

La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

Por

María Victoria Santangelo*

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho sobre la vivienda como derecho fundamental en el proyecto de Reforma. 3. Supuestos previstos por la legislación proyectada. a) Los actos de disposición de la vivienda familiar. b) La inejecutabilidad de la vivienda familiar. c) La atribución de la vivienda familiar. c.1) La atribución mediante pacto de convivencia. c.2) La atribución judicial de la vivienda c.3) El caso del inmueble arrendado. c.4) La cesación de la atribución. d) La vivienda frente a la muerte del conviviente. e) Las uniones convivenciales y el régimen de "vivienda familiar". 4. Conclusión.

1. Introducción

El proyecto de Código Civil toma a su cargo una gran deuda de nuestra legislación actual: la protección del derecho a la vivienda como derecho humano básico de todos los habitantes de nuestro país, sin importar la forma familiar que elijan para su plan de vida.

En el presente trabajo analizaremos cada una de las normas protectorias de la vivienda que el proyecto prevé respecto de las uniones convivenciales.

2. El derecho sobre la vivienda como derecho fundamental en el proyecto de Reforma

Se ha definido la vivienda como *"el lugar físico en que de modo permanente la familia desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que la familia concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa, localizado en la ciudad o en la zona rural, y que se destina a la vida familiar"*¹.

* Abogada de la UBA egresada con Diploma de Honor. Carrera docente en la UBA. Profesora Investigadora en UCES del proyecto en curso *"El discurso jurídico del incesto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*. Profesora Adjunta en UCES. Integrante del Tribunal Evaluador de trabajo de investigación final de alumnos de UCES. Ha realizado numerosas publicaciones referidas a la materia en revistas especializadas en Derecho de Familia.

¹ Lloveras, Nora, La protección constitucional de la vivienda familiar, *La Ley* 1993-E-812.

La protección constitucional de la misma implica *“la máxima tutela y jerarquía jurídica del medio físico que torna posible la continuidad de la familia”*².

El proyecto otorga al derecho a la vivienda un lugar primordial dentro de su articulado, como un derecho humano básico esencial en coincidencia con lo que establece la Constitución Nacional y los diferentes Tratados de Derechos Humanos³.

Ello responde, tal como se sostiene en los fundamentos del proyecto, a la constitucionalización del Derecho Privado.

En particular, la regulación de la protección de la vivienda en las uniones convivenciales hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes y la necesidad de un Código para una sociedad multicultural.

Ya hace varios años el más alto Tribunal de nuestro país sostuvo que *“la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio”*⁴.

Ha dicho con acierto recientemente la Suprema Corte de Buenos Aires que en vista a *“la construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75 inc. 22 de la Const. nac.) y en el art. 14 bis última parte de la Constitución nacional, el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptor este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica”*⁵.

² *Ibidem*, pág. 821.

³ Resulta importante entonces la adecuación de la normativa interna a las pautas que establecen el art. 14 bis de la Constitución Nacional, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el art. 5 inc. eiii), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas formas de Discriminación Racial, el art. 14 inc. h de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño.

⁴ CSJN, 8/3/1990, JA, 1990-II-379.

⁵ SCBA fallo C97295 21/03/2012, autos “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B3901803.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “*Marckx c/ Bélgica*”⁶ y “*Keegan c/ Ireland*”⁷ “*Kroon y otros c/ Países Bajos*”⁸ entre otros, precisó que la frase ‘vida familiar’ incluida en el art. 8 del Convenio de Roma, “no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio”⁹.

Ahora bien, el proyecto establece en su esencia los mismos institutos de protección de la vivienda para el caso de tratarse de una familia matrimonial o de las uniones convivenciales (registradas). Las diferencias se presentan algunas causales de procedencia, los plazos y el carácter.

La importancia de la protección de la vivienda familiar resulta tal, que se prevé en el art. 513 que para el caso que los convivientes realizaran un pacto de convivencia, no podrán dejar sin efecto la protección del art. 522.

Sostiene la doctrina que el fundamento de esta restricción reside en la protección del principio de solidaridad familiar, consecuencia directa de la responsabilidad en el ejercicio del derecho a formar una familia. Una vez establecidas las relaciones familiares, surge para sus miembros una cuota de responsabilidad y solidaridad familiar que impide desentenderse de ciertos aspectos básicos¹⁰.

Tal como dijera Famá y Gil Dominguez el derecho a la vivienda es parte del elenco de derechos que integran la regla de reconocimiento constitucional argentina y debe ser garantizado a todas las personas –más allá de la forma de vida por la que han optado–, como así también, a las diversas modalidades

⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 13/06/1979 Apartado 31. El texto en inglés o en francés puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57534>.

⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26/05/1994 Apartado 44. El texto en inglés o en francés puede consultarse en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57881>.

⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27/10/1994 Apartado 30. El texto en inglés o en francés puede consultarse <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57904>

⁹ El texto original en los decisorios citado dice: “*The Court recalls that the notion of the ‘family’ in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family’ ties where the parties are living together outside of marriage (see, inter alia, the Johnston and Others v. Ireland judgement of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, para. 55)*”. El Tribunal se ha expresado en el mismo sentido también en *Johnston y otros c. Irlanda* (18/12/1986) apartado 55, *X. Y. y Z. c. Reino Unido* (22/04/1997) apartado 36, *Elsholz c. Alemania* (13/07/2000) apartado 43, *Lebbink c. Países Bajos* (1/06/2004) apartado 36, *Merger y Cros c. Francia* (22.12.2004) apartado 44, entre otros.

¹⁰ Pellegrini, María Victoria, Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil, *JA -2012-II*, fascículo n° 12.

familiares que serán dignas de protección y promoción por parte del Estado. Una ley que pretenda regular las uniones convivenciales sin acoger este piso mínimo de protección niega las bases necesarias para el reconocimiento, garantía y concreción efectiva de la protección constitucional de la familia¹¹.

3. Supuestos previstos por la legislación proyectada

a) Los actos de disposición de la vivienda familiar

En el derecho comparado existen ejemplos de normas que han restringido el poder dispositivo de los convivientes.

Así, el art. 11 de la ley Catalana de Uniones Estables de Pareja establece que el conviviente titular de la vivienda común o de los muebles de uso ordinario no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que comprometa su uso sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial. El acto efectuado sin consentimiento o sin la autorización prescrita es anulable a instancia del otro conviviente en el plazo de cuatro años desde que tenga conocimiento de él o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. No procederá la anulación cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda común, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el que ha dispuesto de él responde de los perjuicios que cause, de acuerdo con la legislación aplicable.

También se mencionan entre ellos al art. 9º de la ley de Luxemburgo del 2004, el art. 14 de la ley Federal Suiza sobre Parterneriato Registrado de Personas del mismo sexo de 2004, y todas aquellas legislaciones que prevén la restricción a la disposición de la vivienda familiar en el caso del matrimonio y que por la equiparación legal de los efectos la aplican a las uniones convivenciales¹².

El artículo 522 del Proyecto de Reforma establece que si la unión convivencial ha sido inscrita, 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 fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

¹¹ Famá, María Victoria y Gil Domínguez, Andrés, El proyecto de ley de convivencia de parejas, *La Ley 11/10/2005*, pág. 2.

¹² Famá, María Victoria, Convivencia de parejas: Aportes para una futura legislación, *RDF 52-81*.

En primer lugar, cabe destacar que la norma resulta idéntica a la prevista para el caso que se trate de una familia matrimonial (art. 456).

Como innovación la protección no solamente se encuentra dirigida a los hijos menores o incapaces, sino que abarca los convivientes sin hijos¹³.

La doctrina ha ponderado que ambos artículos refieran a la disposición de los derechos "sobre el bien" incluyendo entonces a los supuestos de otorgamiento

¹³ El actual art. 1.277 que tutela el derecho de los hijos sobre la vivienda. Uniformemente se sostiene que este artículo no ampara el interés de los cónyuges sino el llamado "interés familiar", consistente en que los hijos menores de edad e incapaces tengan asegurado su derecho a la vivienda, se trate de hijos comunes del matrimonio o de hijos propios de uno de ellos, tanto de un matrimonio anterior como de una unión extramatrimonial Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 222 y ss., Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000, p. 295 y ss.; y de las mismas autoras: El derecho a la vivienda de los hijos menores en la familia ensamblada..., *RDF-13*, pp. 277 y 278; Famá, María Victoria, *Convivencia de parejas: Aportes para una futura legislación*, *RDF-52-80* y de la misma autora: Hogar, dulce hogar... Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja, *JA 2007-IV-1124*; Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi 1995 p. 184; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, T. I, p. 610; etc. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia propician la aplicación analógica del art. 1.277, para el caso que el titular no unido en matrimonio decida realizar actos de disposición del bien inmueble donde residan los hijos menores de edad o incapaces. Se ha dicho que limitar la aplicación de la norma a los hijos nacidos dentro del matrimonio implicaría una discriminación contraria a los arts. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 240 CCiv., en tanto establece la equiparación de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales. Bossert, Gustavo, *Alimentos del hijo menor: asignación de uso de un inmueble del alimentante*, *LL 1992-A-789*, Famá, María Victoria, *Convivencia de parejas: Aportes para una futura legislación*, ob. cit., pág. 80 y de la misma autora *Hogar, dulce hogar... Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja*, ob. cit.; Grosman, Cecilia P., *Atribución del hogar conyugal. Separación o divorcio*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Dirs.: Lagomarsino, Carlos A.R. y Salerno, Marcelo U., T. II, Buenos Aires, Universidad, 1994, pp. 458 y 459, Guaglianone, Aquiles, H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1975, p. 330, Iñigo, Delia B., *Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho*, *RDF-9-260*; y ¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el art. 1.277 CCiv. a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales, *RDF-15-240*, Solari, Néstor, *La vivienda y su protección a los hijos*. Su relación con el art. 1.277, CCiv., *RDF-29-111*, Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1975, p. 330, entre otros. Juzg. Civ. y Com. Zárate-Campana, n° 2, 30/12/1998C. 1° Civ. y Com., La Plata, Sala III, "Scalabrini, Guillermo F. v. Eschemberg, Marta C. s/división de condominio", 4/02/1997, *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, julio de 1997, p. 27, Juzg. Nac. Civ., n° 33 15/03/2005 M., G.F. v. S., C.M. Lexis, n° 35001405, C. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala 2°, 7/08/2003, Alegroni, Juan J.C. v. Jagoe, Haydée G. s/división de condominio Lexis n° 14/89524, CNCiv, Sala I, 26/4/05, "A., G.H. c. S., L.M. s/división de condominio", Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial -25/07/2005- R., P.A. c. S. de G., M.D. y su acumulado *La Ley Litoral 2005*-Noviembre 1050, C. Nac. Civ., Sala K 16/10/2003, "Cersósimo Guillermo Juan c/ Martínez Bedini, Adriana s/ división de condominio", Expte. 111.237/01 inédito. C. Nac. Civ., Sala K, 31/5/2006, "V.S. v. A.N. del V. s/división de condominio", *LL 2006-E-15*. En el mismo sentido Cám. Nac. Civ., Sala F, 7/04/2004, Cám. Nac. Civ., Sala I, 29/03/2005.

de uso, usufructo, locación, comodato, cesión de herencia que incluya el inmueble, legados, entre otros¹⁴.

La protección incluye a los bienes muebles de la vivienda. Así se ha dicho que la incorporación se funda en la inquietud permanente de la doctrina autoral al respecto, la cual es prácticamente en forma unánime. La modificación normativa guarda armonía con la mayoría de las legislaciones extranjeras como el art. 215 del Código Civil francés y el art. 1.320 del Código Civil español¹⁵.

Debe destacarse que el art. 522 del proyecto comienza con la frase: "*si la unión convivencial ha sido inscrita*", la cual generó comentarios discrepantes.

Se ha dicho que la exigencia de la registración se debe a que al implicar derechos de terceros, resulta imprescindible asegurar a ellos el pleno conocimiento de la existencia de la unión convivencial¹⁶.

Algunos autores destacan la contradicción existente entre el requisito de la inscripción de la unión y el carácter de probatorio que la ley otorga a dicho acto¹⁷. Al respecto se cuestiona si debe tratarse de la inscripción en el Registro a crearse o bien la inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmueble respecto de cada bien.

Para Givanetti y Roveda la inscripción debe realizarse ineludiblemente ante el registro de la propiedad inmueble, ello así porque desde ella se podrán irradiar con eficacia los efectos de la unión convivencial¹⁸. Este requisito lo exigen también aquellas legislaciones que extienden los efectos del matrimonio a las uniones estables como el art. 42 del Código de Familia de Costa Rica, el art. 46 del Código de Familia de El Salvador, los arts. 45 y 50 del Código de Familia de Honduras y los arts. 53, 105 y 165 del Código de Familia de Panamá.

La cuestión resulta ardua y plantea puntos de contacto con lo que acontece actualmente con el art. 1.277 *in fine* en los supuestos del bien propio de uno

¹⁴ Levy, Lea, La vivienda familiar en el Anteproyecto de Código Civil, *SJA-2012/06/20-36; JA-2012-II-39*.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 39.

¹⁶ Pellegrini, María Victoria, *ob. cit.*, pág. 6.

¹⁷ Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, *elDial DC188A*, y Sojo, Agustín, Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales, *elDial DC188F*.

¹⁸ Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, *elDial DC188A*, Sup. Esp. Julio de 5/6/2012.

de los cónyuges que resulte sede del hogar conyugal cuando allí residen hijos menores o incapaces.

Por un lado, la idea de la registración del carácter de vivienda familiar ya ha sido descartada en nuestro país en aplicación de la norma vigente mencionada supra, donde en los casos concretos simplemente se exige la declaración del titular. Tal como se ha mencionado esta declaración permite la inscripción registral pero no evita una futura acción de nulidad, lo cual supone que el tercero para invocar su buena fe debe verificar el estado de ocupación¹⁹. Cuestión por cierto que en la práctica no sucede ni con los compradores ni con el funcionario público que interviene.

Sin perjuicio de lo expuesto y teniendo en cuenta la fórmula del artículo, creemos que solamente se requiere la inscripción de la unión en el Registro que cree conforme art. 512 del proyecto.

Resulta interesante preguntarse para el caso que en el acto intervenga el escribano público si éste debería constatar si el transmitente se encuentra en una unión inscripta o no. Como el enajenante declarará que su estado civil o de familia es soltero, se genera la duda si el escribano debería indagar particularmente respecto de la unión convivencial registrada, aun cuando el art. 305 no lo establezca expresamente ya que se refiere al "estado de familia" pero en cuanto a la importancia de sus datos de individualización²⁰.

El problema de la unión convivencial, la cuestión del "estado civil o de familia" y su impacto en los temas registrales ha sido motivo de discusión en el derecho brasilero donde se considera que la unión estable (así denominada en ese país) no configura un estado civil y quien así vive no se encuentra obligado a identificarse como tal. Sin embargo, la falta de su identificación personal puede llevar a otros a errar o generar perjuicios al conviviente o terceros²¹.

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, ob. cit., pág. 206.

²⁰ Aun cuando la doctrina notarial sostenga que XXI Jornada Notarial Argentina, realizada en la ciudad de Rosario entre el 17 y el 19 de octubre de 1991, concluyó sobre el tema, entre otros aspectos, que "La fe de conocimiento sólo se refiere a la identidad de las personas y no a sus circunstancias" y "La fe de conocimiento no se extiende al estado civil de los otorgantes, y por consiguiente todo cuanto con ese estado se relaciona debe considerarse como declarado por los comparecientes, aunque ella no se diga expresamente en la escritura"; "Algunas precisiones en temas notariales", en Rev. del Not. N° 756, año 1977, p. 1765; Elvira Martha Yorio: "Extensión y límites de la fe de conocimiento y el artículo 1.277 del Código Civil", en Rev. Notarial N° 836, año 1978, pág. 82. "Datos filiatorios denunciados por las partes en las escrituras: innecesidad de documentación respaldatoria del estado civil". En Revista del Notariado Buenos Aires: Colegio de Escribanos, octubre-diciembre 1996 p. 751-752, Año 99, n° 847.

²¹ Dias, María Berenice, Manual de Direito das Famílias 8ª edição revista e atualizada, 2011 pág. 174. En Brasil la cuestión resulta más difícil puesto que los bienes adquiridos durante la unión estable///

En nuestro país quizás la acreditación que una persona no se encuentra unida en convivencia podrá resultar de las constancias que expida el Registro que se crea a tal efecto quien mediante el número de documento o búsqueda podrá informar si existe o no unión registrada.

A continuación, la norma proyectada mantiene la posibilidad que el juez pueda autorizar la disposición del bien, si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

En ese sentido, consideramos que resultarán aplicables los principios establecidos por los arts. 458 y la autorización podrá ser otorgada en el caso que el conviviente esté ausente, sea una persona incapaz o con capacidad restringida, o esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia.

Además, estimamos que debe entenderse, tal como acontece en el matrimonio, que el acto otorgado con autorización judicial será oponible al conviviente sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no derivará ninguna obligación personal a su cargo.

Como se prevé para el matrimonio, la sanción para el acto celebrado sin el asentimiento resulta la nulidad.

La norma establece un plazo de caducidad para la acción, siguiendo el criterio que se había previsto para el caso de los cónyuges en el proyecto de reformas al Código Civil (Decreto n° 468/92) y en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 1998 (Decreto n° 685/95) en su art. 448. y que ahora también se contempla para el matrimonio (art. 456).

Para que la anulación sea procedente deben cumplirse tres extremos: a) que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento; b) que ella sea interpuesta dentro del plazo de caducidad de 6 meses contados desde que se conoció el acto de disposición; y c) que al momento de invocarse la nulidad la convivencia no se haya interrumpido²².

///no son de propiedad exclusiva del adquirente, estableciéndose un condominio entre los convivientes. Se presentó un proyecto de ley en el año 2003 que proponía la creación del estado civil de conviviente, lo cual es propiciado por la autora citada. Algunas entidades bancarias en Brasil exigen que sus clientes firmen una declaración jurada con dos testigos afirmando que no se encuentran sujetos a una unión estable bajo consecuencia de incurrir en el delito previsto por el Código Penal Brasileiro del art. 299. (ver <http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/dinev/dwn/naouniao.pdf>).

²² Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit.

Consideramos que hubiera sido conveniente que la normativa prevea que la nulidad pueda ser planteada dentro de los seis meses desde que se conoció el acto de disposición o bien dentro de los seis meses de finalizada la convivencia.

Por hipótesis, si el conviviente tomara conocimiento que su pareja realizó cualquiera de los actos de disposición que requieran su asentimiento, debería forzosamente continuar conviviendo para poder demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses, para no ver perdido su derecho.

Otro tanto sucedería en el caso que el titular abandone la convivencia y poco tiempo después enajene el bien. Quien continúa ocupando el inmueble se vería privado de ejercer la acción de nulidad puesto que su derecho caducó.

La limitación en el ejercicio de la acción de nulidad y por tanto, la sanción hace que –a nuestro entender– la protección prevista por el art. 522 funcione mientras la unión perdure cesada la convivencia deberá ocurrirse por la vía de la atribución de uso de la vivienda familiar, solicitándola al juez con alguna de las modalidades previstas por el art. 526.

Sin perjuicio de lo cual, si existen derechos de terceros en juego la atribución de uso que realice el juez les será inoponible salvo que la inscripción de ésta sea previa al acto de disposición efectuado por el titular.

b) La inejecutabilidad de la vivienda familiar

La posibilidad que la vivienda familiar sea ejecutada por deudas personales de su titular ha sido un punto que siempre ha sido abordado en los proyectos de reforma del Código Civil.

El proyecto de modificación del Código Civil del año 1992 (Decreto n° 468/92) en su art. 506 preveía la inembargabilidad de la vivienda familiar por deudas de un cónyuge contraídas luego del matrimonio.

Por su parte el Proyecto de Código Civil de 1998 (Decreto n° 685/95) con criterio atinado reemplazó el vocablo “inembargabilidad” por “inejecutabilidad” al sostener en su art. 448 que “la vivienda común no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del matrimonio, salvo que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Ya en aquel momento se hablaba de vivienda común sin referenciar exclusivamente al “hogar conyugal”.

La incorporación de dicha norma fue juzgada como una solución francamente protectoria del interés familiar puesto que el art. 1.277 no logra proteger a la familia de las deudas contraídas por uno de los esposos²³.

Manteniendo el mismo espíritu de protección de los proyectos anteriores y aplicándolo a las diferentes formas familiares el art. 522 *in fine* establece que: La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La normativa que se analiza, opera independientemente de lo dispuesto en el capítulo de Vivienda Familiar establecida por los arts. 244 al 256 del Proyecto y; registrada la unión convivencial opera de pleno derecho.

Esta disposición que ha generado sus críticas²⁴, importa una actitud activa por parte del Estado en la protección de la vivienda familiar quien toma para sí el amparo de este derecho a partir del momento en que los convivientes deciden inscribir su unión.

La excepción a la inejecutabilidad estará dada por el hecho que la deuda sea contraída por ambos convivientes o que haya sido contraída por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Finalmente quedará en la debida diligencia del acreedor comprobar que el deudor no se encuentra en una unión convivencial registrada, lo que seguramente podrá efectuarse en el registro correspondiente o bien incluir dentro de las cláusulas el asentimiento del conviviente.

Resta preguntarse si la vivienda familiar podrá ser ejecutada respecto de las obligaciones por las cuales los convivientes responden solidariamente aun cuando sean contraídas por uno solo de ellos (arts. 461 y 521) aquellas necesarias para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

23 Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil (Decreto n° 468/92), JA-1993-IV-856 y Somer, Marcela P., La tutela jurídica de la vivienda familiar en el régimen patrimonial del matrimonio, JA-2001-IV fascículo 6 7/11/2001 pág. 31; Loyarte, Dolores, Cesión de contrato y asentimiento conyugal, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2008-1*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pág. 153.

24 Graciela Medina sostiene que la disposición es extremadamente riesgosa para el tráfico jurídico porque la unión convivencial es una cuestión fáctica y normalmente el inmueble es la única garantía que tienen los acreedores quienes pueden ignorar la relación de convivencia de su deudor. Aunque el peligro se ve relativizado porque la unión convivencial debe ser registrada para que cause efectos. <http://www.graciela.medina.com/las-grandes-reformas-al-derecho-de-familia-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-201/>

Creemos que si las deudas son consideradas comunes, la ejecutabilidad se impone por tratarse de deudas comunes de los convivientes, teniendo en cuenta que el fin de la norma siempre ha sido proteger la vivienda frente a las deudas personales de uno de los convivientes.

c. La atribución de la vivienda familiar

En la legislación actual no existe norma que establezca expresamente la posibilidad de atribuir la vivienda al conviviente luego de la ruptura de la pareja. La jurisprudencia ha sido vacilante en cuanto a la aplicación del art. 231 del Cód. Civ.²⁵.

Por el contrario se ha declarado procedente la acción de desalojo contra el conviviente²⁶, aun cuando se debata el carácter en que ocupa el inmueble²⁷.

La cuestión parece ser más discutida cuando se pretende el desalojo del ex conviviente del inmueble donde también residen los hijos de la pareja.

²⁵ "Tratándose de un concubinato, es inadmisibile la medida precautoria de atribución del hogar conyugal [art. 231 CCiv.]" C. Nac. Civ., Sala B, 29/12/1992, "P., A. v. P., H.J.", JA-1993-III-395. En sentido contrario se resolvió que "La medida de exclusión del hogar conyugal entre personas unidas de hecho se concede en función de las necesidades de sus integrantes, esto es, del núcleo familiar, incluyéndose al conviviente dentro de ese núcleo, lo esencial y elemental es la relación de hecho no fundado en derecho alguno pero donde existe una base dada por el acto necesitado de uno de sus integrantes, siendo el fundamento en la exclusión de la vivienda concubinaria el acto necesitado en esa relación de hecho atribuible a uno de los convivientes, y respecto de la morada ocupada en común", Trib. Col. Familia Rosario, n° 5, 19/04/1996, "G., F. v. G., H.", JA-2000-II, síntesis y C. Civ. y Com. Salta, Sala 3° 01/06/2010 M., A.E. v. A., M.G. Lexis n° 70062155.

Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A 15/12/2009, "V., R.O. c. R., A.C." La Ley On line y RDF-2010-III-177.

²⁶ Se ha considerado que no obstante no ser intruso, comodatario ni tenedor, el concubino no propietario puede ser desalojado, ya que la amplitud de la fórmula utilizada por las disposiciones procesales que regulan el procedimiento de desalojo permite encuadrar como sujeto pasivo de la acción al concubino cuando se refiere a cualquier otro ocupante cuya obligación de restituir o entregar sea exigible (Sup. Corte Bs. As., Ac. 87513, "J., A.M. v. A., J.B.", del 3/11/2004).

²⁷ Alguna jurisprudencia ya superada consideró al concubino intruso del bien (Sup. Corte Buenos Aires, "Ragognetti, Juan A. v. Mármol, María Teresa Sasso de", del 2/05/1955, JA 1955-III-361); C. 1° Civ. y Com. La Plata, Sala 1° "Janchuk, Sergio v. Kosak, Alicia Nesteruk", de 16/04/1963 JA 1963-IV-138; C. Nac. Paz, Sala 6°, "Tshenett, Alfonso, suc. v. Koller de Scheffler, Susana", de 17/11/1969 LL 140-124. Otros autores lo caracterizan como un ocupante precario (C. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala 3°, causa B. 69144, "J. de S., L.C. y otro v. G., M.V. y demás ocupantes", del 15/5/1990 JUBA sumario B350363 y C. Civ. y Com. Dolores, causa 85.556, "Suc. Jofré, A.L. v. Díaz, V." del 6/12/2007 B951117). Azpiri, por su parte considera que reviste carácter de tenedor (Azpiri, Jorge O., "Uniones de hecho", Buenos Aires, Hammurabi. p. 123 y ss.). La Suprema Corte de Buenos Aires descarta la existencia de comodato porque no se efectivizó la entrega de la cosa (Sup. Corte Buenos Aires, Ac. 43.952, "Guevara, T. v. Puig, H.", del 5/06/1990, LL-1990-D-94) [En el mismo sentido C. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1°, causa 94.0438, "Silvero, R. s/ suc. y otra v. Camejo, I.", del 29/09/1994 JUBA B854051]. Contrariamente, se ha dicho que el uso gratuito del bien posibilitado por el propietario a su concubina debe ser calificado como de comodato (C. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala 3°, causa 86.534, "Alegre, F. C. A. v. Paulenko, M. B.", del 28/08/1997 JUBA B352615)].

Se ha dicho que el titular no puede reclamar el desalojo, ya que no puede privar de vivienda a los hijos a los que debe alimentos, por lo que resulta aplicable el art. 265, CCiv²⁸.

Pero frente a un titular de la vivienda familiar que resulta un tercero, no existe protección alguna ni para el conviviente ni para los hijos²⁹.

El proyecto toma este vacío legislativo otorgando varias soluciones al respecto.

c.1) La atribución mediante pacto de convivencia

El artículo 514 establece que los pactos de convivencia pueden regular la atribución del hogar común, en caso de ruptura; lo cual implica la posibilidad que las partes en un acto de autonomía de la voluntad decidan al respecto.

Esta facultad comprende también la posibilidad de fijar un canon locativo de acuerdo a la titularidad del bien o someterlo a un régimen de indivisión por tiempo determinado.

En cuanto a su oponibilidad a terceros, consideramos que debe seguirse la regla que fija el art. 517 al requerir la necesidad de su inscripción en el Registro establecido en el art. 511, como así también en el Registro de la Propiedad Inmueble local lo cual demandará la suscripción de la escritura pública correspondiente.

Algunos autores han propiciado que debería dictarse una legislación especial que los que permita que pactos con relación a los bienes se inscriban en el Registro mediante un trámite administrativo, de forma similar a la inscripción como bien de familia³⁰.

c.2) La atribución judicial de la vivienda

A falta de pacto entre los convivientes el art. 526 establece la posibilidad que el juez atribuya el uso de la vivienda familiar.

²⁸ C. Civ. y Com. San Nicolás, Sala 1°, causa 7.815, "M., R.K. v. A., J.L.", del 26/12/2006.

²⁹ Vale recordar el fallo comentado en la nota 18 y la sentencia de sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora (Buenos Aires) en fecha 08/06/2010 en la Causa n° 67.321, "D.G., M.E. c/P., M. s/desalojo" que admitió la demanda interpuesta por el titular del bien inmueble con la Sr. PM y su hija. El titular era el tío de la menor y hermano de la ex pareja de la demanda.

³⁰ Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit.

Las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por el juez son enumeradas en el articulado: a) quien tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o b) quien acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El supuesto previsto en el punto a) de la norma responde a las pautas establecidas por el art. 3° de la Ley 26.061³¹ en lo atinente al respeto al centro de vida del niño, niña y adolescente y las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia imperante en cuanto al derecho de niño, niña y adolescente a permanecer en la vivienda³².

Las pautas de atribución resultan similares a las dispuestas por el art. 96 del Código Civil español para el caso de los cónyuges³³.

También se destaca principalmente la reforma en el derecho italiano del año 2006 por la cual modificó el art. 155 *quater* del Código Civil que estableció la asignación de la vivienda familiar para el caso de la ruptura de las uniones convivenciales.

La doctrina italiana ha dicho que el criterio al que se sujeta la elección en orden a la asignación no es, por lo tanto, más que aquél, según el cual la casa debe ser asignada al cónyuge que tiene la custodia, sino un criterio que tiene en cuenta el "*interés de los hijos*"³⁴.

³¹ La ley define el centro de vida como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

³² "Dado que el entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social, y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado" (C. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2°, 9/06/2005, "G. L.E. v. C.M.", LLBA-2006-1021). En el mismo sentido se pronunció la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew citado en la nota 18.

³³ El art. establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

³⁴ Troiano, Stefano, La asignación de la casa familiar en caso de separación o divorcio: la normativa vigente en Italia y su reciente reforma (Legge 8 de febrero de 2006, n° 50), *Revista Jurídica de UCES*, n° 10, Primavera 2006, Buenos Aires, pag. 95.

Giovanetti y Roveda cuestionan el hecho que no se especifique si los hijos a los que se refiere la norma deben ser comunes o pueden ser de uno solo de los integrantes de la pareja³⁵ concluyendo que la atribución podría otorgarse en ambos casos, opinión con la que concordamos. Máxime si se tiene en cuenta que el proyecto prevé la obligación alimentaria respecto del hijo del conviviente, aun cuando esta tenga carácter subsidiario.

A diferencia de lo que acontece en el caso del matrimonio, la atribución judicial de la vivienda familiar tiene un plazo máximo establecido por la ley.

El plazo de uso de la vivienda no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, con un plazo máximo de dos años.

Para Roveda, a modo de ejemplo, si la unión duró un año, la atribución se limitará a ese plazo; en cambio si la unión duró veinte años, el uso de la vivienda familiar será atribuido a uno de los ex convivientes por un plazo de dos años³⁶.

María Victoria Pellegrini sostiene que en ningún supuesto la atribución podrá ser mayor a dos años, cualquiera sea el tiempo que hubiera durado la unión convivencial³⁷.

Sin perjuicio de la claridad expositiva de la autora mencionada al explicar el régimen proyectado, se genera un interrogante respecto del supuesto a) del art. 526 y como ese *"estar a cargo de los hijos menores o con capacidad restringida"* se vincula con los derechos de estos últimos.

Queda claro que la atribución de uso corresponde al conviviente y no a los hijos, pero si sus derechos son los que inciden en el otorgamiento del mismo: ¿no resulta el plazo máximo de dos años exiguo en la protección de los hijos menores o con capacidad restringida que residen en la vivienda?

En ese sentido, consideramos que la nueva normativa no podría ser restrictiva de los derechos de los hijos, ni tampoco puede el plazo perjudicar sus derechos o colocarlos en una situación de desigualdad respecto de los hijos matrimoniales.

³⁵ Giovanetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit.

³⁶ Giovanetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit.

³⁷ Pellegrini, María Victoria, ob. cit., pág. 7.

La norma prevé la posibilidad que a pedido de parte, el juez fije una renta compensatoria a favor de aquel a quien no se le atribuye la vivienda. Se ha criticado que la disposición no establece las pautas para la fijación de la renta compensatoria³⁸.

No concordamos con la crítica expresada. Teniendo en cuenta la variada cantidad de circunstancia de hecho que puedan presentarse consideramos prudente que el legislador haya dejado en manos del juzgador los criterios para establecerlo en libertad y sin ceñirlo a fórmulas prefijadas.

También se faculta al juez, a pedido de parte, a ordenar que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos convivientes o que el inmueble en condómino no sea partido ni liquidado.

Las diferentes posibilidades que la norma establece parecen subsumir las soluciones jurisprudenciales que vienen otorgándose para la protección de la vivienda familiar en los casos de ruptura de las uniones convivenciales en los últimos años.

Respecto de la naturaleza del derecho de uso atribuido entendemos que se renovará la discusión que existiera respecto del mismo derecho en el caso de los cónyuges, entendiendo como lo hace la doctrina y jurisprudencia española respecto del art. 96 que no se trata de un derecho real³⁹.

Una cuestión sensible en el derecho nacional y en el derecho comparado resulta la circunstancia de la oponibilidad a terceros y la registración de la atribución de la vivienda⁴⁰.

La norma establece claramente que la resolución del juez será oponible a terceros a partir de su inscripción registral, solucionando entonces la controversia actual al respecto.

³⁸ Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit.

³⁹ En el Derecho Italiano se planteó la discusión entre quienes por un lado sostenían la tesis de que se trataba de un derecho real de habitación regulado en el art. 1.022 c.c.) y por otro lado, la tesis de quien, en cambio, subrayaba la naturaleza personal del derecho de disfrute, asimilable, por algunos, a aquellos que derivan de un contrato de locación o comodato o, según otros, atípico (Troiano, Stefano, ob. cit., pág. 108 y 109). Otro tanto ocurrió en el Derecho Español, donde se han expuesto las tesis más variadas (ver Kemelmajer de Carlucci, *Protección de la vivienda familiar*, ob. cit., pág. 294).

⁴⁰ En el Derecho Italiano el art. 155 *quater* establece que la asignación de la vivienda familiar se inscribe y es oponible a terceros. La inscripción de la atribución de la vivienda familiar en el derecho español fue resuelta por un fallo del Tribunal Superior en el año 1992 (ver Kemelmajer de Carlucci, *Protección de la vivienda familiar*, ob. cit., pág. 294).

Ahora bien, la norma podría generar duda respecto de si alcanza a todos los terceros o solamente a algunos de ellos.

Resulta claro que dentro de los terceros se comprende al adquirente posterior a la inscripción de la atribución.

Sin embargo, la cuestión no termina allí. Las hipótesis que pueden plantearse resultan variadas y las respuestas podrían no ser unívocas. Así, los terceros podrían ser acreedores del conviviente titular o del conviviente a quien se le atribuye el uso, el titular del inmueble cuando este sea un tercero en virtud de un contrato de comodato con alguno de los convivientes, que se trate de acreedores de fecha anterior a la inscripción de la sentencia de atribución o del pacto o de acreedores posteriores a ella.

Quizás resultaría demasiado exigir que el proyecto prevea una solución para las múltiples hipótesis y seguro será la jurisprudencia quien delimitará el alcance de la oponibilidad, a pesar de existir en el derecho comparado algunas normas que delimitan la cuestión⁴¹.

Si se trata de acreedores de una deuda contraída durante la unión convivencial estimamos que la vivienda no responderá por las deudas en virtud de la inejecutabilidad establecida por el art. 522 debido que el acreedor sabía y conocida que dicho bien no formaba parte de su prenda común.

c.3) El caso del inmueble arrendado

El proyecto contempla la atribución de la vivienda familiar en el caso que el inmueble sea arrendado.

En la actualidad el art. 9° de la Ley 23.091 sobre locaciones urbanas establece la continuación de la locación hasta el vencimiento contractual "*por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar*".

Luego de cierta controversia jurisprudencial ya superada, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en sostener que la regulación mencionada supra resulta aplicable a las uniones convivenciales.

Siguiendo la misma línea el art. 526 establece que el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato,

⁴¹ La Ley Inglesa (*Matrimonial Homes Act*, 1967: el derecho de habitar surgido de una decisión judicial, *debidamente inscripto*, es oponible a los terceros adquirentes y acreedores hipotecarios. Respuesta legislativa al leading case *National Provincial Bank c/ Ainsworth*, de 1965).

mantiéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Por lo tanto, la vinculación contractual es la que regirá la permanencia del conviviente no locatario en el inmueble.

c.4) La cesación de la atribución

Las causales de cesación de la atribución son las previstas por el art. 445: cumplimiento del plazo, modificación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, o que el beneficiado incurra en alguna de las causales de indignidad.

Tal como ocurre en la actualidad con la atribución prevista por el art. 211 la medida tienen validez *rebus sic stantibus* y la resolución se caracterizará por no reunir las características de la cosa juzgada⁴².

Consideramos aplicable lo dicho al respecto en el sentido que las modificaciones deberán ser valoradas suficientemente por el juez y, en principio, deberán ser sustanciales, con evidentes signos de permanencia y sobre las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por el juez o que influyeron esencial y decisivamente en su contenido⁴³.

d) La vivienda frente a la muerte del conviviente

No existen en nuestro ordenamiento jurídico norma que proteja el derecho a la vivienda del conviviente frente a la muerte de la pareja, cuando éste último fuera titular del inmueble.

La jurisprudencia ha negado sistemáticamente la aplicación del art. 3.573 bis al conviviente *supérstite*⁴⁴.

El proyecto prevé el caso de atribución de la vivienda en caso de muerte de uno los miembros de la unión en el art. 527.

La protección funcionará cuando el conviviente *supérstite* carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, que se

⁴² Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., pág. 284.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ C. Civ. y Com. de San Isidro Sala I, 26/5/1998, JA-1999-II-384, C. Nac. Civ., Sala H, 27/06/2002, "G.A.C. v. A., E.E. y otro", LL 2002-F-530.

trate de un inmueble de propiedad del causante en su totalidad –sin que exista condominio con otras personas⁴⁵– y que haya sido la última sede del hogar familiar.

Se ha mencionado que este derecho se adquiere ipso iure, sin necesidad de petición judicial conforme el art. 1.894 del proyecto que establece que el derecho se adquiere por el mero efecto de la ley⁴⁶.

Consideramos que no debe confundirse que el derecho sea conferido *ministerio legis*, con que opere *ipso iure*. En la actualidad el derecho real de habitación del cónyuge *supérstite* es concedido misterio *legis* pero debe ser invocado, no opera de pleno derecho⁴⁷.

Para la publicidad y su correspondiente oponibilidad frente a los herederos y otros terceros resultará necesaria su invocación.

La invocación que la norma establece puede darse mediante presentación en el juicio sucesorio o bien como defensa frente a la solicitud de los herederos de desalojo del inmueble ya sea por la adjudicación del mismo a alguno de ellos o su enajenación.

Consideramos que a pesar que el proyecto en su art. 1.894 establece que la protección se adquiere de pleno derecho, la necesidad de su invocación expresa nace de la circunstancia de tratarse de un derecho que depende de circunstancias fácticas susceptibles de ser discutidas. En efecto, si el conviviente guarda silencio, la invocación tardía de su derecho –no declarado ni registrado– no puede oponerse ante el comprador en pública subasta⁴⁸.

⁴⁵ Resultan aplicables las palabras de Zannoni quien sostiene que caso contrario, se estaría incorporando a ese tercero a una relación jurídica de la que es extraño (conf. Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones*, 4º ed. actualizada y ampliada, T. 1, Buenos Aires, Astrea, p. 655 y ss.).

⁴⁶ Giovannetti, Patricia S. y Roveda, Eduardo G., ob. cit. En ese mismo sentido se pronunció la jurisprudencia respecto del derecho real de habitación del cónyuge *supérstite*: Cám. Civ. y Com. San Martín, Sala 2º, 2–10–2000, J.A. 2001–III–795, CC0001, LZ 55493, RSD–265–3, S 12–8–2003. “Khedayan, Jamile c/ Jáuregui de López, Nilda Inés s/ Incidente fijación de canon locativo”, LLBA 2004, 309, C. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala 1º 02/06/2009, Ruczaj, Basilio y Samojłowicz, María s/ Sucesión Ab–Intestato, Lexis n° 14/155543.

⁴⁷ Maffía, Jorge O., Tratado de Derecho de las Sucesiones, Actualizada por Hernández, Lidia B. y Ugarte, Luis A. 2º ed., T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pág. 733, Zannoni, Eduardo A. *Derecho de las Sucesiones*, 5º ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 684; CN Civ., Sala B 10/12/80 LL 1981–B–213.

⁴⁸ En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia respecto del cónyuge (CNCiv., Sala K, 23/06/1995, LL 1996–C, p. 2).

El real derecho conferido es gratuito pero, a diferencia del matrimonio, se encuentra sujeto a un plazo máximo de dos años.

Ello en consonancia con la legislación comparada que reconoce este derecho sujetándolo a un tiempo determinado⁴⁹.

Tal como se ha dicho desde la doctrina y la jurisprudencia respecto del derecho real de habitación del cónyuge *supérstite*, este derecho es inoponible a los acreedores del causante⁵⁰.

Resta preguntarse si frente a otros terceros a quienes les resulta oponible el derecho, la sola invocación les será suficiente o deberá procederse a la inscripción registral del mismo⁵¹.

En el caso de los herederos y los legatarios la cuestión parece resuelta con la invocación en el expediente sucesorio. No parece tan clara respecto de otros terceros como por ejemplo los acreedores del heredero para quienes resultaría necesaria la inscripción registral posterior a la partición.

El artículo establece que el derecho real se extingue si el conviviente *supérstite* constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

e) Las uniones convivenciales y el régimen de "vivienda familiar".

El régimen de bien de familia de la ley 14.394 no contempla la posibilidad de la afectación del bien inmueble cuando el titular pretenda constituirlo beneficiando a su pareja conviviente. Tampoco lo permite en el caso que se trate de condominios quienes conforman una unión convivencial y pretenden someter el inmueble a dicho régimen.

El obstáculo principal se encuentra en el art. 36 de dicha ley que define la familia como aquella constituida por el titular, su cónyuge, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado que convivan con el titular.

⁴⁹ El PACS de Solidaridad Francés, las legislaciones autonómicas de Cataluña, País Vasco y Aragón estipulan un plazo máximo de un año mientras que la ley portuguesa de 2001 lo sujeta a un tope de dos años (Famá, María Victoria Aportes, ob. cit., pág. 87).

⁵⁰ Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho de las Sucesiones. Actualizado por Delfina M. Borda, 9ª ed., T. I, 2008, pág. 446. Zannoni, Eduardo A., ob. cit., pág. 687.

⁵¹ En la actualidad la doctrina y la jurisprudencia unánimemente exigen la inscripción para su oponibilidad (conforme Maffia, Jorge O., *Tratado de Derecho de las Sucesiones*, pág. 736 (ver doctrina citada en nota 110). Zannoni, ob. cit., pág. 687.

Tanto la jurisprudencia nacional⁵² como la provincial⁵³ han negado la posibilidad de la afectación, aun en aquellos casos donde se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma.

Desde la doctrina se han planteado posiciones divergentes. Existen quienes niegan la posibilidad al conviviente de afectar el bien al régimen mencionado por no contemplarse su situación en la normativa y no poseer el estado de cónyuge⁵⁴.

Contrariamente existen quienes afirman que una interpretación del art. 36 en base a la normativa constitucional debe posibilitar la afectación del inmueble en el caso de las uniones convivenciales.⁵⁵

Con algún criterio más flexible, se ha pronunciado la jurisprudencia en los casos en que la constitución del bien de familia se solicita en los casos de uniones convencionales con hijos comunes, permitiendo su incorporación al régimen previsto por la Ley 14.394⁵⁶.

El proyecto soluciona esta conflictiva desde el ámbito del régimen establecido en el capítulo 3, del Título III, del Libro I (arts. 244 a 256) denominado "Vivienda familiar".

Las disposiciones son claras en el sentido que la vivienda familiar puede ser sometida al régimen previsto para el caso que se trate de una unión convivencial.

⁵² C. Nac. Civ., Sala A, "R., P.D. v. Inspección General de Justicia", del 7/11/2000; id., Sala L, JA 2001-11-73, C. Nac. Civ., Sala E, 25/10/1982, 1983-A-239.

⁵³ C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1º, "S.D. v. A.N.", del 26/05/1998.

⁵⁴ Méndez Costa, J. y D'Antonio, D.H., "Derecho de Familia", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, T. III, p. 528.

⁵⁵ XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, junio de 2007. Iñigo, D., Bien de familia y convivencia de pareja, *RDF*, n° 23, 2002, p. 63 y ss., Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág. 98 y ss., Lloveras, Nora, El bien de familia y la unión convivencial o de hecho en la Argentina, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro Homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grossman*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, T. I, pág. 251 y ss. y Convivencia de pareja heterosexuales y los efectos patrimoniales, *RDF-46-159*, entre otros.

⁵⁶ Así se resolvió que: "...si existen descendientes extramatrimoniales el progenitor puede constituir bien de familia en su beneficio, sin que la presencia de una relación concubinaria sea óbice, pues así como el concubinato por sí mismo es insuficiente para permitir la constitución del bien de familia es también por sí mismo indiferente para impedir su creación cuando existen otros vínculos que la justifican...", con nota de Guastavino, Elías P., Bien de familia, parentesco extramatrimonial y aspectos conexos, 13/10/1997 dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (Sala 1º), *La Ley* 1998-I-552, CN Civ., Sala H, 28/05/2010, "M.V.M. v. Registro de la Propiedad Inmueble s/ recurso", LL 2/12/2010; CSJ Tucumán 12/04/2010, "V.S.E. y otro v. Provincia de Tucumán LLNOA 2010" (octubre), p. 808.

Conforme lo establece el inc. a) del art. 246 el conviviente puede ser beneficiario.

Se estipula incluso que la afectación pueda ser solicitada judicialmente durante cualquiera de los procesos en los que se debatan los efectos de la ruptura si en el inmueble residen hijos menores o con capacidad restringida (conforme art. 245).

Si la unión convivencial está inscrita, el inmueble afectado no puede ser transmitido o gravado sin la conformidad del conviviente (art. 250).

Cuando la convivencia se encuentre registrada se requerirá el asentimiento del conviviente para la desafectación, quien también está facultado puede expresar su disconformidad cuando la constitución se impuso por testamento y sean los herederos quienes la peticionen.

4. Conclusión

El proyecto de reforma aborda una de las tareas más difíciles: regular la protección de todas las formas familiares garantizando el acceso a los derechos humanos básicos, respetando la autonomía de la voluntad y el plan de vida elegido por las personas.

No estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que este proyecto deja de lado la libertad e impone un régimen imperativo, legal y forzoso con severas consecuencias personales y patrimoniales bajo la idea de que se hace por "*solidaridad familiar*"⁵⁷.

Tal como sostiene María Victoria Pellegrini el establecimiento de las relaciones familiares importa para sus miembros el surgimiento de una cuota de responsabilidad y de solidaridad familiar que impide desentenderse de ciertos aspectos básicos⁵⁸.

Creemos fervientemente que la protección de la vivienda familiar, tal como lo establece el proyecto resulta uno de estos aspectos más salientes.

Lo sostenemos desde la experiencia en el ejercicio profesional que ha demostrado que los casos más problemáticos y arduos se relacionaron con la falta de regulación de la protección de la vivienda cuando se trata de personas que conviven o que convivieron durante un tiempo prolongado.

⁵⁷ Medina, Graciela, ob. cit.

⁵⁸ Pellegrini, María Victoria, ob. cit., pág. 6.

La falta de respuesta del ordenamiento jurídico actual y la sujeción a los diversos criterios jurisprudenciales no parecen compadecerse con la jerarquía del derecho en juego, la cual requiere por parte del estado de un rol activo en la garantía de este derecho que debe extenderse a todas las formas familiares.

Consideramos que el proyecto cumple con su objetivo al delinear los institutos básicos de protección de la vivienda familiar para las uniones convivenciales.

Seguramente, la jurisprudencia irá marcando el camino en la interpretación de las normas a los casos en concreto.

Por cierto que será un punto de partida desde cual podrá ajustarse la normativa mediante reformas subsiguientes haciendo luz sobre aquellas cuestiones que aún parecen confusas.

Por ello el proyecto de Código Civil resulta valioso al sentar las bases por las cuales la protección de la vivienda resulta uno de esos derechos que constituyen un piso mínimo obligatorio para cualquiera de las formas familiares que comprenden el concepto constitucional de familia.