 de la ley 14.394 que exigía acreditar una relación de parentesco entre los cotitulares, con lo cual se amplía considerablemente el plexo de legitimados para acceder a la protección en respuesta a los reclamos de la doctrina⁴⁴.

Antes de la reforma, los tribunales debieron resolver varios casos sin lograr uniformidad. Unas voces se manifestaban en contra de que los convivientes condóminos pudiesen constituir el bien de familia; consideraban que la exclusión legal no era discriminatoria, porque los diferentes tipos de familia pueden ser regulados con distinto alcance sin que ello implique violar el principio de igualdad. Entendían que la interpretación exegética de la ley restringía la defensa de la vivienda a la familia matrimonial con un régimen jurídico integral, específico y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones familiares fácticas. Contra esta interpretación restrictiva se alzaron

⁴⁴ En el año la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registro de la propiedad inmueble declaró en el punto 3: “No es viable la afectación de un inmueble como bien de familia cuando los concubinos son copropietarios e instituyen como beneficiarios a ascendientes o descendientes extramatrimoniales por no reunirse en el caso los requisitos del art. 43 de la ley 14.394”. De lege ferenda se solicitó la revisión de la normativa sobre la materia. Para abundar, LLOVERAS, N. y SALOMON, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad Bs. As., 2009, p. 498. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Bien de Familia y Registro de la Propiedad Inmueble*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011-I, p. 15.

otras voces que postularon admitirla aunque la pareja no estuviera casada, siempre y cuando existiesen hijos a quienes designar como beneficiarios⁴⁵. En tal caso, el registrador no debía judicializar la petición, pues no estaba avanzando sobre la ley, sino que simplemente la interpretaba conforme los fines de la institución⁴⁶. No corría la misma suerte la situación de los convivientes sin hijos a los cuales designar beneficiarios.

2. Nuevos beneficiarios.

¿Qué requisitos debe reunir la convivencia para hacer posible la afectación? Si se trata de convivientes condóminos que afectan en forma conjunta la vivienda, no están obligados a acreditar su calidad de tales, pues el art. 245 CC y C no impone ningún requisito más allá de la voluntad coincidente de todos los cotitulares.

Un supuesto especial de afectación puede tener lugar, mediante resolución judicial, en el caso que la vivienda se atribuya por el juez para después del cese de la convivencia, tal como lo autoriza el art. 526 CC y C.

No se prevé expresamente que el pedido de afectación pueda formularse con posterioridad a la sentencia de divorcio o conclusión de la convivencia, pero nada lo impide, en tanto es un efecto derivado del cese de la unión, siempre y cuando la vivienda le hubiese sido atribuida al peticionante⁴⁷.

3. Alcances de la protección.

Al momento de concretarse la afectación, el o los constituyentes deben individualizar a los beneficiarios. El o los constituyentes pueden optar por designar algunos o todos los sujetos enunciados en el inciso a) del art. 246. Debe respetarse la autonomía personal del titular del dominio, quien valora las circunstancias que lo inducen a designar a uno u otro⁴⁸.

⁴⁵ Ver por ejemplo CCiv y Com Rosario Sala I 13/10/97 “Q. A R. A y ot.”; LL litoral 1998 – I – 552. CNCiv. Sala H, 28/05/10, LL 2010 F 450, CSJ Tucumán 12/04/2010, *RDF y P La Ley* año 2 N° 10, noviembre de 2010, p 129, con nota aprobatoria de GRISETTI, R. y GRISETTI, A.: *Bien de familia, Constitución por concubino a favor de los hijos menores*.

⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Ley 17801*, en ZANNONI, E. (DIR), KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., t 13, p. 114.

⁴⁷ FLAH, L y AGUILAR, R.: *Comentario art. 245 CC y C*, en LORENZETTI (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014 t 1, p. 820

⁴⁸ Conf. BOSSERT, G.: en BELLUSCIO (DIR), ZANNONI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, comentario al art. 36 de la ley 14.394 T 6, pp. 298- 299.

El Código Civil y Comercial incluye al conviviente del constituyente (art. 246 CC y C) dentro del listado de personas que pueden ser beneficiarias. De este modo supera definitivamente una cuestión que no tenía acogida favorable en la jurisprudencia⁴⁹. Para la designación del beneficiario, no exige que la unión convivencial haya sido inscripta.

El régimen legal tiene por objeto principal mantener el inmueble libre de la agresión patrimonial de los acreedores del titular registral posteriores a la afectación (art. 249 CC y C). Además de preservarla de la agresión de los acreedores del titular, la designación como beneficiario confiere la facultad de habitar el inmueble pero no significa que los beneficiarios tengan carácter de dueño o condómino; por eso, los acreedores del beneficiario no tienen derecho a embargar o ejecutar el bien ni sus partes indivisas, aunque sean anteriores a la afectación y, si se desafecta y enajena, no tienen participación en el producido de la venta.

La afectación acarrea otro efecto, cual es la indisponibilidad relativa de la vivienda. El art. 250 del CC y C exige la conformidad de ambos convivientes para la disposición o gravamen del inmueble, actos que afectan en forma directa o eventual la habitación familiar. El requisito debe cumplirse en todos los casos, sean o no condóminos constituyentes, hayan o no sido designados beneficiarios. Pero a diferencia de los otros efectos, para que opere el requisito del asentimiento, al igual que en el caso del art. 522 CC y C, la unión debe estar inscripta en el Registro local (registro de uniones convivenciales emplazado en el registro civil) en los términos del art. 511 CC y C. Aunque la registración de la unión está prevista solo con carácter probatorio, la publicidad que aquí se exige está direccionada a dar seguridad a los terceros que contratan con el titular del inmueble.

Si el constituyente solicita la desafectación, debe contar con el asentimiento del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, debe ser autorizado judicialmente (art. 255 CC y C).

En caso que la afectación se haya dispuesto por testamento, la desafectación pedida por la mayoría de los herederos también requiere la conformidad del conviviente inscripto (art. 255 inc. b). Debe entenderse que el requisito se exige si el conviviente habita la vivienda; de lo contrario, carecería de interés. La desafectación pedida a requerimiento de la mayoría de los condóminos, también exige la conformidad del conviviente registrado (conf. art. 255 CC y C), siempre que habite la vivienda.

⁴⁹ CNCiv Sala A 11/7/00; JA 2001-II-73. 1° Cám. Apel Civil y Comercial de Santa Fe, 24/08/09, MJ-JU-M-46435-AR | MJJ46435 | MJJ46435.

4. Efecto del cese de la unión sobre la afectación de la vivienda.

La unión convivencial es una situación eminentemente fáctica que se sostiene en un hecho: la vida en común.

El art. 523 CC y C enumera como causas del cese de la unión convivencial: (a) la muerte de uno de los convivientes; (b) la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; (c) el matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; (d) el matrimonio de los convivientes; (e) por mutuo acuerdo; (f) la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; (g) el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Dado que la ley no impone que el constituyente habite el inmueble, siendo suficiente que lo haga por lo menos uno de los beneficiarios (art. 247 CC y C), ¿qué efectos tiene el cese de la unión sobre la protección dada por la afectación?

Los supuestos posibles son, entre otros, los siguientes:

(i) Si se trata de un condominio entre convivientes, el posterior cese de la vida en común no afecta la protección dispensada a la vivienda, con independencia de quiénes hayan sido designados beneficiarios. En el supuesto de afectación parcial (art. 244 CC y C), dada la posibilidad de subrogación prevista en el art. 248 CC y C, como regla, la división del condominio no requerirá la desafectación previa.

(ii) Si el inmueble pertenece a uno solo, el cese de la unión no suprime en forma automática el carácter de beneficiario del otro.

El constituyente podría solicitar la cancelación registral de esa designación, pero si no lo hace, el conviviente que sigue viviendo en el inmueble con el consentimiento del titular o por decisión judicial, podrá invocar su calidad de beneficiario a los acreedores posteriores a la afectación que pretendan subastarlo en los mismos términos que podría hacerlo el constituyente.

Si la unión cesa por muerte del constituyente y el conviviente fue designado beneficiario, puede seguir ocupando la vivienda mientras se mantenga la afectación (art. 247 CC y C). La mayoría de los herederos o de los condóminos podrá pedir la desafectación, pero el conviviente beneficiario, si estuviese inscripto, podrá oponerse y el juez resolverá lo más conveniente (art. 255 CC y C).

VIII. OTRAS PROTECCIONES POR EL CESE DE LA UNIÓN (ART. 526 Y 527 CC Y C).

Otro mecanismo de protección previsto como consecuencia del cese de la unión es la atribución de uso de la vivienda familiar en beneficio de los más vulnerables del grupo familiar.

Es natural que las parejas depositen el resultado de los esfuerzos económicos realizados a lo largo de los años en la construcción o adquisición de un inmueble donde asentar su hogar, de modo que frente a la disgregación del grupo, todas las miradas recaen sobre quién quedará ocupándolo⁵⁰. Surgen, entonces, inevitables tensiones entre los derechos económicos de cada uno, y otros intereses en juego, muchas veces regidos por principios jurídicos diferentes o antagónicos⁵¹.

Al cese de la unión convivencial, uno de los miembros de la pareja desavenida puede solicitar el uso exclusivo de la vivienda familiar por un plazo determinado (máximo 2 años) (art. 526). Esta facultad también se encuentra disponible para el caso del matrimonio, aunque con una diferencia significativa, pues para cónyuges no rige el plazo legal. Para que proceda la atribución, el conviviente que la solicita debe acreditar:

(i) Que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad.

Puede tratarse de cuidado personal unilateral, o bien compartido con la modalidad indistinta (Art. 650, la residencia principal del hijo se fija en ese domicilio aunque ambos comparten las funciones derivadas de la responsabilidad parental). Si el cuidado personal es alternado, también podrá obtener su atribución si acredita la extrema dificultad o imposibilidad de procurarse vivienda.

En este caso, es posible que el plazo se extienda más allá del previsto en la norma, en tanto el juez debe ponderar la protección de la infancia, los deberes derivados de la responsabilidad parental (arts. 638, 641 CC y C) y las reglas de no discriminación de los hijos (art. 558 CC y C) sean matrimoniales o extramatrimoniales⁵².

⁵⁰ SALAZART BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 15.

⁵¹ Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*, cit. p. 226.

⁵² Antes de la reforma esta era la opinión de SOLARI, N.: *La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el artículo 1277 del Código Civil en Derecho de Familia. Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 29, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004, p. 111 y ss. En cambio se ha rechazado la aplicación analógica del art. 1277 2º

(ii) Que tiene extrema necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526 CC y C). La norma responde a las reglas de la solidaridad y responsabilidad familiar y a la protección del integrante más vulnerable del grupo familiar.

En este caso, el límite temporal funciona como un plazo razonable que le permite reacomodarse luego de la crisis familiar y buscar su propia forma de sustento, sea que el inmueble se encuentre en condominio o sea propiedad exclusiva del otro.

Si el conviviente que era titular del inmueble muere, el supérstite tiene un derecho real de habitación sobre la vivienda que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Se trata de un derecho gratuito que funciona a petición de parte, temporario, limitado a un plazo máximo de dos años (art. 527 CC y C). Se observa aquí otra importante diferencia con el régimen matrimonial, que confiere un derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383 C y C) de pleno derecho y vitalicio.

IX. PALABRAS DE CIERRE.

El nuevo código civil y comercial pretende ser “un puente entre el derecho que fue y el que exigirán las generaciones futuras”⁵³. Para algunos, la protección de la vivienda de la familia no matrimonial puede ser insuficiente; para otros, excesiva. El tiempo dirá si el régimen diseñado sirve para solucionar los problemas más significativos que se presentan o si, por el contrario, debe ser modificado. Por el momento, ciertamente, las nuevas formas familiares se subieron al escenario de la protección de la vivienda, lo que no es poco en pro de una sociedad más igualitaria.

ÍNDICE

párr. si *la concubina* habita el inmueble con su hijo menor, que no es hijo común (C 4° Civil y Comercial Córdoba; 7/12/10, Rev. Jus Santiago del Estero Copello Barone T 1-2001 p. 47).

⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Pautas para interpretar el código*, Prólogo al Código civil y comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente, Astrea, Bs.As., 2015.