

El origen de la vivienda familiar en el derecho romano.

Antecedentes legislativos y recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁸⁹

Por Mariana Verónica Sconda⁶⁹⁰

Palabras claves: hogar conyugal; vivienda familiar; bien de familia; matrimonio; uniones convivenciales; familia

I. Introducción

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código

⁶⁸⁹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a la parte general del Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, Argentina.

⁶⁹⁰ Abogada. Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de UFLO Universidad y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada UBA.

Civil y Comercial de la Nación”, bajo la dirección de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de UFLO Universidad, Argentina. El mismo plantea como objeto de investigación la vivienda familiar, su constitución, evolución y protección.

Analizaremos su origen en el derecho romano, su recepción en el Código Civil de Vélez y cómo se encuentra actualmente legislada en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La vivienda es uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano, motivo por el cual ha sido debidamente receptada por los tratados internacionales, hoy con rango Constitucional en el artículo 75, inc. 22. El nuevo Código Civil y Comercial, en el Libro I “Parte General”, en el Título III “Bienes”, en el Capítulo III “Vivienda”, desde el artículo 244 al 256, hace referencia a la organización del sistema de protección de la vivienda en general, el mismo sustituyó el antiguo régimen de Bien de Familia de la Ley 14.394. Además, en forma específica la nueva legislación protege a la vivienda en el matrimonio (art. 456 del CCC) como en las uniones convivenciales (arts. 518 y 522 del CCC), lo que hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes independientemente del tipo familiar que elijan formar.

II. El hogar conyugal en el derecho romano

Antes de referirnos al hogar conyugal en el derecho romano, debemos previamente hacer una referencia breve sobre el matrimonio. Esto nos permitirá abordar y comprender el deber de los consortes de convivir en el mismo domicilio.

En Roma, el matrimonio era una situación de hecho, era una institución más social que jurídica que tuvo connotaciones sociales, éticas y religiosas. Se describe como la unión seria, continua y aparente entre un hombre y una mujer *liberorum quaerendorum causa*.⁶⁹¹ El matrimonio romano era

⁶⁹¹ TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL, p. 691-

más parecido a lo que actualmente son las uniones convivenciales, que se encuentran reguladas en nuestra legislación.

En el período arcaico, esta institución no tenía vida por sí misma porque estaba absorbida o refundida con otras, tales como los esponsales, la dote y la *conventio in manu* que, además de estar configuradas jurídicamente, eran utilizadas por las familias romanas para conseguir sus propios intereses, como podía ser la continuidad del grupo familiar a través de la prole y en el que la mujer fue instrumento de tales intereses. Solo en la medida que estas instituciones jurídicas que envolvían al matrimonio empiezan a sufrir un proceso de decadencia, el matrimonio comienza a configurarse como institución autónoma.⁶⁹²

692. En concordancia ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma. p. 489; BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, p. 180; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: lustel, p. 134. "El matrimonio romano es la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. Tal intención es llamada *affectio maritalis*. En las fuentes romanas de las diferentes épocas se utilizan muy diversos vocablos para designar o referirse a la realidad social y jurídica que constituye el matrimonio: *matrimonium, nuptiae, consortium, coniunctio, communicatio, societas, pactum, foedus*, etc. Sobre la relación de las voces romanas con la terminología moderna al respecto, ha escrito recientemente Ortega Carrillo de Albornoz, que tradicionalmente, para designar la unión solemne de un hombre y una mujer, si bien utilizamos promiscuamente los términos matrimonio, nupcias, bodas, casamiento e incluso esponsales, es preciso delimitar el ámbito de aplicación de dichos términos que difieren en sus orígenes etimológicos y en su primigenio significado".

⁶⁹² FERNÁNDEZ BAQUERO, M. (2004). "Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano Arcaico." EN LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, p. 193. "El matrimonio, como institución plenamente autónoma e independiente de otras como los esponsales, la *conventio in manum* o la dote, no existió en esta primera etapa del derecho romano. El matrimonio por sí mismo no se entendía si no era en función de esas otras instituciones jurídicas que servían para manifestar desde un punto de vista jurídico el inicio de una relación matrimonial. Por

Siendo por lo tanto el matrimonio en principio una unión libre, se derivaban una serie de consecuencias jurídicas, que eran tenidas en cuenta por el ordenamiento. Por eso mismo no encontramos ninguna definición jurídica del matrimonio elaborada por los juristas romanos, sino meras aproximaciones que destacan el hecho de la unidad de vida entre dos seres de diferente sexo, pertenecientes a distintas familias.⁶⁹³

Existen dos definiciones de matrimonio en los textos clásicos romanos. Una de ellas de Modestino en D. 23. 2. 1: “Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y del humano”. Aquí se acentúa el carácter de comunidad de vida, con cierta influencia de prescripciones tanto sacras como laicas.⁶⁹⁴ La otra definición es la que se encuentra en I. 1. 9. 1 y suele ser atribuida al jurista

eso, de esta primera etapa histórica no contamos en las fuentes con definiciones en torno al matrimonio, mientras que sí tenemos referencias a los esponsales o a las distintas formas de *conventio in manum* que, de alguna manera, mostraban el tipo de relación conyugal que podía existir en un momento determinado y para una pareja en concreto.”

⁶⁹³ TORRENT RUIZ, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer SL, p. 525. En concordancia ROUILLÓN ALMEIDA, D. (2010). *Bases romanas justinianas del concubinato actual*. Lima: Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 69. “Pero en esencia, el matrimonio romano es, fundamentalmente, una situación de hecho, basado en la ética social antes que en el Derecho.”

⁶⁹⁴ DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 311. En concordancia FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p.135; y TORRENT RUIZ, *op. cit.*, p. 525. “En la primera parte, la palabra *coniunctio*, que es la que permite hablar de *coniux* (cónyuge), aparece vinculada con el *iugum*, es decir, el instrumento rústico que es el yugo, el cual permite a dos animales (bueyes) estar unidos a dicho aparato de manera que los liga por el cuello para la labor agrícola. La palabra *consortium* viene de *sors* (suerte), ordinariamente la pequeña tablilla de madera que servía para responder a preguntas presentadas a los oráculos y también para tirar ‘suertes’ en la división de tareas de los magistrados. De allí se llega fácilmente a la idea de ‘decisión de la suerte’ o ‘suerte fijada a cada uno, destino’. De este modo, *consors* (consorte) es ‘quien comparte la misma suerte’. Cuando marido y mujer se casan arriesgan su *sors* en el futuro. Por eso son consortes. Al decir que este *consortium* o *societas* (tomado en un sentido muy lato; no en el de contrato de sociedad) o *coniugium* es de toda la vida, se está

Ulpiano: “Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que comprende el consorcio indivisible de la vida”. En ella se explica muy bien el modo esencial del matrimonio, que es precisamente la intimidad y comunidad de vivir, ideal e intencionalmente perpetua, entre dos cónyuges. Esto y no otra cosa significa la *individua vitae consuetudo*. En I. 1. 2. pr. y en D. 1. 1. 3 se reitera la idea de la vida en común como el fundamento de la noción de matrimonio.⁶⁹⁵

significando que el propósito inicial es la duración vitalicia de la unión matrimonial. Ciertamente los romanos admitieron la idea del divorcio. A lo que apuntaron es a no admitir las *nuptiae* como una simple unión *ad tempus*, o revocable por alguna imaginada cláusula resolutoria. La frase final, sospechada por algunos de alguna interpolación cristiana, presenta las características propias del matrimonio romano, donde esta unión, que es la más acorde con la naturaleza, significa algo más que lo ‘humano’, puesto que en la unión de sexos y en la procreación, hay facetas que vinculan lo divino a lo humano. En tal sentido no tendría necesariamente que ver con la posibilidad de la *manus*, puesto que en la época de Modestino la *manus* gozaba de descrédito. Para este jurista en D. 23. 2. 1, la referencia al consorcio para toda la vida debe ser interpretada en el sentido de que no se concebía que los cónyuges acordasen a permanecer unidos un período de tiempo determinado, pero no a la indisolubilidad de la unión, dado que la posibilidad de disolver el matrimonio, en el supuesto que no se mantuviese por los cónyuges la intención de permanecer juntos, la *affectio maritalis*, era para el Derecho Romano de todas las épocas, en especial en la etapa clásica, una solución inherente a la propia naturaleza de la institución. La mención, en esta definición a la puesta en común del derecho divino y humano, a la que ya había hecho alusión Cicerón en *De amicitia*, 6. 20, haría referencia al conjunto de normas jurídicas y preceptos religiosos aplicables de común acuerdo a los dos miembros de la unión conyugal.”

⁶⁹⁵ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 312. En concordancia ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Tomo I. Madrid: D. Leocadio López Editores, p. 95; PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1971). *Reglas de Ulpiano. Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, p. 41; BONFANTE, *op. cit.*, p. 180; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 133. “Los bizantinos comienzan hablando de *nuptiae* (palabra que está siempre en plural; el matrimonio legítimo es llamado *iustae nuptiae*). La unión está más referida a la mujer (la que es *nubilis*: casadera; *nupta*: la que está casada; son vocablos que derivan de *nubere*: velarse, por el velo que suele usar la novia). En cambio,

Cabe destacar que eran necesarios dos elementos para la existencia del matrimonio romano: por un lado, la *affectio maritalis* (elemento subjetivo) y por otro, la convivencia continua (elemento objetivo).⁶⁹⁶

el *matrimonium* aparece viendo la unión del lado del marido, ya que éste adquiere una *uxor* para su casa (*ducit uxorem*: se lleva una mujer legítima). Además se reemplaza la expresión *maris et feminae* (macho y hembra), por la designación más espiritualizada de *vir et mulier* (varón y mujer). También se refieren a la finalidad de esta *coniunctio*. En la especificación de la 'costumbre indivisa de la vida' pone de manifiesto la unión de sexos que viven unidos el uno para el otro, así como la idea de procreación, para el caso de que ello fuere posible. *Nuptiae* y *matrimonium* son comúnmente palabras genéricas, que indican la unión del hombre y de la mujer en una sociedad indisoluble, y que pueden aplicarse a todos los matrimonios, y aún a los de los extranjeros. Pero los jurisconsultos, cuando quieren especialmente designar el matrimonio según el derecho de los romanos, tienen mucho cuidado de decir *iustae nuptiae*, *iustum matrimonium*. Solo de las justas nupcias procedían la patria potestad, el parentesco civil (*agnatio*) y los derechos de familia; en una palabra, ellas formaban el único matrimonio civil: la mujer tomaba el nombre de *uxor* y el marido el de *vir*. En Ulp. Reg. 5. 1: 'Están sometidos a la potestad del padre los nacidos de matrimonio legítimo'. Y en Ulp. Reg. 5.2: 'Hay matrimonio legítimo cuando los que contraen las nupcias tienen tal derecho (*ius connubium*); si el varón y la mujer son aptos para la procreación y si además prestan su consentimiento, si son dueños de sí mismos o si estuviesen sujetos a potestad lo prestaren sus *patres*'. Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Mas este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí proviene la unión del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos: porque vemos que también los demás animales se rigen por el conocimiento de este derecho" y en D. 1. 1. 3: "Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves. De aquí procede la conjunción del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio, de aquí la procreación de los hijos, de aquí la educación; pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, se gobiernan por el conocimiento de este derecho."

⁶⁹⁶ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant da Blanch, p. 437. En concordancia BONFANTE, *op. cit.*, p. 181; TORRENT RUÍZ, *op. cit.*, p. 691; ROUILLÓN ALMEIDA, *op. cit.*, p. 70; PUJAL, M. (2004).

Un aspecto importante del matrimonio era el acompañamiento de la mujer a la casa del marido (*deductio in domo mariti*), que se realizaba en la ceremonia de la *confarreatio*, esto significaba el acto de ingreso al hogar físico del marido, el cual constituiría el domicilio conyugal y además era un requisito probatorio, aunque no esencial, de la existencia de las nupcias.⁶⁹⁷

La formalidad de la *deductio in domo* por parte de la mujer aparece remarcada por Pomponio en D. 23. 2. 5. Se permite al novio ausente casarse por carta o por nuncio, siendo éste el encargado de llevar a la mujer a la casa del marido. En cambio, la mujer no podía casarse estando ella ausente,

“La concepción jurídica del matrimonio romano clásico”. En LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, p. 611. “El matrimonio romano era, el vivir juntos con intención marital, y cuando estas dos circunstancias concurren el matrimonio existe; si no, el matrimonio no existe. Conviene que el principio del matrimonio revele claramente la existencia de estos dos elementos: la cohabitación y la intención marital. El consentimiento no podía entenderse como contractual, inicial, o sea, como creador de un vínculo, la obligación de aquella convivencia, que pudiese luego existir independientemente de su causa, sino como continuo, por ello llamado *affectio*, haciendo consistir en él, juntamente con la convivencia, también continua, todo el ser del matrimonio. Como institución de hecho, el matrimonio se basa sobre la voluntad recíproca y continua de los cónyuges de vivir y comportarse como tal (*affectio maritalis*), residiendo en el *consensus perseverans* la base esencial del mismo (D. 35. 1. 15, D. 50.17.30) de forma tal que faltando éste, el matrimonio se disuelve libremente en la época clásica, debiéndose añadir un acto formal de disolución (*divortium*) en la posclásica.”

⁶⁹⁷ GARCÍA GARRIDO, M. (1985). *Derecho Privado Romano. Instituciones*. Madrid: Dykinson, p. 458; DI PIETRO, *op. cit.*, p. 315. “La *deductio in domo mariti* servía para establecer cuál iba a ser el domicilio de los cónyuges y así estar en condiciones de cumplir con el deber de vivir en el hogar común, que les imponía el matrimonio. Se conducía a la mujer a casa del esposo en una procesión. El cortejo que llevaba a la esposa se detenía frente a la casa del esposo, en ese instante la mujer debía ser ingresada a la casa del marido, para tal efecto, los amigos del novio la alzaban e introducían en la casa sin que pise el umbral. El marido le ofrece el fuego y el agua. El fuego representaba a la divinidad familiar, y el agua lustral, que servía a la *domus* en todas sus ceremonias. Luego de pronunciada las preces a los dioses lares, la *pronuba* la conduce hasta el lecho nupcial, donde la espera su marido mientras los concurrentes se iban retirando.”

porque es menester que la conducción sea a la casa del marido, no a la de la mujer, como al domicilio conyugal.⁶⁹⁸

Uno de los efectos personales del matrimonio era que la mujer obtenía el domicilio del marido, así lo expresa D. 5. 1. 65: “la mujer debe exigir la dote allí donde el marido tuvo su domicilio, no donde se hizo el instrumento dotal; porque no es éste un género de contrato que respecto de él deba atenderse al lugar en que se hizo el instrumento de dote, más bien que a aquél a cuyo domicilio había de pasar la misma mujer por la condición de matrimonio”; y D. 50. 1. 38. 3: “...la mujer mientras está casada, es considerada habitante de la misma ciudad de la que lo es su marido, y que no es obligada a desempeñar cargos en aquella de la que trae su origen”.⁶⁹⁹

Debemos aclarar que si bien en el derecho romano hace referencia a la importancia del hogar conyugal como residencia común de los consortes para el desarrollo de la vida matrimonial, no legisló sobre la protección de esta vivienda familiar, como actualmente se encuentra amparada en nuestro Código Civil y Comercial.

III. El domicilio conyugal en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El Código Civil de Vélez, en el originario artículo 187, luego trasvasado al artículo 53 de la Ley 2393 de matrimonio civil, establecía la potestad marital de la fijación del domicilio conyugal. La norma preveía la posibilidad de que el marido, en caso de negarse la mujer a residir en el domicilio que él fijaba, obtuviera el reintegro compulsivo mediante medidas policiales y

⁶⁹⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 316. “De este modo la *deductio in domo*, aunque usual en las nupcias, tenía especial importancia cuando el marido que se casaba estaba ausente, como modo de expresar en forma indudable el consentimiento que seguía siendo siempre el requisito fundamental de las nupcias.”

⁶⁹⁹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 319; GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho*. Tomo I. Barcelona: Lex Nova, p. 427; GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, Tomo III, p. 874.

así mismo la privase de alimentos. También el artículo 90, inc. 9, del CC disponía que: la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. Aunque la legislación consideraba a la mujer casada como una incapaz relativa (art. 55, inc. 2, y conc. Ley 2393) se entendía que el fundamento de la disposición que atribuía a la mujer el domicilio de su marido no se hallaba en esa incapacidad sino en el deber de convivencia y especialmente en el deber de la mujer de seguir al marido adonde quiera que éste fijase su residencia (arts. 51 y 53, Ley 2393). Por lo tanto, si los cónyuges debían habitar bajo un mismo techo y el domicilio estaba determinado por la residencia no habría podido la mujer casada tener otro domicilio.⁷⁰⁰

En el año 1926 se sancionó la Ley 11.357 de los derechos civiles de la mujer, que incidió en materia de capacidad de la mujer casada pero no modificó la potestad marital en lo relativo a la prerrogativa de fijación del domicilio conyugal. Recién en el año 1987 se sancionó la nueva Ley de Matrimonio Civil 23.515, que derogó el art. 90, inc. 9, y suprimió el viejo resabio de autoridad marital que facultaba al marido a elegir el domicilio conyugal. El artículo 9 de esta ley establecía que “el domicilio de la

⁷⁰⁰ ZANNONI, E. (1998). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, p. 401. En concordancia BELLUSCIO, A. (1998). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, p. 344; RIVERA, J. (1994). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 535; SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la traducción de Ildefonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 45. “Si el fundamento hubiera sido la incapacidad, la regla habría sido superflua, por haber quedado cubierta por el art. 90, inc. 6, que atribuía a los incapaces el domicilio de sus representantes. (...) Considerar a la mujer casada como una incapaz relativa de hecho, como a los menores, era porque en el hogar conyugal no podían haber dos autoridades iguales y que en aras al interés familiar la mujer debía obedecer al marido, quién era su representante legal. (...) Si bien la nota al art. 90, inc. 9, del CC no cita una fuente directa romana, la normativa tiene base romanista dado que en D. 50. 1. 38. 3 expresaba que la mujer mientras está casada, es considerada habitante de la misma ciudad de la que lo es su marido, y que no es obligada a desempeñar cargos en aquella de la que trae su origen?”

mujer casada queda regido por las mismas normas que el del hombre”. Las leyes 23.515 y 23.264 (sancionada ésta última en 1985) se insertaron en el contexto determinado por la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en vigor desde 1981, ratificada por nuestro país por la Ley 23.179 e incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994 en el artículo 75, inc. 22.⁷⁰¹

El texto dispuesto por la Ley 23.515 modificó los artículos 199 y 200 del CC. El primero expresaba que “los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas” y el segundo artículo expresaba que “los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.” Las relaciones conyugales sintetizaban un proyecto de vida común.⁷⁰²

La decisión de la fijación del domicilio conyugal debía ser el resultado de la deliberación de ambos cónyuges, quienes determinaban lo más conveniente al interés familiar de conformidad con las circunstancias del caso. Si no se lograba el acuerdo respecto al establecimiento del domicilio conyugal, el juez era quien lo resolvía. El artículo 199 del CC dispensaba judicialmente a los cónyuges del deber de convivencia cuando ésta ponía en peligro la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos,

⁷⁰¹ RIVERA, *op. cit.* p., 535 y ss; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 345; ZANNONI, *op. cit.*, p. 404.

⁷⁰² ZANNONI, *op. cit.*, p. 405 y ss. En concordancia BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 333. CN Civ, Sala G, 23/03/93, El Derecho, p.152-599. “Dentro de los deberes-derechos personales de los cónyuges el derogado Código Civil enumeraba la cohabitación (arts. 199 y 200 CC texto Ley 23.515.), la fidelidad recíproca (art. 198 CC. texto Ley 23.515) y la asistencia (arts. 198, 207 a 209 y 231 CC texto Ley 23.515). Vivir juntos en cohabitación en la misma casa, asistirse afectiva y económicamente, y guardarse mutua lealtad o fidelidad, constituyen las bases éticas del matrimonio. (...) Cohabitar, vivir o habitar juntos implicaba respecto de los cónyuges, la convivencia en un mismo domicilio, en la casa conyugal, por eso eran caracteres de la misma la reciprocidad y permanencia, lo cual no significaba que no podía cesar por separación personal o divorcio. (...) La Sala G de la Cámara nacional en lo Civil, dispuso en 1993 que el proyecto de radicación del grupo familiar no puede concretarse si la propuesta de uno de los cónyuges no cuenta con la conformidad del otro.”

de ambos o de los hijos. Se sostenía que sin necesidad de dispensa judicial ambos cónyuges podían acordar transitoriamente vivir separados por causas excepcionales como razones laborales, enfermedades, etc. Además, el segundo párrafo de este mismo artículo expresaba que cualquiera de los cónyuges podía requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos. Si bien se impuso el criterio que rechazaba el empleo de la fuerza para obtener el regreso al hogar, se criticó severamente la sanción que determinaba la pérdida del derecho de alimentos por parte del cónyuge que interrumpió injustificadamente la convivencia, ya que constituía una medida coercitiva que violaba el principio de igualdad de los cónyuges, dado que uno de ellos podía forzar al otro a una convivencia no deseada porque tenía medios económicos para imponer su voluntad.⁷⁰³

Al considerar la cohabitación como un deber recíproco, ya que pesa por igual sobre marido y mujer, la actitud de cualquiera de los cónyuges que dejaba de cohabitar constituía un incumplimiento de su obligación y determinaba la configuración de la causal de separación personal, o divorcio por abandono voluntario y malicioso (arts. 202, inc. 5, y 214, inc. 1, del CC).⁷⁰⁴

⁷⁰³ ZANNONI, *op. cit.*, p. 412 y ss.; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 334.

⁷⁰⁴ ZANNONI, *op. cit.*, p. 414 y ss.; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 334 y ss. "Esto se traducía como la voluntad de dejar la casa común familiar sin continuar la cohabitación, determinando la separación de hecho de los esposos, en tanto uno u otro no promoviere la demanda de separación personal o divorcio vincular. También la separación de hecho podía obedecer a la voluntad de ambos de vivir en lo sucesivo separados. Era nulo todo convenio de los esposos relativo a la dispensa del deber de cohabitación, la situación fáctica solía ser frecuente. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, no alteraba los deberes-derechos del matrimonio. La separación era causal objetiva de la separación personal o de divorcio, una vez que hubieran transcurrido los plazos que preveían los artículos 204 y 214m inc. 2, del CC"

IV. Antecedentes legislativos previos a la Ley del Bien de Familia

En nuestro país se dictaron diversas normas que instituyeron regímenes para la defensa y expansión del patrimonio inmobiliario de la familia. La legislación argentina vinculó la propiedad con la familia en los regímenes agrarios. Se sancionaron numerosas leyes de arrendamientos rurales, tales como: la Ley 13.246 según la reforma del Decreto-Ley 2188 del año 1957, que impuso la indivisibilidad en la explotación por continuación del contrato de arrendamiento o de aparecería rural, en caso de muerte o de imposibilidad física del primitivo locatario o aparcerero; y la Ley 14.451, que creó para los adquirentes del inmueble que, hubieren estado sometidos a las leyes de prórroga de arrendamientos y aparcerías rurales, un régimen particular que impuso la indisponibilidad, la explotación directa y la indivisibilidad hereditaria de dichos predios. Siguiendo al derecho francés, se sancionó en 1915 la Ley 9677 de Casas Baratas. La Comisión Nacional de Casas Baratas presentaba la función de dirigir, fomentar y controlar la construcción de casas higiénicas y baratas en la Capital Federal y territorios nacionales, destinadas a ser vendidas o alquiladas a jornaleros o empleados de bajos sueldos con familia, a quienes se los eximía del pago de la contribución territorial por el término de diez años y se los favorecía con un derecho sucesorio especial, pero no se establecía la inembargabilidad. Casi simultáneamente, el Congreso Nacional sancionó la Ley 10.284, conocida como “Ley del hogar”, dentro del subtítulo “amparo y donación a la familia argentina”. Dicha normativa presentó todos los caracteres del bien de familia, incorporando, además, normas de donación de tierras vacantes del Estado. Sin embargo, tuvo una vigencia reducida, pues no fue reglamentada legislativamente y, al mismo tiempo, el tope máximo que establecía (diez mil pesos) resultó estrecho en relación al proceso inflacionario argentino. Posteriormente dieron a luz otras leyes que consagraron algunos caracteres del bien de familia, tales como la Ley 12.636 o la Ley 13.995, concluyendo finalmente con la sanción de la Ley 14.394, que se ocupó de su regulación y constituyó un gran avance para el derecho argentino.⁷⁰⁵

⁷⁰⁵ FOSSACECA, C. y LÓPEZ POLETTI, F. (2017). “El estudio de la vivienda única desde

V. El régimen del bien de familia de la Ley 14.394

Este régimen consiste en la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae a las contingencias económicas que pudieran provocar su embargo o enajenación. Es una auténtica institución que tiende a preservar el asiento de la residencia de la familia, el hogar familiar, poniéndolo a cubierto no solo de la ejecución por las deudas del constituyente posteriores a la afectación, sino también de los actos de disposición que él mismo quisiese realizar respecto del inmueble afectado.⁷⁰⁶

En 1954 se sancionó la Ley 14.394, cuyos artículos 34 y ss. establecían el bien de familia, que a diferencia del lote de hogar de la Ley 10.284 no se constituía sobre lotes en tierras vacantes del Estado que se solicitaban a este fin, sino sobre cualquier inmueble rural o urbano de la propiedad del interesado. La reglamentación fue dictada mediante los decretos 2513/60, 38/63 y 2528/66, estos dos últimos derogados y el primero fue modificado por decretos 1722/71 y 3091/73. En la Capital Federal regía la reglamentación del Decreto 2080/80.⁷⁰⁷

El artículo 36 disponía que “A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”.

El constituyente debía acreditar la propiedad del bien inmueble urbano o rural. No existían en esta ley limitaciones en cuanto a la cantidad de miembros que constituían la familia, por lo tanto bastaba la presencia del cónyuge o de algunos de los parientes mencionados por la norma para cumplir con el requisito del artículo, a fin de que el propietario pudiera afectar el bien. Es decir, aquella persona que no tenía cónyuge,

el punto de vista del Derecho de las obligaciones y de los Derechos Reales”. En *Revista de Derechos Reales*. N° 16, p. 5 y ss.

⁷⁰⁶ ZANNONI, *op. cit.*, p. 624 y ss.

⁷⁰⁷ ZANNONI, *op. cit.*, p. 626.

ascendientes, descendientes o colaterales con quienes conviva (de él o de su cónyuge) no podía afectar un inmueble de su propiedad como bien de familia. Además, no se hacía distinción en cuanto a vínculos matrimoniales o extramatrimoniales con el propietario toda vez que la finalidad de asegurar la vivienda, o en su caso el sustento del grupo familiar, no admitía distinciones en cuanto a la calidad jurídica del vínculo.⁷⁰⁸

El propietario o su familia estaban obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente. La constitución podía hacerse por acto entre vivos o de última voluntad. No podía constituirse más de un bien de familia y la afectación no podía superar las necesidades de sustento y vivienda de la familia. El inmueble afectado se tornaba inajenable y tampoco se podía embargar por las deudas posteriores a su constitución. La desafectación del bien de familia procedía por: a) la voluntad del constituyente, y si éste era casado necesitaba la conformidad de su cónyuge; b) a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando la constitución se hacía por disposición testamentaria; c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos; d) de oficio o a instancia de terceros; y e) en caso de expropiación, reivindicación, venta judicial u otra causa grave que justificaba la desafectación.⁷⁰⁹

Es necesario aclarar que esta ley no contemplaba la posibilidad de la afectación del bien inmueble cuando el titular pretendía constituirlo beneficiando a su pareja conviviente. Tampoco lo permitía cuando se trataba de

⁷⁰⁸ PANDIELLA MOLINA, J. (2015). "Protección de la vivienda y uniones convivenciales". En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. Thomson-La Ley, p. 1 y ss. "Aun cuando la norma hubiese incurrido en tal distinción, ella ya no tendría vigencia, en virtud de la Ley 23.264 que introdujo el artículo 242 del Código Civil, según el cual la filiación matrimonial y extramatrimonial acarrear idénticos efectos, derogando el artículo 365 que disponía que los parientes ilegítimos no hacían parte de la familia de los parientes legítimos, y en su artículo 21 dispuso: 'Siempre que en el Código Civil, leyes complementarias y otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto de los hijos legítimos, la situación de aquellos deberá ser equiparada a la de estos'".

⁷⁰⁹ ZANNONI, *op. cit.*, p. 626 y ss.

condóminos, quienes conformaban una unión convivencial y pretendían someter el inmueble a dicho régimen. El obstáculo principal se encontraba en la definición de familia contenida en esta normativa.⁷¹⁰

VI. La vivienda familiar en los proyectos de reforma

Varios proyectos de reforma regularon la constitución y protección de la vivienda familiar. Entre ellos podemos mencionar:

a) Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936

En el capítulo titulado “Del Bien de Familia”, se ubicaba en el Libro I, Sección II, Título III, comprendiendo los artículos 124 al 131. Establecía que para constituir el bien de familia era necesaria la inscripción del mismo con ese carácter en el Registro de Inmuebles (artículo 124). El derecho de solicitar la inscripción le correspondía al propietario del inmueble, al representante de la sociedad conyugal, en su caso, como también a los

⁷¹⁰ SANTANGELO, M. (2013). “La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales.” En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 17, Buenos Aires, Ed. UCES, p. 272 y ss. Opinan en el mismo sentido PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 2. MILLÁN, F. (2015). “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar.” En *ADLA*, 21, p. 145. “Tanto la jurisprudencia nacional como la provincial han negaban la posibilidad de la afectación, aun en aquellos casos donde se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma. Desde la doctrina se plantearon posiciones divergentes. Existían quienes negaban la posibilidad al conviviente de afectar el bien por no contemplarse su situación en la normativa y no poseer el estado de cónyuge. Contrariamente otros afirmaban que una interpretación del artículo 36 en base a la normativa constitucional debía posibilitar la afectación del inmueble en el caso de las uniones convivenciales. Con algún criterio más flexible, se pronunció la jurisprudencia sobre la constitución del bien de familia solicitada en los casos de uniones convivenciales con hijos comunes, permitiendo su incorporación al régimen previsto por la Ley 14.394.”

hermanos, respecto del bien que hubieren heredado en común, dentro de la sucesión paterna o materna (artículo 125). El valor del inmueble no debía exceder la suma de cincuenta mil pesos y no tenía que existir otro inmueble registrado con igual carácter por el mismo titular. No obstaba a la inscripción, la circunstancia que el solicitante pudiera tener derechos eventuales como hijo de familia sobre determinada parte de otro inmueble anteriormente inscripto (artículo 126). Además, el bien y los frutos en un 60 por ciento de su producción anual eran inembargables por deudas posteriores y no podía ejecutarse aun en caso de concurso del titular (artículo 127). No podía alterarse el destino del inmueble, ni ser vendido o permutado en todo o en parte, ni gravárselo con hipotecas salvo que mediare consentimiento unánime de los interesados o sus representantes legales (artículo 128). El beneficio cesaba por: a) la expropiación del bien; b) la reivindicación; c) pedido del propietario que solicitó la inscripción. Si el bien fuera ganancial, se exigirá el consentimiento del otro cónyuge; d) por acuerdo de los herederos del constituyente o por la mayoría de ellos, siempre que se tenga la conformidad del cónyuge supérstite; e) venta judicial en los casos autorizados por el artículo 130; y f) cuando se hubieren efectuado mejoras o construcciones que duplicaran el valor inicial consignado en el Registro (artículo 131).⁷¹¹

b) Anteproyecto de Código Civil de 1954

En el Libro I, del artículo 630 al 639, establecía las reglas sobre el bien de familia de una manera muy similar a la Ley 14.394. Podían constituirse en bien de familia los inmuebles rurales o urbanos cuya importancia no excediera las necesidades de sustentación y alojamiento de la familia beneficiaria, sin atender a los gravámenes existentes sobre ellos. La constitución del bien de familia determinaba la inalienabilidad del inmueble respectivo, así como la afectación de sus frutos a las necesidades de la familia (artículo 630). Estaba legitimado para constituir el bien de familia el propietario

⁷¹¹ PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 4.

del inmueble respectivo que tuviere a su cargo cónyuge, ascendientes, descendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive; y por los hermanos que hayan heredado el inmueble de algún autor común. También podía constituirse por el propietario que transmita el dominio del inmueble a otro, siempre que éste se encontrara en la situación de familia descripta precedentemente (artículo 631). Nadie podía ser propietario de más de un bien de familia (artículo 632). Proponía la intervención judicial, así, la constitución del bien de familia se determinaba por la inscripción de la sentencia judicial que la autorizaba, en el registro inmobiliario correspondiente (artículo 633). También se podía constituir por testamento (artículo 634). No podía ser gravado por el titular sin el consentimiento de su cónyuge (artículo 636). No era susceptible de ejecución o embargo, por deudas del respectivo titular posteriores a la constitución del bien en ese carácter, aun cuando se declarara el concurso de aquel en razón del incumplimiento de las obligaciones mencionadas. No obstante, el bien de familia quedaba sujeto a las acciones de expropiación, de reivindicación o provenientes de impuestos y tasas que graven directamente el inmueble, así como las derivadas del enriquecimiento injusto o de gravámenes constituidos de conformidad a lo estatuido en el artículo 636 (artículo 638). Finalmente, el artículo 639 establecía que el beneficio del bien de familia cesaba por la desafectación de éste, mediante la cancelación de la inscripción respectiva, ordenada por el juez, así como por el fallecimiento de todos los beneficiarios, o por el propio constituyente cuando el dominio del inmueble no correspondiese a los beneficiarios del bien de familia.⁷¹²

c) Anteproyecto de 1998

Incorporaba la protección de la vivienda en el Libro II, “De la parte general”, Título III, “Del patrimonio”, Capítulo III, “Vivienda protegida”, artículos 236 a 249. Disponía que pudiera afectarse al régimen previsto

⁷¹² PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 5.

un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluía la concedida por otras disposiciones legales. El valor del inmueble o la proporción del mismo afectada no podía exceder las necesidades de vivienda de los beneficiarios, conforme establezcan las reglamentaciones locales (artículo 236). La afectación producía efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debía hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales (artículo 237). El legitimado para solicitar la afectación era el titular registral; si los titulares eran varios debían solicitarla unánimemente. La afectación podía disponerse por actos de última voluntad. En tal caso, el juez disponía la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público o de oficio si hay beneficiarios incapaces (artículo 238). Eran beneficiarios de la afectación el propietario constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción; y en defecto de ellos, sus parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, que convivían con el constituyente. Los beneficiarios no podían afectar otro inmueble como vivienda protegida (artículo 239). Para hacer la afectación tenían que habitar el inmueble alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios (artículo 240). Permitía la subrogación real (artículo 241). El efecto principal era que la vivienda afectada no era susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción (artículo 242). Pero establecía que podían embargarse y ejecutarse los frutos que fueran producidos por el inmueble si no eran indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (artículo 244). Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación estaban exentos de impuestos y tasas (artículos 245). La desafectación y la cancelación de la inscripción procedían: a) A solicitud del constituyente; si estaba casado se requería el asentimiento del cónyuge; si éste se oponía, faltaba o era incapaz, la desafectación debía ser autorizada judicialmente; b) A solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, salvo disconformidad del cónyuge supérstite o si existían incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión debía resolver lo más conveniente para el interés de los beneficiarios; c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hay condominio, se computaba en proporción a sus respectivas alícuotas; d) A instancia de cualquier interesado si

no subsistían los recaudos previstos en este capítulo o fallecían el constituyente y todos los beneficiarios; y j) En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este capítulo (artículo 248). Hacía extensiva las disposiciones anteriores a los inmuebles rurales que no excedían de la unidad económica, de acuerdo con lo establecido en las reglamentaciones locales (artículo 249).⁷¹³

VII. Importancia del derecho a la vivienda

Se ha definido a 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”. La protección constitucional de la misma implica “la máxima tutela y jerarquía jurídica del medio físico que torna posible la continuidad de la familia”.⁷¹⁴

La vivienda es uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano, motivo por el cual ha sido debidamente receptada por los instrumentos internacionales, hoy con rango constitucional (art. 75, inc. 22). Varios son los tratados que consagran esta protección, entre los cuales podemos mencionar a la Convención de los Derechos del Niño (art. 27. 3), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25. 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 23), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11. 1), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5º, inc. e, III), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h).⁷¹⁵

⁷¹³ PANDIELLA MOLINA, *op. cit.* p. 5.

⁷¹⁴ LLOVERAS, N. (1993). *La protección de la vivienda familiar*. Tomo E. Buenos Aires: La Ley, p. 812 y ss.

⁷¹⁵ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145. Opina igual FAMÁ, M. (2015). “Régimen patrimonial de las uniones

La vivienda es donde no solo sus integrantes tendrán refugio, cuidado y protección, sino también el lugar donde descansar y desarrollarse diariamente, un pilar fundamental de toda familia.⁷¹⁶

VIII. Regulación de la vivienda familiar en el Código Civil y Comercial Argentino

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el Libro I, “Parte General”, en el Título III, “Bienes”, en el Capítulo III, “Vivienda”, desde el artículo 244 al 256, hace referencia a la organización del sistema de protección de la vivienda en general. Como se dijo anteriormente, el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la Ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto:

- a) Se puede afectar cualquier bien destinado para vivienda en forma total o parcial, e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de hacerlo inejecutable frente a terceros acreedores luego de su registración, además se torna el bien inalienable e inembargable (art. 249), salvo los frutos que produce en la medida

convivenciales”. En *Revista Thomson Reuters sobre el Código Civil y Comercial*, Ed. Thomson Reuters, p. 21. Suprema Corte de Buenos Aires, SCBA, fallo -C97295, 21/3/2012, “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B 3901803. “La SCBA ha sostenido que en vista a la construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75, inc. 22, de la CN) 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.”

⁷¹⁶ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145.

que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (art. 251 del CCC). Se puede afectar un solo inmueble. Puede haber diferentes protecciones sobre un mismo bien, ya que el nuevo régimen no excluye otras protecciones legales, como la concedida por el régimen patrimonial del matrimonio o de las uniones convivenciales (art. 244 del CCC). También se contempla la posibilidad de afectación de un inmueble rural (art. 256 del CCC).⁷¹⁷

b) La afectación no es automática, y la protección solo opera con la manifestación expresa de voluntad del propietario del inmueble. Se requiere, en la hipótesis de condominio, la conformidad de todos los cotitulares. Se torna posible que sea ordenada la afectación por acto de última voluntad: el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Por último, el juez puede ordenar la afectación a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245 del CCC). Por lo tanto el inciso a) del artículo 246 del CCC dispone que la vivienda familiar puede ser sometida al régimen previsto para el caso que se trate de una unión convivencial, siendo el conviviente beneficiario.⁷¹⁸

⁷¹⁷ BUERES, A. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, p. 239 y ss. En el mismo sentido opinan FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8 y ss.; MILLÁN, *op. cit.*, p. 146; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 8; GALLI FIANT, M. (2015). "Condominio entre ex convivientes y protección de la vivienda para los hijos." *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ed. La Ley, p. 125; SZMUCH, M. (2015). "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia." En *Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 919, p. 27.

⁷¹⁸ FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8 y ss.; BUERES, *op. cit.*, p. 240; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 7; GALLI FIANT, *op. cit.*, p. 125; SZMUCH, *op. cit.*, p. 27.

c) Se amplía la lista de beneficiarios el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente (art. 246 del CCC). Además, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (art. 247).⁷¹⁹

d) Se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación (art. 248 del CCC).⁷²⁰

e) El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias. El único caso permitido consiste en que favorezcan a los beneficiados de la afectación prevista. Debe obtenerse la conformidad del cónyuge o del conviviente para poder transmitir o gravar el inmueble afectado. Se torna menester recurrir al arbitrio judicial si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida (art. 250).⁷²¹

⁷¹⁹ BUERES, *op. cit.*, p. 241. FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 8; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 272. SZMUCH, *op. cit.*, p. 25. “Se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.”

⁷²⁰ BUERES, *op. cit.*, p. 241; FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 28. PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 7.

⁷²¹ FOSSACECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 12; BUERES, *op. cit.*, p. 242; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 31. “Dicho artículo ha suprimido la referencia a causas graves o de manifiesta utilidad que se encontraba presente en el artículo 37 de la Ley 14.394 [32]. Esto puede interpretarse como una cierta morigeración de la rigidez de parámetros para que el juez otorgue el permiso. Tal aseveración no impide la necesidad de dictamen del Ministerio Público, en su caso, en aras de verificar que el acto se justifique por el interés de la familia.”

f) Se encuentra exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte siempre que opere a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246 y no resulte desafectada en el plazo de cinco años. Los trámites y actos relacionados con la inscripción y constitución no pueden ser objeto de impuestos y tasas. Verbigracia, no podría aplicárseles los timbrados ordinarios de los Registros locales de la Propiedad Inmueble (art. 252 del CCC). Los funcionarios o empleados que integran la administración pública deben asesorar, informar o prestar su colaboración de manera gratuita a los interesados que se apersonen a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de la afectación (art. 253 del CCC). Se ha tratado de poner un límite común en todo el territorio de la República Argentina en materia de honorarios y evitar la invasión de un ámbito que le compete de manera propia a las legislaturas locales, por consiguiente, los honorarios de los profesionales intervinientes en el trámite de constitución no pueden ser superiores en conjunto al uno por ciento de la valuación fiscal. En cambio, se ha elevado el tope en los juicios de transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, no pueden exceder los honorarios el tres por ciento de la valuación fiscal (art. 254 del CCC).⁷²²

g) La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: 1) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente; 2) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez

⁷²² BUERES, *op. cit.*, p. 243 y ss.; FOSSECECA y LÓPEZ POLETTI, *op. cit.*, p. 13 y ss.; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 10.

debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos; 3) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior; 4) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en el capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios; 5) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada en el capítulo, con los límites indicados en el artículo 249, su motivo se basa en el límite al ejercicio de derechos individuales sobre bienes previstos que contempla el artículo 240. La utilidad pública que da lugar a la expropiación prevalece sobre el interés privado protegido. El fundamento radica en lograr la desafectación a través de la expropiación para evitar que la afectación al régimen entorpezca la procedencia de la misma. La desafectación al igual que la afectación procede mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y puede efectivizarse por acta registral, por oficio o por acta notarial. (art. 255 del CCC).⁷²³

Además, en forma específica protege a la vivienda que conforma el espacio habitacional de una familia, independientemente del tipo familiar que se elija. Las personas eligen de qué modo ejercer su derecho a formar una familia: o bien bajo el tipo matrimonial o a través de la conformación de una unión convivencial, con la morfología y requisitos exigidos por los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial y, si bien la registración de las uniones convivenciales es exigida solo a los fines probatorios (arts. 511 y 512 del CCC), salvo, justamente, para obtener la protección de la vivienda familiar prevista en el artículo 522 del CCC.⁷²⁴

⁷²³ FOSSACECA y LÓPEZ POLETTI, p. 16 y ss.; BUERES, *op. cit.*, p. 244; PANDIELLA MOLINA, p. 10; SZMUCH, *op. cit.*, p. 31. "El artículo 255 del CCC, de manera taxativa, enumera aquellas situaciones a través de las cuales procede la desafectación y cancelación de la inscripción, cuya principal característica radica en que los efectos cesan respecto de todos los sujetos"

⁷²⁴ HERRERA, M. y PELLEGRINI, M. (2015). "La protección a la vivienda familiar en el Nuevo Código Civil y Comercial". En *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, p. 2.

La regulación de la protección de la vivienda en el matrimonio (art. 456 del CCC) como en las uniones convivenciales (arts. 518 y 522 del CCC) hace notablemente al derecho a la igualdad de todos los habitantes y la necesidad de un Código para una sociedad multicultural.⁷²⁵ 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”.⁷²⁶

En ambos supuestos, es decir, se trate de matrimonios o uniones convivenciales, se garantiza la protección del inmueble sobre el cual se asienta y desarrolla el proyecto de vida familiar común en diversos sentidos: a) en las relaciones entre los miembros de la pareja, matrimonial o convivencial, esto es, en el aspecto interno referido al asentimiento respecto a los actos de disposición sobre la vivienda; b) frente a los acreedores del titular o titulares de la vivienda, o sea, el aspecto externo, la inejecutabilidad de la vivienda familiar; y c) ante el cese o quiebre de la convivencia.⁷²⁷

a) Asentimiento para los actos de disposición sobre la vivienda

El artículo 522 del CCC establece que

Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera 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 6 meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia.

⁷²⁵ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255.

⁷²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, fallo del 8 de marzo de 1990, Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (J.A, 1990 - II), p. 379.

⁷²⁷ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 2.

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 a los convivientes sin hijos. El artículo 522 del CCC exige el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda y de los bienes muebles indispensables en las uniones convivenciales inscriptas, ya que de lo contrario no existe esa limitación. El requisito de la registración de la unión convivencial para que opere la protección de la vivienda no es una exigencia constitutiva de la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda, sino que se impone únicamente para su oponibilidad a terceros de buena fe. Es por ello que entre los convivientes la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda no requiere ningún tipo de registración. Rige entre ellos desde el inicio mismo de la convivencia.⁷²⁸

El artículo en análisis mantiene la posibilidad de que el juez pueda autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. En ese sentido, resultarán aplicables los principios establecidos por el artículo 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.⁷²⁹

Para que la anulación sea procedente deben cumplirse tres extremos: 1) que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento; 2) que ella sea interpuesta dentro del plazo de caducidad de 6 meses contados desde

⁷²⁸ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255. En el mismo sentido opinan BUERES, *op. cit.*, p. 322. SZMUCH, *op. cit.*, p. 22; BUERES, *op. cit.*, p. 383. “La doctrina ha ponderado que los artículos 456 y 522 del CCC refieren a la disposición de los derechos sobre el bien, incluyendo entonces a los supuestos de otorgamiento de uso, usufructo, locación, comodato, cesión de herencia que incluya el inmueble, legados, entre otros”

⁷²⁹ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 255; BUERES, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401-723. Relaciones de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, p. 325.

que se conoció el acto de disposición; y 3) que al momento de invocarse la nulidad la convivencia no se haya interrumpido.⁷³⁰

b) Inejecutabilidad de la vivienda familiar, protección frente a los acreedores

Se establece en los dos modelos de familia la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio (art. 456, 2º párrafo, del CCC), o después de la inscripción de la unión convivencial (art. 522, 2º párrafo, del CCC.), excepto que ambos cónyuges o convivientes contrajeran la deuda de manera conjunta o asintió uno de ellos tal acto.⁷³¹ La incorporación de dicha norma fue juzgada como una solución protectoria del interés familiar puesto que el artículo 1277 del Código Civil de Vélez no lograba proteger a la familia de las deudas contraídas por uno de los esposos.⁷³²

Esta restricción a la agresión patrimonial por parte de los acreedores deriva de la condición de vivienda familiar del inmueble, independientemente de su afectación al régimen de protección de la vivienda previsto en el Capítulo 3 del Libro I, en los artículos 244 al 256 del CCC. Es decir, es una específica cobertura a la vivienda familiar sin necesidad de ninguna

⁷³⁰ SOLARI, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 319. En el mismo sentido opinan AZPIRI, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 241; AZPIRI, J. (2016). *Uniones Convivenciales*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 93; AZPIRI, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 133.

⁷³¹ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 3.

⁷³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A (1993). *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reformas al Código Civil (Decreto n° 468/92)*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA – 1993- IV), p. 856; SOMER, M. (2001). *La tutela jurídica de la vivienda familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA- 2001- IV), fascículo 6, p. 31; LOYARTE, D. (2008). “Cesión de contrato y asentimiento conyugal”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, p. 153.

afectación. Se limita a las uniones convivenciales registradas, pues tratándose de una situación fáctica, es necesario garantizar los derechos de los terceros que de lo contrario podrían resultar afectados.⁷³³

La excepción a la inejecutabilidad estará dada por el hecho de que la deuda sea contraída por ambos convivientes o que haya sido contraída por uno de ellos con el asentimiento del otro.⁷³⁴

c) Atribución de la vivienda familiar ante el cese o quiebre de la convivencia

El matrimonio o la unión convivencial puede finalizar por diversas causas, pero todas ellas conllevan la finalización de la vida en común (arts. 435 y 523 del CCC.). La atribución de la vivienda familiar puede establecerse mediante un convenio regulador en caso de disolución del matrimonio por divorcio (arts. 438 y 439 del CCC) o por pacto de convivencia en el caso de las uniones convivenciales (art. 514 del CCC), lo cual implica la posibilidad de 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, debe seguirse la regla que fija el artículo 517 del CCC al requerir la necesidad de su inscripción en el registro establecido en el artículo 511 del CCC, como así también en el

⁷³³ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 3. SANTANGELO, *op. cit.*, p. 263.

⁷³⁴ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 264. "Quedaré 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".

Registro de la Propiedad Inmueble local, lo cual demandará la suscripción de la escritura pública correspondiente.⁷³⁵

El artículo 526 del CCC prescribe que:

El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

Por consiguiente, a falta de pacto entre los convivientes este artículo establece la posibilidad que el juez atribuya el uso de la vivienda familiar. Las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por el magistrado son : 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. A diferencia de lo que acontece en el caso del matrimonio (art. 443 del CCC), la atribución judicial de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

⁷³⁵ AZPIRI, *Uniones Convivenciales*, op. cit., p. 114; SOLARI, op. cit., p. 334. AZPIRI, *Incidencias del Código Civil y Comercial*, op. cit. p. 134.

tiene un plazo máximo de dos años establecido por la ley. Es decir, 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 años.⁷³⁶

El límite de la atribución de la vivienda de dos años fijado en el artículo 526 se refiere a la relación entre los convivientes, pero ello no impide que se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales. Quedará a criterio judicial determinar si la cobertura de este rubro “vivienda” integra la obligación alimentaria y se efectiviza sobre la misma vivienda que se venía utilizando, en garantía del mantenimiento de la situación fáctica y en beneficio de los hijos.⁷³⁷

La norma analizada 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. Muchos han criticado que la disposición no establece las pautas para la fijación de la renta compensatoria. También faculta al magistrado, a pedido de parte, a ordenar que el inmueble no sea enajenado durante

⁷³⁶ SANTANGELO, *op. cit.*, p. 265; Opinan en el mismo sentido BUERES, *Código Civil y Comercial...*, *op. cit.*, p. 336; MILLÁN, *op. cit.*, p. 155; FAMÁ, M. (2015). “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”. En *Revista La Ley*, 2015-B, p. 921; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, *op. cit.*, p. 385; SOLARI, *op. cit.*, p. 334. “El plazo de uso de la vivienda no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, con un plazo máximo de dos años. Si bien esta norma, tiene su correlato en el matrimonio con el art. 443, y también el juez interviniente podrá limitar el plazo de la atribución de la vivienda, el artículo no fija un plazo tan escueto como los 2 años que se contemplan para los supuestos de uniones convivenciales.”

⁷³⁷ HERRERA y PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 4. “La atribución de la vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad por una razón de mayor peso: el principio de solidaridad familiar. Se trata de una afectación a soportar por el cónyuge o miembro de la unión convivencial a quien no le es atribuido el uso de la vivienda familiar porque se encontraría en mejor situación para poder proveerse otra. En definitiva, y tal como comenzó la presente columna de opinión, se trata de proteger al más débil o vulnerable de allí esta limitación resulta justificada. Aunque ello no significa que no pueda ser limitada temporalmente. Una vez más: los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación.”

el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos convivientes o que el inmueble en condominio no sea partido ni liquidado. Se establece claramente que la resolución judicial será oponible a terceros a partir de su inscripción registral. Dentro de los terceros se comprende al adquirente posterior a la inscripción de la atribución. Si se trata de acreedores de una deuda contraída durante la unión convivencial, se estima que la vivienda no responderá por las deudas en virtud de la inejecutabilidad establecida por el artículo 522 del CCC debido a que el acreedor sabía y conocía que dicho bien no formaba parte de su prenda común. Además, se contempla el caso del inmueble locado pudiendo el conviviente no locatario continuar ocupándolo hasta el vencimiento del contrato, en cuyo supuesto subsisten las obligaciones de pago y de garantías vigentes en el contrato de locación. Esta solución se aplica también para el caso del matrimonio en el artículo 444 del CCC, pero debemos destacar que para las uniones convivenciales este supuesto tiene carácter subsidiario, es decir, a falta de acuerdo en contrario.⁷³⁸

La atribución de la vivienda cesa en los mismos supuestos establecidos por el artículo 445 del CCC para el matrimonio, por lo que tendrá lugar por el cumplimiento del plazo establecido judicialmente, cuando varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al otorgarla, o cuando el conviviente beneficiario incurre en causales de indignidad.⁷³⁹

Si la unión convivencial o el matrimonio cesan por causa de muerte de alguno de los integrantes de la pareja, respecto de la vivienda familiar surgen diferencias debido a que los convivientes carecen de derechos hereditarios. Sin ser herederos los convivientes, cuentan con una protección a la vivienda, que regula el artículo 527 de CCC como “Atribución de la vivienda en caso

⁷³⁸ SOLARI, *op. cit.*, p. 338; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 268; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 385. LLOVERAS, N. (2014). “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura.” En *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*. Buenos Aires: La Ley, p. 99; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 11.

⁷³⁹ BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 385; FAMÁ, “El uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 921; SOLARI, *op. cit.*, p. 341.

de muerte de uno de los convivientes”, pero es una tutela más endeble y no es técnicamente un derecho real de habitación en los términos del artículo 2383 para los supuestos de matrimonio, aunque otorga cierta preferencia para continuar habitando la vivienda familiar. El artículo 527 dispone:

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. 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 ésta.⁷⁴⁰

La ley ha brindado una mayor protección al cónyuge que al conviviente supérstite dado que en caso de convivencia la protección funcionará cuando el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, que se trate de un inmueble de propiedad del causante en su totalidad, sin que exista condominio con otras personas y que haya sido la última sede del hogar familiar. Además, si bien el derecho real de habitación conferido es gratuito, a diferencia del

⁷⁴⁰ MILLÁN, *op. cit.*, p. 145; MORÓN, A. (2015). “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley, p. 124; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 270; BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, op. cit.*, p. 386; PANDIELLA MOLINA, *op. cit.*, p. 11; OLMO, J. (2014). “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley, p. 121. “De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar”.

matrimonio no rige de pleno derecho. Debe solicitarlo expresamente y no es vitalicio, ya que su duración está limitada al plazo máximo de dos años. 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. En cambio, el derecho real de habitación gratuito del cónyuge supérstite no prevé causales de extinción.⁷⁴¹

⁷⁴¹ MORÓN, *op. cit.*, p. 124; MILLÁN, *op. cit.*, p. 145; LLOVERAS, “Uniones convivenciales...”, *op. cit.*, p. 99; SANTANGELO, *op. cit.*, p. 270; BUERES *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, *op. cit.*, p. 386; SZMUCH, *op. cit.*, p. 32; LORENZETTI, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 363. “Se trata de una adquisición legal que se regula también en el artículo 1894 del CCC y dispone: “Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”. Este derecho se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial No debe confundirse que el derecho sea conferido *ministerio legis*, con que opere *ipso iure*. Para la publicidad y su correspondiente oponibilidad frente a los herederos y otros terceros resultará necesaria su invocación, que 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. La doctora Herrera asevera que el conviviente supérstite tampoco debe contar con otros bienes suficientes, verbigracia: derivados de un emprendimiento o establecimiento comercial, que le permitieran el acceso, por ejemplo, mediante una locación, a una vivienda independiente. El derecho real de habitación gratuito *ex lege* del conviviente supérstite tiene fijado un plazo máximo de duración de dos años (art. 527). Si bien nada expresa la ley al respecto, esa limitación no rige, si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2. 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño). Para morigerar la lesión al derecho de propiedad de

IX. Conclusiones

El derecho romano destacó la importancia del domicilio conyugal como lugar de residencia común de los esposos para la constitución y el desarrollo de la vida familiar, pero no legisló sobre la protección de la vivienda.

Actualmente, los cambios socioculturales, la recepción constitucional del derecho a la vivienda, las transformaciones en las relaciones personales, los vacíos legales de la antigua Ley de Bien de Familia y la regulación de todas las formas familiares, ya sean matrimoniales o convivenciales, hicieron que se legislara de manera diferente la constitución y protección de la vivienda. La nueva legislación modernizó y amplió el antiguo régimen de la Ley 14.394, ya que admitió entre los beneficiarios a los convivientes que se encuentren registrados. Asimismo, requiere el consentimiento de ellos para la transmisión del inmueble afectado, la desafectación y la cancelación de la inscripción, incluye el tema de la subrogación real del bien por otro adquirido posteriormente y admite que el mismo constituyente puede ser beneficiario de la afectación y no es necesario que tenga familia. Todas estas reformas introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina resultan muy valiosas, ya que garantiza la protección del derecho a la vivienda familiar que es uno de los derechos humanos básicos e indispensables para el desarrollo de las personas, dado que no solo tiene un valor patrimonial sino también extrapatrimonial, porque le brinda amparo, intimidad y seguridad.

los sucesores aceptamos que una vez transcurrido el plazo de dos años de gratuidad el juez pueda, a pedido de parte interesada, imponerle al supérstite y, en su caso, a su conviviente una renta compensatoria por el uso del inmueble. Pero si incumplieran dicha obligación, no se podrá desalojar mientras el niño sea menor de edad y viva allí, pues por mandato constitucional prevalece el interés superior del niño respecto de la cuestión patrimonial!"

Bibliografía

ARANGIO RUIZ, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

AZPIRI, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

AZPIRI, J. (2016). *Uniones Convivenciales*. Buenos Aires: Hammurabi.

AZPIRI, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

BELLUSCIO, A. (1998). *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

BONFANTE, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.

BUERES, A. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi.

BUERES, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401-723. Relaciones de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.

Cámara Nacional Civil, Sala G 23/03/93 (152-599). Buenos Aires, Ed. El Derecho, 1993.

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889). *Cuerpo de Derecho*. Barcelona: Lex Nova.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo del 8/3/90, Buenos Aires, 1990, Jurisprudencia Argentina, (JA, 1990- II-379).

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L. (2001). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant da Blanch.

- DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- FAMÁ, M. (2015). “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”. En *Revista Thomson Reuters sobre el Código Civil y Comercial*, Ed. Thomson Reuters.
- FAMÁ, M. (2015). “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”. En *Revista La Ley*. Buenos Aires, 2015-B.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M. (2004). “Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano Arcaico”. EN LÓPEZ ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel.
- FOSSACECA, C. y LÓPEZ POLETTI, F. (2017). “El estudio de la vivienda única desde el punto de vista del Derecho de las obligaciones y de los Derechos Reales”. En *Revista de Derechos Reales*. Nº 16.
- GALLI FIANT, M. (2015). “Condominio entre ex convivientes y protección de la vivienda para los hijos”. *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- GARCÍA GARRIDO, M. (1985). *Derecho Privado Romano. Instituciones*. Madrid: Dykinson.
- HERRERA, M. y PELLEGRINI, M. (2015). “La protección a la vivienda familiar en el Nuevo Código Civil y Comercial”. En *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A (1993). *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el Proyecto de Reformas al Código*

Civil (Decreto nº 468/92). Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA – 1993- IV).

LORENZETTI, R. (dir.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LOYARTE, D. (2008). “Cesión de contrato y asentimiento conyugal”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires.

LLOVERAS, N. (1993). *La protección de la vivienda familiar*. Tomo E. Buenos Aires: La Ley.

LLOVERAS, N. (2014). “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”. En *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia*. Buenos Aires: La Ley

MILLÁN, F. (2015). “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar”. En *ADLA*, 21.

MORÓN, A. (2015). “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley.

OLMO, J. (2014). “*Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación*”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: Thomson-La Ley.

ORTOLÁN, M. (1873). *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Tomo I. Madrid: D. Leocadio López Editores.

PANDIELLA MOLINA, J. (2015). “Protección de la vivienda y uniones convivenciales”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Ed. Thomson-La Ley.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1971). *Reglas de Ulpiano*.

Traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar. Buenos Aires: Lerner.

PUJAL, M. (2004). “La concepción jurídica del matrimonio romano clásico”. En LÓPEZ

ROSA, R. y DEL PINO TOSCANO, F. (eds.). *El Derecho de familia de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva.

RIVERA, J. (1994). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General.* Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ROUILLÓN ALMEIDA, D. (2010). *Bases romanas justinianas del concubinato actual.* Lima: Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SANTANGELO, M. (2013). “La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 17, Buenos Aires, Ed. UCES.

SCHIPANI, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina con la traducción de Ildelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

SOLARI, N. (2017). *Derecho de las familias.* Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.

SOMER, M. (2001). *La tutela jurídica de la vivienda familiar en el régimen patrimonial del matrimonio.* Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina (JA- 2001- IV).

Suprema Corte de Buenos Aires, SCBA, fallo C97295, 21/3/2012, “N., M.D. y otra. Adopción plena”, B 3901803, Buenos Aires, 2012.

SZMUCH, M. (2015). “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial,

la protección de la vivienda y los pactos de convivencia”. En *Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 919.

TORRENT RUIZ, A. (2005). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL.

TORRENT RUIZ, A. (1995). *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer SL.

ZANNONI, E. (1998). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.