



Trabajo Final de Graduación

“El Régimen Legal de la Atribución del uso de la Vivienda Familiar en el Código Civil y Comercial de la Nación ante el Divorcio y el cese de la Unión Convivencial”

Marina Florencia Giordano

Universidad Empresarial Siglo 21

RESUMEN

El presente trabajo final de graduación, intenta explicar detalladamente una cuestión de gran relevancia para el derecho de familia, como es la atribución del uso de la vivienda familiar.

Este instituto fue receptado e incorporado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de dar soluciones concretas, que garanticen el efectivo acceso a la vivienda de los integrantes más vulnerables de la familia, ante el divorcio o cese de la unión convivencial.

De esta manera se otorga una respuesta a la sociedad actual, y se coloca al Código Civil y Comercial, en consonancia con las normas de jerarquía constitucional que ordenan la protección de la familia y el acceso a la vivienda.

A lo largo del presente trabajo se desarrollaran las pautas orientadoras que la norma prevé, para que el juez decida en el caso concreto la atribución de la vivienda familiar, el plazo de duración, los efectos y el cese, según se trate de la ruptura matrimonial (divorcio) o el cese de la unión convivencial.

Palabras Clave: Derecho a la vivienda - Atribución de la vivienda familiar – Divorcio – Unión convivencial.

ABSTRACT

The present final work of graduation, tries to explain in detail a question of great relevance to family law, as is the attribution of the use of the family home.

This institute was received and expressly incorporated into our legal system, in order to provide concrete solutions that guarantee effective access to the housing of the most vulnerable members of the family, before the divorce or cessation of the coexistence union.

In this way a response is granted to the current society, and the Civil and Commercial Code is placed in accordance with the constitutional hierarchy rules that order the protection of the family and access to housing.

Throughout this work will develop the guiding guidelines that the rule provides, so that the judge decides in the concrete case the attribution of the family home, the term, duration and cessation, depending on the case of marital breakdown (divorce) or the termination of the coexistence union.

Keywords: Right to housing - Attribution of family housing - Divorce - Coexistence union.

AGRADECIMIENTOS

Este Trabajo Final de Graduación va dedicado muy especialmente a familiares y amigos, quienes con su presencia y apoyo, siempre me alentaron a perseverar hasta conseguir este logro.

A Dios por brindarme su amor y ayuda incondicional en cada etapa de mi vida.

A la Universidad Siglo 21, que me dio la posibilidad cumplir mi sueño académico.

Marina Florencia Giordano

INDICE

Introducción.....6

CAPITULO I: DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR. TRATADOS INTERNACIONALES, CONSTITUCIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES. JURISPRUDENCIA ARGENTINA.....8

1.1 Concepto.....8

1.2 Derecho a la vivienda como derecho humano.....9

1.3 Derecho sobre la vivienda.....10

1.4 Derecho a la vivienda en: Tratados Internacionales, Constitución Nacional
y Constituciones Provinciales.....10

1.5 Derecho a la vivienda en la jurisprudencia Argentina.....16

CAPITULO II: PROTECCION DE LA VIVIENDA ANTE LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. DIVORCIO.....20

2.1 Concepto.....20

2.2 Naturaleza Jurídica.....22

2.3 Fuentes.....23

2.4 Modalidades.....24

2.5 Pautas.....25

2.6. Oportunidad procesal para el reclamo.....29

2.7 Efectos.....30

2.8 Cese.....35

2.8.1 Causas.....35

2.9 Facultades del Juez en la atribución del uso de la vivienda familiar.....37

2.10 Atribución de la vivienda como medida cautelar.....37

CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA RUPTURA DE LA UNION CONVIVENCIAL.....41

3.1 Regulación en el Código Civil y Comercial.....41

3.2 La protección de la vivienda familiar.....	42
3.3. Distintos supuestos.....	43
3.4. Facultades del Juez.....	46
3.5 Continuación de la locación.....	47
3.6 Cese de la atribución.....	47
3.7 Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.....	48
3.8 Atribución cautelar de la vivienda.....	48
3.9 Diferencias con el Régimen Matrimonial.....	49
CONSIDERACIONES FINALES.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUCCIÓN.

El objeto de esta investigación, es analizar, evaluar y describir el régimen legal de la atribución de la vivienda familiar, incorporado por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de proteger el acceso a la vivienda, de los integrantes de la familia que se encuentren en una situación de vulnerabilidad ante el divorcio o el cese de una unión convivencial. Con dicho objeto se ha reunido material de diversas fuentes, tales como doctrina, y jurisprudencia.

El desarrollo del Trabajo Final de Graduación se realizará en tres capítulos. En el primer capítulo se analizarán el concepto de la vivienda, el derecho a la vivienda como derecho humano y su importancia en el desarrollo de la familia, conforme lo establecido en la Constitución Nacional y Provinciales, Tratados Internacionales, y jurisprudencia en la materia.

En el segundo capítulo se estudiará la protección de la vivienda ante el divorcio, su naturaleza jurídica y fuentes, las modalidades que regula el Código al respecto, las diversas pautas a tener en cuenta por el juez para su resolución y su oportunidad procesal para reclamar, los diferentes efectos que se pueden presentar, el cese de la atribución y sus diferentes causas, las facultades que puede adoptar el juez y la atribución de la vivienda como una medida cautelar en caso de urgencia, y jurisprudencia del tema.

En el tercer capítulo se desarrollará la protección de la vivienda ante el cese de la unión convivencial, su regulación en nuestro Código Civil y Comercial, diferentes supuestos que se pueden presentar, las facultades del juez, la continuación de la locación en el caso de inmueble locado, los supuestos de cese de la misma, la atribución en caso de muerte de uno de los convivientes, también como medida cautelar en la atribución de la vivienda, las diferencias que existen con el régimen matrimonial, y jurisprudencia referida al respecto.

Por último, se elaborarán las conclusiones parciales de cada Capítulo presentado y una consideración final de todo el trabajo desarrollado.

La utilidad de este trabajo, consiste en brindar información detallada y completa de toda regulación de la ley concerniente a este instituto jurídico, sus fundamentos, analizando las modalidades, pautas de determinación judicial, reclamo, efectos y cese.

Por lo expuesto anteriormente, y por la importancia de la Atribución de la vivienda familiar, pretendo desarrollar un marco teórico en el cual se expone toda la temática referida al problema a tratar en este TFG.

A partir del problema de investigación establecido, el tipo de metodología a utilizar es el descriptivo. Se utiliza el método descriptivo cualitativo, ya que el propósito del presente trabajo, es analizar el régimen legal de la atribución de la vivienda familiar ante la disolución del matrimonio y de las uniones convivenciales.

Capítulo 1: Derecho a la vivienda familiar. Tratados internacionales, Constitución Nacional y Constituciones provinciales. Jurisprudencia Argentina.

1.1 Concepto

La vivienda de la familia se constituye como el lugar físico de asiento, en el cual todos sus integrantes permanecen y desarrollan su vida cotidiana, configurando su existencia en un determinado lugar de la ciudad o en las afueras de la misma, donde se desenvuelve la vida familiar.

El hogar es fundamental para la formación del núcleo familiar, ya que constituye la base de todas las actividades y donde sus integrantes tendrán refugio, protección, cuidado, desarrollo diario, seguridad e infraestructura, posibilidad de manutención, habitabilidad, accesibilidad, etc.

A raíz de su importancia para el desarrollo humano y familiar, la vivienda ha merecido una especial protección por parte de la ley. Se ha dicho que “la vivienda tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial, sino esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, el amparo a su integridad física, pues lo protege de peligros de la naturaleza y de las amenazas de malvivientes; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos; en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad” (Kemelmajer de Carlucci, 1995, p. 29).

Se instituye en un eje fundamental para la dignidad, salud y desarrollo de toda persona como tal. Siendo la vivienda un pilar sobre los cuales se funda la protección a derechos fundamentales, como la salud, la intimidad, y la vida, resulta importante analizar el derecho a la vivienda como un derecho fundamental de la familia constituida y de la persona como individuo.

Conceder la atribución de la vivienda familiar, se establece no solo como protección sino también como la necesidad, frente a un grupo familiar que se encuentra en una situación de vulnerabilidad por diferentes circunstancias, logrando su acceso y de esa forma garantizando el hogar que fue sede de dicha familia.

“El bien jurídicamente protegido, no sólo es el fin social de la vivienda como unidad económica familiar, sino especialmente la familia en sí misma” (Kemelmajer de

Carlucci, 1995, p. 83). Por estos motivos resulta de gran relevancia analizar el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales de las personas y también de las familias.

1.2 Derecho a la vivienda como derecho humano

El derecho a la vivienda, es el derecho a acceder a un lugar físico en el que la persona encuentre un ámbito de protección, intimidad, y desarrollo personal y familiar. Cuando este derecho involucra a la familia, se entrecruza con otro derecho como es la protección integral de la familia, en el cual se puede observar que, como derecho humano, se trata de un mismo derecho en el cual se protege y regula, el acceso y a así también su protección.

La vivienda es un derecho humano, ya que se encuentra regulada en un gran marco jurídico para su protección, no solo en la legislación nacional, también en la Constitución Nacional, y especialmente en los Tratados Internacionales.

Es de fundamental importancia, señalar que la incorporación de forma explícita de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, posibilita la inclusión de normas internacionales que consagran la protección de la vivienda (art 75 inc. 22, CN), e impone a la legislación de jerarquía inferior y a todos los órganos de gobiernos (nacionales y provinciales) el deber de proteger y garantizar el acceso y permanencia de la vivienda como ámbito de desarrollo de las relaciones familiares. El ejercicio de este derecho debe estar garantizado por el Estado, ya sea a través del fomento para acceso a la vivienda, o de herramientas de protección sobre ella.

De esta forma, el derecho humano a la vivienda se contempla como “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a acceder y mantener un hogar y una comunidad en que puedan vivir en paz y dignidad” (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015, p. 250).

La importancia que tiene habitar una vivienda segura, para la persona y calidad de vida de los integrantes de un grupo familiar, como derecho y necesidad humana fundamental, lleva a comprender de este modo la correlación que existe entre la vivienda y los derechos humanos.

1.3 Derecho sobre la vivienda

El derecho a la vivienda como acceso a un lugar físico seguro en el cual la persona y/o familia se encuentra protegida, está contemplado dentro de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y también incorporados en diversos Tratados Internacionales, art 75 inc. 22 (Kemelmajer de Carlucci, 2010).

Como se explicó, el derecho a acceder a una vivienda digna como derecho fundamental de la persona, se trata de la posibilidad de gozar de un lugar físico de permanencia del núcleo familiar, de manera segura y en paz para el desarrollo de su vida cotidiana.

En cambio, el derecho sobre la vivienda se establece como aquel conjunto de protecciones jurídicas referidas a ella. Por ejemplo, el titular de la vivienda, por el solo hecho de estar consagrada la misma como un inmueble destinado a vivienda familiar, puede solicitar su afectación a la inscripción en el Registro de la Propiedad competente, según lo establecido en art. 244 del CCCN.

El efecto principal de dicha afectación, es la protección de la vivienda frente a la ejecución por parte de los acreedores, por deudas contraídas con posterioridad a su inscripción. Este derecho garantiza el pleno desenvolvimiento del núcleo familiar y sus integrantes, a vivir en un hogar digno, seguro y protegido para todos los actos de la vida cotidiana.

1.4 Derecho a la vivienda en: Tratados Internacionales, Constitución Nacional y Constituciones Provinciales.

La protección de la vivienda se ha receptado en diversos Tratados de Derechos Humanos, los cuales se destacarán a continuación. Es de fundamental importancia, señalar que la incorporación de forma explícita de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, posibilita la inclusión de normas internacionales que consagran la protección de la vivienda (art 75 inc. 22, CN), e impone a la legislación de jerarquía inferior y a todos los órganos de gobiernos (nacionales y provinciales) el deber de proteger y garantizar el acceso y permanencia de la vivienda como ámbito de desarrollo de las relaciones familiares.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en Diciembre de 1948, menciona en dos de sus artículos a la vivienda y la familia, en lo relativo a su seguridad y protección. El artículo 16 dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”, y el artículo 25 establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; y en especial la alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios”.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Colombia, en mayo de 1948, en su artículo 23 establece: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a sus necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

Cabe destacar que hace mención a la propiedad privada, la cual se correlaciona con el hogar, asiento de desarrollo de las necesidades básicas de la persona y grupo familiar, para su dignidad y seguridad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en el año 1969, en cuyo artículo 17 dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la Sociedad y debe ser protegida por la Sociedad y el Estado”.

Refiere a la familia, como el centro de derechos y deberes, en el que se desenvuelve toda persona y sus integrantes. La cual, por el hecho de ser el fundamento y base de toda sociedad, debe ser especialmente protegida por el Estado, para así garantizar el pleno desarrollo de sus integrantes.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscripto en Nueva York en el año 1966, establece en su artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Se dispone que los Estados que intervienen en el referido Pacto, deben asegurar y/o proteger el derecho a toda persona y núcleo familiar, a una vivienda digna, más allá

de abastecer también demás necesidades fundamentales del hombre para su mejor desarrollo, tal como la alimentación y vestimenta.

La Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, firmada en Nueva York, en el año 1965, establece que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos, entre ellos, hace referencia a los Derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el Derecho a la vivienda (art.5, inc.e, iii).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, establece en su artículo 14 inc. h, para mujeres de zonas rurales, “el derecho de gozar en condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

Hace referencia a la protección de la mujer, contra la discriminación, y asegurar las condiciones adecuadas de vivienda digna y servicios indispensables, especialmente de los sectores más postergados.

Por último, y fundamental se menciona la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Podemos señalar que todos los derechos consagrados en esta convención, llegan al mismo objetivo: lograr el pleno y armonioso desarrollo de niño en todas las esferas de su vida. Para ello, debe predominar la seguridad de un hogar para habitar y desarrollarse, de fundamental importancia, cuando los integrantes de dicha vivienda son niños menores de edad.

El Artículo 27, punto 1 dispone: “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, y el punto 3 de dicha norma establece: “Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho, y en caso necesario, proporcionarán asistencia maternal y programas de apoyo, particularmente, con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

Cabe señalar, que los Estados que integran dicha Convención, deben dar garantías suficientes para que todo niño se desenvuelva en un nivel de vida adecuado, y también de acuerdo a sus recursos, deben brindar sus responsables, en cumplimiento de su derecho y su plena eficacia, asistencia, alimentación y vivienda digna para su apropiado desarrollo, psicofísico, moral y social.

La protección de la vivienda familiar constituye un instituto de gran relevancia en el ámbito de las legislaciones, cualquiera sea la forma familiar elegida por sus integrantes. Inspira a proteger la vivienda de los cónyuges y la de sus hijos, tiene un sentido económico y social, y su base en la Constitución Nacional, art 14 y art 14 bis (Veloso, 2014). Existe una evidente interacción entre la protección de la familia y el derecho a la vivienda, cuyo fin último es el bienestar general de sus integrantes.

La Constitución Nacional en su artículo 14, consagra que todos los habitantes gozan de los derechos cuyas leyes reglamentan su ejercicio, entre ellos; usar y disponer de su propiedad, la cual hace referencia a la propiedad privada o vivienda, como centro de desarrollo de necesidades esenciales de toda persona y su familia, como un derecho humano fundamental que debe ser garantizado por el Estado.

Mientras que en el art. 14 bis de nuestra Carta Magna (incorporado por la reforma de 1957), consagra de manera expresa el derecho de acceso a la vivienda. En dicho artículo se ven consagrados los llamados derechos de segunda generación o económicos y sociales, el cual reza: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter integral e irrenunciable... La ley establecerá la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Conforme se ha expuesto anteriormente, mediante la reforma del año 1994, la Constitución Nacional incorporó la recepción de diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en su art 75 inc.22, en los que se recepta el derecho a la vivienda como derecho fundamental del progreso y desarrollo del hombre. Cabe destacar, que dichos tratados han incorporado una serie de normas, tendientes no solo a garantizar el acceso a la vivienda, sino también a proteger la permanencia en la misma.

Es importante señalar, que el ejercicio de este derecho debe ser garantizado por el Estado, a través de los instrumentos que posibiliten el acceso a la misma, y en su caso, dotar a las personas de las herramientas jurídicas necesarias para su protección (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015). De ahí, la importancia de técnicas que posibiliten contrarrestar todo tipo de acciones contrarias a este derecho, a través de un abanico de normas idóneas creadas al efecto.

Se observa, que frente a una laguna o vaguedad en la legislación respectiva sobre la vivienda podría generar, como consecuencia indeseable, la vulneración de un derecho reconocido por la Constitución Nacional (Koon y Mesquida, 2014).

Las Constituciones de las diferentes provincias también han receptado la necesidad de la protección a la vivienda, “como medio natural para la iniciación del ser humano en responsabilidades comunitarias y en solidaridad” (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015, p. 255).

La Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 34 dispone: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y debe gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado la protege y le facilita su constitución y fines. El cuidado y la educación de los hijos es un derecho y una obligación de los padres; el Estado se compromete en su cumplimiento. Se reconoce el derecho al bien de familia”. Mientras que en el art. 58 establece que “Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental”.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 36, establece: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales: A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: 1. De la familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material. 7. A la vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda única y de ocupación permanente, a las familias radicadas o

que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos”.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 31, reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado.

La Constitución de Chaco, en su artículo 35, dispone: “La familia, basada en la unión de un hombre y una mujer, como célula primaria y fundamental de la sociedad, es agente natural de la educación y le asiste tal derecho respecto de sus hijos, de acuerdo con sus tradiciones, valores religiosos y culturales. Posee derecho al resguardo de su intimidad. El Estado protege integralmente a la familia y le asegura las condiciones necesarias para su constitución regular, su unidad, su afianzamiento, el acceso a la vivienda digna y al bien de familia”.

La Constitución de la Provincia de Salta, establece en el Art. 37: “De la vivienda. Los poderes públicos facilitan el acceso de los sectores de menores ingresos a una vivienda digna y promueven la constitución del asiento del hogar como bien de familia.”

La Constitución de la Provincia de Santa Cruz, su Art. 54, dice “El bien de familia y los elementos necesarios para el trabajo manual o intelectual serán inembargables.” Y el art 56 sostiene: “La Provincia protegerá la institución familiar mediante una legislación que asegure la constitución y estabilidad de su patrimonio. En ningún caso el impuesto a la transmisión gratuita de bienes de padres a hijos, afectará el bien de familia y el sustento y educación de los hijos.

Constitución de la Provincia de Santa Fe, consagra en el Art. 21, que: “El Estado crea las condiciones necesarias para procurar a sus habitantes un nivel de vida que asegure su bienestar y el de sus familias, especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda...”

La Constitución de la provincia de Santiago del Estero, en su CAPITULO IV – De la familia, el Art. 27 establece: “Promoción de la familia. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Debe gozar de las condiciones sociales, económicas, culturales y los servicios esenciales necesarios para su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado provincial la protege, facilita su promoción y el cumplimiento de sus fines. El cuidado y la educación de los hijos son un derecho y una obligación de los

padres. El Estado provincial asegura su cumplimiento. Se fomenta la incorporación de las viviendas al régimen de bien de familia.”

La Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en su Art. 28, sostiene “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y debe gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado provincial la protege y le facilita su constitución y fines. El cuidado y la educación de los hijos son un derecho y una obligación de los padres. El Estado provincial asegura su cumplimiento. Se reconoce el derecho a proteger una vivienda como bien de familia.”

1.5 El derecho a la vivienda en la jurisprudencia Argentina

Sin pretender agotar la temática tratada, se expone jurisprudencia de nuestro país, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como de tribunales inferiores, en relación al derecho a la vivienda.

En dichos fallos, se tratan someramente los distintos criterios utilizados por los tribunales, que nos permiten avizorar en los casos concretos, los alcances de la operatividad de este derecho consagrado en la Constitución nacional e Instrumentos internacionales.

En el primer caso, La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un pronunciamiento de fecha 24/4/2012, revocó la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y ordenó al Gobierno porteño que intervenga con programas necesarios de asistencia social y salud para asegurar a un niño discapacitado y a su madre en “situación de calle”, la atención y cuidado suficiente a su enfermedad, asesoramiento para solución de causas de problemática habitacional, así como garantizar a la actora un alojamiento en condiciones dignas, considerando la situación del menor. Asimismo, ordenó mantener una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permite abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad.

Entre sus fundamentos el máximo tribunal ha dicho “Al estar en juego el derecho a la vivienda, el Estado debe brindar una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente. La erogación estatal debe ser

idónea para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible. No se trata de evaluar el precio del servicio y, dado su costo, considerar cumplido el deber que le incumbe al Estado, sino de valorar su calidad por su adecuación a las necesidades del caso.” (Voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

La importancia de este precedente jurisprudencial, amén de constituir una interpretación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, consagró la justiciabilidad de cuestiones del derecho a la vivienda en el caso concreto.¹

En un caso resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, se confirmó lo resuelto en las instancias judiciales inferior, haciéndose lugar a la acción de amparo y ordenando a la Provincia de Río Negro y a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, a brindar una solución habitacional acorde a las necesidades de salud de la amparista. Asimismo, se ordena al Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda (IPPV) para que remita al Consejo Provincial para las Personas con Discapacidad de la Provincia de Río Negro el legajo de la misma para que evalúe los antecedentes, y proceda a incluirla dentro del listado de prioridad en el acceso a la vivienda.²

El máximo tribunal rionegrino, hizo suyos los fundamentos de la Corte Suprema manifestando que: “La CSJN ha señalado que el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes (voto del juez Enrique Santiago Petracchi, en 64. XLVI; RHE, “Q. C., S. Y c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24/04/2012).”

Asimismo, en otros de su fundamento expresó: “Cabe recordar que la situación especial del caso encuentra vasta protección en los arts. 14 bis, 33 y 75 inc. 22° y 23° de

¹CSJN, “Q. 64. XLVI.- Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, 24 de abril de 2012.

²Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “Ulloa, Andrea del Carmen c. Prov. de Río Negro y otros s/ amparo s/apelación”. 7 de abril de 2015.

la Constitución Nacional; 2º, 11º y cctes. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 4º, 5º y 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 8º, 22º y 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1º, 3º, 4º, 7º, 16º, 19º, 23º y 28º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y arts. 43 y 36 de la Constitución Provincial. Se observa en el caso una omisión en el actuar del Estado en el reconocimiento y la atención de un derecho fundamental y por ello corresponde inclinarse por la confirmación del fallo atacado, cuyo alcance no profana la actividad de otro Poder, sino que ordena que tal actividad sea cumplida perentoriamente, teniendo en claro que la excepcionalidad ya está dada por la normativa supra e infra constitucional citada y de aplicación al caso”.

En otro caso, de relevante resolución, la actora inició una acción de amparo contra el Instituto Provincial de la Vivienda (IPV) por la cual solicitó la tenencia precaria de la vivienda que le había sido originalmente adjudicada a su grupo familiar. La accionante manifestó que, desde la adjudicación de la tenencia precaria por parte del IPV, habían variado sus condiciones familiares, ya que transitaba un proceso de divorcio vincular, había denunciado a su ex marido por violencia doméstica y los dos hijos de la pareja habían quedado a su cargo. A pesar de ello, el organismo demandado sostenía que el acta de entrega de la tenencia precaria de la vivienda debía ser firmada por ambos. El juez de primera instancia rechazó la acción por considerar que la conducta del organismo demandado no resultaba arbitraria o ilegal. Contra esa decisión, la actora interpuso recurso de apelación.

Llegado el caso a decisión de la Corte de Justicia de Salta, esta resuelve hacer lugar al recurso, y ordenó al IPV que otorgue la tenencia precaria de la vivienda a la accionante. Para así decidir, el tribunal sostuvo que "...si bien `prima facie´ la actividad denunciada como arbitraria por la amparista podría ser materia de los procedimientos ordinarios, se advierte que está en juego el acceso a una vivienda digna, derecho protegido constitucionalmente (art. 14 bis de la C.N.) ... se verifica que existe una relación directa entre la materia del pleito y la cuestión constitucional invocada por la actora que en el caso exige una protección expedita y rápida".

Asimismo, el tribunal invocó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belém do Pará y expresó

que "... la posición adoptada por el IPV en consonancia con el dictamen de su asesoría jurídica, evidencia –como lo plantea la demandante– una violencia institucional contra la mujer, en los términos del art. 6º inc. b) de la Ley 26.485" y que dicho organismo "...hizo caso omiso del estado de vulnerabilidad denunciado por la interesada, quien pusiera de relieve a la autoridad del IPV que lo exigido implicaba exponerla a la delicada situación de violencia y agresión del nombrado..."³

Conclusión parcial

En este capítulo, se ha desarrollado el concepto de la vivienda familiar y el derecho al acceso a la misma, como base fundamental para el desarrollo de la familia y como derecho humano.

Asimismo, se analizó el derecho sobre la vivienda, como ese conjunto de medidas dispuestas por el derecho para la protección y defensa de la vivienda que constituye sede del hogar familiar.

Tanto el acceso a la vivienda, como su protección, han sido consagrados normativamente y por Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que en nuestro país gozan de jerarquía constitucional, como por la Constitucional Nacional y las constituciones provinciales.

Por último, y como cierre del capítulo, se analizan someramente diversas soluciones jurisprudenciales, que han dotado de operatividad en casos donde se requería su concreta protección.

Se concluye que tanto la Constitución Nacional como las diversas Constituciones Provinciales que se han expuesto anteriormente, adoptan diferentes fórmulas para exponer de manera clara, su preocupación por la protección del derecho a la vivienda, como derecho humano, su acceso y permanencia en la misma en situaciones de vulnerabilidad de integrantes de una familia. Dicha protección, se consigue a través de utilización de herramientas jurídicas eficaces, cuyo norte es la protección de la persona y su hogar, como así también de la familia, siendo el Estado, tanto nacional como provincial, quien debe tomar el protagonismo y velar por su debida garantía.

³Corte de Justicia de Salta, "S, IV vs. Instituto Provincial de la Vivienda". 4 de junio de 2015.

Capítulo 2: La protección de la vivienda en la ruptura del vínculo matrimonial. Divorcio

En este capítulo se desarrolla una primera aproximación a todo lo expuesto por la legislación nacional, en lo referido a la Atribución de la Vivienda Familiar luego de la ruptura matrimonial. Se considera, que el problema en torno al uso de la vivienda con posterioridad al divorcio está regulado como uno de los efectos del mismo.

Ante la realidad del divorcio, el marco jurídico vigente debe contemplar soluciones a los integrantes de esa familia en ruptura, con el objetivo de establecer quien o quienes continuaran habitando el inmueble que fuera sede del hogar conyugal.

La prestigiosa jurista, Kemelmajer de Carlucci (1995, p. 225) ha dicho: “...el problema de la vivienda se agudiza durante las crisis familiares (nulidad, divorcio, separación). Determinar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión entre los bienes (regidos por los principios de los derechos reales y personales) y las exigencias familiares (dominadas por el Derecho de Familia) representa uno de los puntos cruciales a la hora analizar las consecuencias de estas graves vicisitudes matrimoniales...”.

La decisión respecto a cuál de los cónyuges se le va a atribuir el uso de la vivienda, puede ser tomada libremente por ellos y ser contemplada en el correspondiente convenio regulador. En caso contrario, y ante la falta de acuerdo de las partes, es necesario analizar las pautas legales, y las facultades del juez a los fines de resolver respecto a su procedencia y alcances en el caso concreto. Por otra parte, es preciso analizar las causas legales de cese, de este derecho.

Todo ello a los fines de comprender exhaustivamente el problema de investigación planteado en el del presente trabajo.

2.1 Concepto

La Atribución del uso de la Vivienda Familiar, es un instituto del Derecho de Familia, cuyo fin específico es conceder el uso de la vivienda a los integrantes de la familia que se encuentren en una situación de vulnerabilidad ante la ruptura matrimonial (Pellegrini, 2014).

Se trata de un derecho personalísimo, y como tal inajenable e intransmisible, propio de las relaciones familiares, y cuya fundamentación es eminentemente asistencial y de solidaridad familiar.

Lo que se concede es el uso del inmueble que fuera la sede del hogar conyugal, sin que por esta circunstancia se altere la titularidad del mismo. Sin perjuicio que constituye una restricción al dominio de su titular. Se presenta como una de las formas que tiene la ley para brindar protección, y puede implicar el retiro de uno de los cónyuges, o el reintegro del que solicita su atribución (Roveda, Sasso, y Robba, 2012). No se trata de un derecho nuevo, sino de mantener y salvaguardar la continuidad del uso de la vivienda a uno de los cónyuges (Pellegrini, 2014).

Se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), en sus arts. 443 a 445, donde se receptan determinadas pautas a ser tenidas en cuenta por el juez, al resolver atribuir el uso de la vivienda familiar, ante la ruptura y la falta de acuerdo de los cónyuges.

La normativa trata la temática como un efecto del divorcio, por lo cual es independiente del régimen patrimonial matrimonial que hayan elegido los cónyuges, el cual establece la posibilidad de que uno de los cónyuges pida se le atribuya la vivienda familiar, ya sea un bien propio de cualquiera de ellos o un bien ganancial, en el que el magistrado evalúa de acuerdo a la situación de vulnerabilidad que atraviesa la familia, a través de una serie de pautas orientadoras.

Las pautas a ser consideradas por el magistrado son objetivas, con un sentido tuitivo de la parte más débil o vulnerable, que verificadas en el caso concreto, tornan viable la procedencia del pedido.

Por último, es importante aclarar que este derecho de uso, se refiere y recae sobre el inmueble que fue sede de la vivienda familiar. Sin perjuicio de ello, en algún caso particular, puede resolverse excepcionalmente la atribución en otro inmueble que no haya sido usado como sede del matrimonio. Lo fundamental es procurar resolver, aunque sea limitadamente, el problema habitacional de la parte más vulnerable, con base en la solidaridad familiar (Duprat, 2015).

2.2 Naturaleza Jurídica

La Atribución de la vivienda familiar, se funda principalmente en la necesidad de brindar protección y garantías suficientes, que lleven a evitar situaciones perjudiciales para los integrantes de la familia, a causa de la ruptura matrimonial, que puedan perjudicar a los integrantes del núcleo familiar, más aún, si habitan menores de edad, con el fin de obtener la permanencia en el hogar que fue sede de la vida familiar, en respeto al centro de vida de los hijos menores, las necesidades básicas y el desarrollo moral y social de los individuos.

Ante la ruptura del matrimonio, no se supone que siempre los integrantes de la familia dejen de habitar en la vivienda que fue sede familiar. Sin perjuicio de ello, la ley debe brindar las correspondientes protecciones con el fin de evitar un daño a las personas más débiles de la relación familiar (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

Como naturaleza jurídica propia de este derecho de uso, en el cual se presenta una restricción al dominio de un cónyuge en favor del beneficiario al cual se atribuye la vivienda, se tiene en cuenta la tensión que produce la afectación al derecho de propiedad del titular del inmueble, que es sede familiar, y la protección que brinda la norma para el cónyuge más débil o vulnerable, en aplicación del principio de solidaridad familiar.

La naturaleza de la atribución de la vivienda familiar, ha generado debates doctrinarios, tanto en la doctrina nacional, como en la doctrina comparada, principalmente en el derecho español de donde es tomada la figura. Sin perjuicio de ello, su esencia está dada por la constitución de un derecho de uso sobre una vivienda, que impone restricciones al dominio, impidiéndole al titular disponer del inmueble, sin contar con el consentimiento del titular del derecho o de la autorización judicial, para cualquier acto de disposición de la vivienda.

La atribución del uso de la vivienda familiar no es un derecho real, independientemente que los cónyuges de manera voluntaria acuerden constituir el derecho real de uso o habitación, sobre la vivienda familiar (conf. Arts. 1887, incs. i y j, 1888, 2154 del Código Civil y Comercial)⁴. Más allá de esa posibilidad es un derecho

⁴ ARTICULO 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código: (...) i) el uso; j) la habitación; (...) ARTICULO 1888.- Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos

propio de las relaciones familiares, personal e intransmisible, y basado en un principio de solidaridad y protección (Kemelmajer, 1995).

2.3 Fuentes

Respecto a los antecedentes del régimen legal actual, es menester considerar que el Código Civil derogado contenía dos normas relacionadas a la cuestión: El art. 231 que posibilitaba otorgar, de manera provisoria, la atribución del hogar durante la tramitación del divorcio, y el art. 211 que extendía esta posibilidad luego de la sentencia, pero en beneficio del cónyuge inocente. Por otra parte, en el art. 1277 del Código derogado, se limitaba el poder de disposición al cónyuge titular del inmueble asiento del hogar conyugal, ante la existencia de hijos menores o incapaces. Esta limitación era independiente del carácter propio o ganancial del inmueble (Pellegrini, 2014).

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, deja de lado el análisis de las causas que motivan la ruptura matrimonial, para examinar directamente los efectos que produce dicha ruptura en el núcleo familiar, ya que la culpa en el divorcio deja de ser un elemento determinante al momento de asignar la Atribución de la vivienda familiar.

Una de las fuentes directas es el artículo 96 del Código Civil Español, en el cual para decidir la Atribución de la vivienda familiar y su procedencia, se concentra en el interés de los hijos del matrimonio, se trata de un derecho reconocido a los hijos y al cónyuge que queda con ellos, y a falta de hijos se extiende al cónyuge más necesitado.

Está claro, que la preferencia en el uso de la vivienda familiar se aparta totalmente de las causas que llevaron al divorcio, mismo criterio seguido por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (Pellegrini, 2014).

En el derecho español, la pauta primordial de atribución es a favor de quien tiene a su cargo el cuidado de los hijos. Se distingue de nuestro sistema, en el cual se evalúan una serie de pautas que permiten al juez valorar todos los elementos relevantes para su procedencia (Basset, 2015).

inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. (...)
ARTICULO 2158.- Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.
El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

2.4 Modalidades

El Código Civil y Comercial de la Nación, regula dos modalidades respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, una de ellas es convencional y otra es judicial.

Las partes que peticionan el divorcio, como requisito de admisibilidad, deben acompañar junto a la demanda correspondiente, un convenio regulador, si el divorcio es bilateral, y si es unilateral se acompaña una propuesta que regula los efectos del mismo, ésta podrá o no convertirse en convenio regulador (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

Con respecto a la modalidad *convencional*, en el espíritu del nuevo Código Civil y Comercial, subyace la idea de que son los cónyuges quienes se encuentran en mejores condiciones para decidir y acordar respecto a los efectos del divorcio, ya que son quienes conocen la intimidad y las necesidades de la familia. Por ello, y en base al principio de la autonomía de la voluntad, los cónyuges pueden acordar en el convenio regulador, a cuál de ellos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar.

Asimismo, en el caso de que uno de los cónyuges peticione el divorcio, de manera unilateral, el otro cónyuge puede aceptar la propuesta formulada por el peticionante al contestar el traslado de la misma. O ante un primer disenso, en su caso, las partes pueden arribar a un acuerdo en la audiencia prescripta en el art. 438 CCyCN.

El convenio o propuesta puede contemplar cuestiones tales como: compensaciones económicas entre los cónyuges, distribución de los bienes, si hay hijos lo relativo a responsabilidad parental, prestación alimentaria, siempre que se den los requisitos propios de los efectos del divorcio regulados en los art. 439 a 445. Lo cual no imposibilita a los cónyuges, proponer otras cuestiones de su interés.

De manera bilateral, los cónyuges van a acordar el uso de la vivienda que fue sede familiar a través de un convenio regulador, el cual viene a ser el título jurídico que da lugar al uso y disfrute de la vivienda por el cónyuge no titular. En dicha convención, se van a adoptar todas las soluciones posibles según la intimidad de vida familiar de manera convencional, siempre en la medida que no se vea afectado seriamente un interés de alguno de sus integrantes, de ocurrir esto, es el juez el que interviene de manera judicial a suplir la voluntad de los cónyuges (Pellegrini, 2014).

Es decir, que el juez procederá a homologar el convenio salvo que verifique que el mismo es perjudicial para el interés familiar o de alguno de sus integrantes. En el

convenio se pueden especificar el plazo de duración, el pago de una renta, y cualquier otra cuestión relacionada al uso de la vivienda. El convenio puede ser modificado de común acuerdo por las partes, si cambiaron las circunstancias tenidas en cuenta al momento de formular el acuerdo (Duprat, 2015).

Ante la falta de acuerdo o convenio regulador que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los ex cónyuges, o ante la falta de aceptación de propuesta presentada por uno, habilita a cualquiera a peticionarla judicialmente, y será el magistrado quien decida la cuestión (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

De esta manera, en estos casos que se requiere la intervención del juez, la modalidad de la atribución deviene en *judicial*, ya deja de ser convencional, en el que se va a determinar su procedencia, plazo de duración y efectos.

Se trata de un derecho temporal, en el que se fija un plazo de uso de la vivienda familiar a quien corresponde su atribución por encontrarse en una situación de vulnerabilidad, debiendo el cónyuge a quien no se atribuye la misma soportar dicha restricción, en base a la cooperación y solidaridad familiar, pudiendo éste obtener una renta compensatoria a su favor.

2.5 Pautas

Para decidir judicialmente la atribución del uso de la vivienda el juez debe resolver a través del análisis de una serie de pautas orientadoras, expresadas en el art. 443 CCCN. Coincidimos con Duprat (2015), que dichas pautas son ejemplificativas, y no taxativas. Pudiendo ser tenidas en cuenta otras circunstancias, de acuerdo a las particularidades de la familia.

En dicha norma, ya no se prevé ningún tipo de culpabilidad en la ruptura del matrimonio, ya que el divorcio actualmente en nuestro Código es incausado, por lo que da lugar a que uno de los cónyuges pida se le atribuya la vivienda, que fue sede familiar, sea el inmueble propio o ganancial de alguno de ellos.

Para este objetivo la norma establece un abanico de pautas que el juez tendrá en cuenta para su resolución, y pudiendo incluir cualquier otra cuestión de interés que considere relevante, y procede a valorarlas en conjunto para determinar su procedencia, plazo y efectos de la atribución.

Las pautas que expresamente enumera el art 443 CCCN son: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que se encuentra en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

A continuación, se analizan cada una de ellas:

Una de las pautas que se indica el artículo 443 inciso a del CCCN es “la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos”.

Cabe destacar, que la norma no distingue calificar entre padre o madre, no establece preferencia alguna en función del género, ya que nuestra legislación permite el matrimonio igualitario y la identidad de género.

Con respecto al fundamento de esta disposición, es importante considerar la protección de los derechos de los hijos, quienes necesitan del cuidado personal de sus padres para el desarrollo y satisfacción de sus necesidades, en el cual se fomenta la solución del problema habitacional siempre considerando el interés superior del niño y respeto a su centro de vida. Eso implica el respeto del principio del statu quo, permitiendo que los hijos –niños y/o adolescentes- permanezcan habitando el mismo hogar y manteniendo las mismas condiciones de vida de las que gozaban cuando sus progenitores convivían.

También se tiene en consideración, las dificultades para procurarse una vivienda, que pueden presentarse al progenitor a quien es otorgado el cuidado de los hijos, por cuestiones de tiempo y trabajo que demanda el cuidado de los niños (Pellegrini, 2014).

Se pueden presentar diversos supuestos; Por ejemplo, que la familia se compone de varios hijos y uno de ellos está al cuidado de un progenitor y otros a cargo del otro, la existencia de hijos con capacidad restringida, etc. La resolución del juez se evalúa analizando cada una de las pautas; edad, necesidades de los niños y demás circunstancias al caso concreto, para atribuir la vivienda familiar.

Cabe señalar que es fundamental considerar la normativa de CCCN, en lo que refiere a la Responsabilidad Parental (arts. 638 a 704).

La disposición de la norma establece que el cuidado de los hijos puede ser unilateral o compartido (art. 649), y esté último a su vez puede ser de modalidad:

alternado o indistinto (art.650), conformándose como regla el cuidado compartido en modalidad indistinto.⁵

Se puede presentar una dificultad en el nuevo CCyC respecto a la atribución de la vivienda, ya que en el Código derogado la regla general se fundaba en la “tenencia” llamada anteriormente, en el que se podía fijar un ejercicio unilateral, lo cual era fácil identificar el progenitor a quien se atribuye el cuidado. En cambio, en el nuevo código, al introducirse el cuidado personal compartido de modalidad alternada, podría dificultarse la elección del cónyuge al que se le atribuirá el uso de la vivienda, por habitar el niño en ambos domicilios.

En el caso que el cuidado de los hijos se establezca de manera unilateral, como en el compartido, con modalidad indistinta, la pauta de atribución a la persona a quien se le otorga el cuidado de los hijos, no va a presentar dificultad alguna, ya que se identifica al progenitor que convive con los hijos (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

Si se trata de un caso de cuidado compartido, con modalidad alternada, se procura llegar a un acuerdo entre los progenitores, siendo esta modalidad la única que permite domicilios diferenciados de los hijos.

Otra circunstancia a considerar, es la existencia de hijos con capacidad restringida, en este caso, consideramos que lo regulado para este inciso es inclusivo de los hijos mayores que no puedan valerse de manera autónoma.

Por último, se considera el caso de la existencia de hijos propios de uno de los cónyuges (no comunes). Coincidimos con la doctrina, que postula incluir esta circunstancia, dentro de la protección de esta pauta orientadora. En primer lugar, por el carácter de asistencia de la vivienda, como por la posición legislativa frente al tipo de familia ensamblada, que tiende a proteger intereses de los niños y adolescentes integrantes de la familia, frente a la ruptura matrimonial (Pellegrini, 2014).

⁵ CCyC, art.648.- Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. ARTÍCULO 649.- Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. ARTÍCULO 650.- Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

La norma expresa como otra de las pautas la siguiente: “la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios” (inc. b, art.443 CCyC).

Se observa claramente el fin que persigue la norma, frente a una situación de vulnerabilidad de uno de los cónyuges como denota la pauta, se define su protección, atribuyendo el uso de la vivienda.

En la situación económica más desventajosa, se trata de la tutela al cónyuge más débil, aun cuando no haya hijos o sean mayores de edad, que no puede proveerse una vivienda por otros medios y por diversas circunstancias a tener en cuenta por el juez.

Un sector de la doctrina sostiene que “es lógico que quien tiene a cargo a sus hijos se encuentre a su vez en una situación económica más desventajosa para proveerse por sí una vivienda, y la mujer está frecuentemente en esta condición, mientras que el marido se presenta como el que tiene mejores posibilidades de conseguir una vivienda, y consecuentemente, a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario prevalece el criterio de su exclusión” (Veloso, 2012, p.59).

Para evaluar si se establece la situación más desventajosa, es menester evaluar la situación patrimonial de ambos cónyuges, a la época de disolución del vínculo, la formación y capacitación profesional o laboral, los roles desempeñados en la vida matrimonial, si se concedió compensación económica o se reconoció la procedencia de alimentos posteriores al divorcio (Pellegrini, 2014).

Lo más importante es que se trata la presencia de un derecho humano, en el cual se observa el principio de solidaridad familiar entre los ex cónyuges, para la protección de aquel que se encuentra en la situación de mayor vulnerabilidad, tal que de la misma manera será la valoración del juez en su resolución para atribuir la vivienda familiar, al momento de disolución del matrimonio, realizando un análisis de todas las pautas que se orientan al caso concreto.

El artículo 443 inciso c, indica como otra de las pautas para atribuir la vivienda, “el estado de salud y edad de los cónyuges”.

El análisis de la edad y salud de ambos cónyuges, indica las posibilidades que tiene cada uno para resolver su situación habitacional. Son factores determinantes a la hora de ponderar si los cónyuges logran abastecerse y sustentarse a sí mismos. Esta

cuestión deberá ponderarla el juez en cada caso particular, obteniendo prioridad en la correspondiente atribución de vivienda, quien se encuentre en un estado de vulnerabilidad.

“Esto se relaciona con el principio de protección al más débil, uno de los pilares sobre los cuales se edifica todo el nuevo Código y se lo coloca de manifiesto de manera expresa en los *Fundamentos* del proyecto que dieron lugar al Código” (Herrera, 2015, p. 779).

Por último, la norma en análisis sostiene como otra de las pautas para atribuir la vivienda es: “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar” – inciso d, art 443 CCyC.

Se evalúa desde este marco, la valoración de los intereses de otros miembros del núcleo familiar, el cual se verán beneficiados o no por la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges.

Se trata de ampliar la evaluación de todas las circunstancias que pueden provocar atribuir la vivienda o no, estando en presencia no solo del matrimonio y sus hijos, sino de otras personas tales como parientes que conviven en el mismo hogar, ya sean de edad avanzada o con capacidad restringida, y si sus intereses se ven afectados o no, siendo que pueden presentar dependencia con algún cónyuge y su necesaria protección.

Esta circunstancia se debe verificar en el caso concreto, por ejemplo ante la presencia de un mayor adulto o anciano familiar de uno los cónyuges, con problemas de salud o alguna discapacidad, o en su caso la presencia de parientes a quienes se les estuviera dando acogida en la vivienda familiar (Pellegrini, 2014).

2.6 Oportunidad procesal para el reclamo

No se establece ninguna limitación respecto al momento para peticionar la determinación de la atribución de la vivienda familiar, ya que se encuentra como uno de los efectos del divorcio. Por ello, y además de solicitarse en la demanda de divorcio o en la contestación, se puede solicitar durante el trámite del proceso como incidente, o antes de promovido el mismo como medida provisional, y después del dictado de la sentencia de divorcio (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

2.7 Efectos

En la resolución judicial que otorga la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges, se establece el plazo de su duración, como así también los efectos de la misma, en el cual el juez tiene en cuenta el análisis de todas las pautas desarrolladas precedentemente.

Para desarrollar los efectos de la atribución de la vivienda, se debe observar su naturaleza jurídica, teniendo en cuenta la tensión que produce la afectación al derecho de propiedad del titular del inmueble, que es sede familiar, y la protección que brinda la norma para el cónyuge más débil o vulnerable, en aplicación del principio de solidaridad familiar (Pellegrini, 2014).

La atribución de la vivienda, puede recaer sobre un inmueble con carácter de bien propio, ganancial, en condominio entre los ex cónyuges, alquilado o de titularidad de un tercero ajeno a los cónyuges.

Pero para que proceda la atribución del uso de la vivienda familiar, alguno de los cónyuges debe ser titular de un derecho a uso sobre dicho inmueble, pues de lo contrario carecería de sustento jurídico una atribución de uso de hecho, inoponible a quien detente la titularidad de algún derecho sobre el bien (Pellegrini, 2014).

El artículo 443 CCyC establece a quien se debe atribuir la vivienda, siguiendo un abanico de pautas orientadoras, sin examinar la naturaleza del derecho, se prioriza al cónyuge en situación de vulnerabilidad, con independencia de quien es titular del inmueble, o si es propio o ganancial.

Se establece así, la presencia de un derecho propio de relaciones de familia, personal e intransmisible, oponible a terceros desde el momento de su registración (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

Cabe destacar que, con respecto a los efectos que produce la atribución de la vivienda familiar, el juez evalúa una diversidad de opciones que se pueden presentar al caso concreto, entre ellas a mencionar: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio cónyuges no sea partido ni liquidado; si se trata de un inmueble alquilado, continuación de la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y

garantías primitivas del contrato. Estas opciones no son excluyentes entre sí, siendo el magistrado quien analice y disponga, de manera fundada y atendiendo a las particularidades del caso, cuáles serán los efectos de la atribución (Pellegrini, 2014).

Se desarrollan una serie de posibilidades en orden a los efectos de la atribución y a pedido de parte.

En un caso resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro, se interpone recurso de Casación contra una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, que mediante Sentencia Interlocutoria N°11 de fecha 18.12.12, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, rechazar el recurso del actor y Revocar la sentencia de Primera Instancia, la que, a su vez: rechazara el pedido de restitución del inmueble a favor del actor, quien reclama no solo dicha restitución, en el que se encuentran viviendo su ex mujer y sus hijos menores, sino que además pretende el pago del canon locativo a cargo de esta.

La Cámara rechazó la demanda de desalojo, promovida por el ex cónyuge titular del inmueble contra su pareja e hijos menores, por considerar que el `interés de los hijos´ en satisfacer su necesidad de vivienda, debe prevalecer por sobre los derechos de propiedad del inmueble por parte del demandante. Con base fundamental en la Convención de los derechos de los niños con rango constitucional (art. 75 inc. 22) en el cual siempre se atiende en principio el interés superior del niño y respeto a su centro de vida.

Cabe destacar que el hecho de que el inmueble, se trate de un bien ganancial y la condición de que el mismo haya sido mantenido en poder de la esposa, para favorecer al menor que habita en el hogar, siendo ése –precisamente-, el fundamento tuitivo de su indivisión, no impide ni neutraliza el derecho de obtener una compensación a favor de quien no se atribuye el inmueble, llamada renta compensatoria, criterio receptado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el Art.443 y 444 en los que establece las pautas orientadoras a tener en cuenta por el juez en el caso concreto.

Por todo lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la parte actora.⁶

Entre los efectos de la atribución del uso de la vivienda, el juez tiene la posibilidad de establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda. Se trata de un derecho personal de habitación, que se puede conferir aún a quien no es el titular del inmueble, en este caso cede el derecho real a favor de este derecho de habitación.

El artículo 444 CCyC, dispone la renta compensatoria que puede conferir el juez, para el uso del inmueble, sobre la base de las pautas en que se fundó la atribución.

Para fijar el monto del canon, el juez deberá tener en cuenta si se trata de un bien propio del cónyuge que percibirá la renta o de un bien ganancial, es decir la extensión de la afectación del derecho de propiedad. Asimismo, si en la vivienda habitan niños o adolescentes con derecho alimentario, esta circunstancia será considerada, ya que la vivienda integra la prestación alimentaria que corresponde a los progenitores (Duprat, 2015).

Si la persona que habita no se encuentra en posibilidades de pagar el canon, el juez no la fija, o en su caso, establecerá una compensación de acuerdo a la situación económica del cónyuge que va a quedar en uso de la vivienda (Faroni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

A pedido de parte el juez puede establecer que el inmueble no sea enajenado sin acuerdo expreso de ambos cónyuges. Se trata de una restricción a disponer del mismo por parte de su titular, si se adopta esta medida.

De manera que el titular, para poder disponer del inmueble, requiere la conformidad del otro cónyuge que no es titular. Para cierta doctrina, se debería establecer una cláusula de no disposición del inmueble para garantizar los derechos de las partes. Aunque si no se indicara esta mención en la sentencia que atribuye el uso, el tercero adquirente igualmente debe respetar el derecho del habitador (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

⁶ STJ Río Negro, “M. S., J. O. c/N., A. C. s/Incidente (Restitución de Inmueble y Fijación de Canon Locativo) s/Casación”, 11 de agosto de 2015.

El artículo en estudio, también dispone que el juez pueda, a petición de parte, establecer que el inmueble ganancial o propio en condominio de ambos cónyuges, no sea partido ni liquidado.

“En la práctica es el cónyuge a quien se le atribuyó el uso de la vivienda, el que solicita que se establezca la indivisión” (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015, p. 292).

Esta disposición se da en los casos en que la división del inmueble resulta antieconómica o no puede reemplazarse por otra. En el caso contrario si nos encontráramos frente a un inmueble de gran valor económico, la misma podría ser vendida, y tal vez con el dinero cada cónyuge accedería a otra vivienda.

Se justifica que el condómino debe limitarse al ejercicio de su derecho, como copropietario y debe aceptar el uso por parte del otro. Si el inmueble fuera ganancial, siendo titular uno de los cónyuges, el que se beneficia con la atribución del uso de la vivienda puede oponerse a la partición (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

El artículo 445 inciso a CCCN, establece que la atribución del uso de la vivienda cesa por el cumplimiento del plazo fijado por el juez. No se trata de un derecho ilimitado, el juez establece un plazo prudencial que considere respecto al caso concreto, y puede prorrogarse de acuerdo a circunstancias diversas. Por ejemplo, establecer un plazo hasta que los hijos cumplan la mayoría de edad.

La importancia del límite temporal, estriba en que si bien el derecho solo concede el uso, sin alterar la titularidad del bien, lo cierto es que implica una importante restricción al dominio de su titular. Por ello, y a los fines de respetar la naturaleza temporal de este derecho, resulta esencial que la atribución no se prorrogue indefinidamente. De allí que el plazo constituya una herramienta de equilibrio y equidad entre los diversos intereses de los cónyuges.

El artículo 444 CCCN, expresa en su último párrafo que “si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato”.

Este es el caso en el que el uso de la vivienda es atribuido al cónyuge que no es locatario. Debiendo ser notificado el locador, por medio fehaciente.

Es importante destacar ello, en virtud del contrato de locación, el deber del locatario principal en el cumplimiento de pago, como así también correspondientes garantías otorgadas.

Es oportuno considerar, que si se trata de un inmueble cuyo uso fue cedido gratuitamente a modo precario, la atribución resulta inoponible al titular dominial, ya que, como se expuso anteriormente, es necesario que algún cónyuge sea titular de algún derecho de uso (o de dominio) sobre el inmueble.

“La protección a la vivienda familiar tiene alcances entre los cónyuges pero no puede perjudicar el derecho de propiedad de un tercero ajeno a la relación matrimonial” (Pellegrini, 2014, p. 520).

Como análisis de la naturaleza jurídica del derecho de uso, siendo un derecho de tipo personal, que atañe el uso de un inmueble, y afectación al dominio, se debe inscribir en el registro de la propiedad correspondiente, a los fines de ser oponible a terceros adquirentes.

Esta registración, da lugar a la publicidad de la afectación que genera la atribución, la cual no impide transmisión de derechos sobre el inmueble, pero en estas condiciones deben permanecer incólumes hasta el vencimiento del plazo o desaparición de las condiciones tenidas en cuenta para atribuir su uso (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

Dado que la norma no efectúa distinción, la registración de la atribución es oponible a todo tercero, incluidos los acreedores del ex cónyuge titular no beneficiario de la atribución. No impide su embargo, pero con la atribución, resulta oponible a cualquier adquirente.

Esta cuestión entabla conexión con la inejecutabilidad del inmueble, sede de la vivienda familiar, por deudas contraídas posteriores al matrimonio. Durante la vigencia del matrimonio, los posibles acreedores del cónyuge titular de la vivienda familiar no cuentan con tal bien como garantía de sus acreencias. Esta protección culmina con la disolución del vínculo, salvo que sea atribuido el uso a uno de los cónyuges. En este caso, tampoco puede ser embargado o ejecutado por los acreedores posteriores a la inscripción de sentencia que dispone atribuir el uso del inmueble a uno de los cónyuges (Pellegrini, 2014).

2.8 Cese

En razón de que la atribución de uso del inmueble sede de la vivienda familiar, es una restricción al derecho de propiedad, el art. 445 CCCN enumera las causas que provocan el cese de la atribución.⁷

La atribución del uso del inmueble es un derecho transitorio que depende de cada caso concreto, en el cual dadas las circunstancias se establece procedencia y tiempo de la misma. Siendo este derecho una restricción del dominio, no puede mantenerse en forma indefinida, ya que configuraría un abuso de derecho. Si bien el fundamento se da en protección del cónyuge más débil, no puede pasarse por alto que se está afectando el derecho de propiedad del otro. En consecuencia, el derecho de uso es temporal y relacionado a ciertas circunstancias fácticas, determinantes de su procedencia y también de su conclusión (Duprat, 2014).

2.8.1 Causas

A continuación se examinarán las diferentes causas expresadas en el artículo 445, que provocan la conclusión del derecho de atribución del uso de la vivienda familiar. Es necesario mencionar, que la nueva normativa establece causales más amplias que las establecidas en el Código Civil derogado, facultando al juez a analizar el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su fijación, para decidir el cese del uso.

Si en la sentencia que atribuye el uso del inmueble, el juez indica que ha fijado un plazo, el vencimiento del mismo provoca el cese automático del derecho de atribución.

Sin perjuicio de que puede ocurrir, que dado el vencimiento del plazo, la persona beneficiada por el derecho puede solicitar una ampliación del mismo con motivos fundados, ya sea por la continuación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de otorgar la atribución o que las mismas se hayan agravado. El magistrado evaluará, en el caso concreto, concederlo, estableciendo el nuevo plazo y alcances del derecho.

Otra motivo de cese del derecho, es el cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. Como el derecho de la atribución está relacionado con

⁷ CCyC, art.445.- Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria (art. 2281 CCyC).

las circunstancias fácticas de cada caso concreto, si estas se modifican, se puede resolver su conclusión.

El juez en este caso, realiza una valoración de dichas modificaciones, las cuales deber requerir una importancia y justificación necesarias para provocar el cese de la atribución del uso de la vivienda conferida a uno de los ex cónyuges. Dicha apreciación judicial tiene por objeto evitar que se configure un abuso de derecho (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

También puede ocurrir que durante el plazo de vigencia que se hubiera establecido, se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta para el otorgamiento de este derecho. Ante esta situación, se podría solicitar su cese, pero supeditado a una mayor actividad probatoria, pues implica el cese anticipado de la atribución (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015; Pellegrini, 2014).

Por último, la atribución de uso del inmueble cesa ante la procedencia de alguna de las causas de indignidad previstas en materia sucesoria. Si se da el caso en que el ex cónyuge, beneficiario de la atribución, incurre en alguna de las conductas descriptas como indignas contra el otro ex cónyuge, dispuestas en el art. 2281 del CCCN, dada su gravedad pueden conducir a una causal de extinción del derecho conferido, de lo contrario se estaría en presencia de un abuso de derecho por parte de quien usa la vivienda.⁸

⁸ CCyC, art. 2281.- Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces o con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor de edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones.

2.9 Facultades del juez en la atribución del uso de la vivienda familiar

Para evaluar tanto la procedencia, como el plazo de la atribución del uso de la vivienda a uno de los ex cónyuges, como así también sus efectos, el juez analiza una serie de pautas orientadoras y otras que al respecto considere menester, dadas las circunstancias de un determinado caso particular.

Las facultades y atribuciones con las que cuenta el juez al caso concreto para evaluar las diversas pautas y demás aspectos, es un rol trascendental para dar procedencia al beneficiario de este derecho de uso, contemplando su situación de vulnerabilidad.

Es de recordar, que en la materia se está frente a facultades discrecionales, más no arbitrarias, que exigen una amplia ponderación de todas las circunstancias del caso y del caudal probatorio arrojado por las partes.

El tratamiento de la vivienda familiar en el actual Código, como un derecho humano, pone de relieve la constitucionalización del derecho privado, y obliga al juez a la valoración de los Tratados Internacionales y la Constitución misma, en lo referido a la temática (Faraoni, Lloveras, y Orlandi, 2015).

2.10 Atribución de la vivienda como medida cautelar

Cuestión de gran trascendencia, es la posibilidad de solicitar la atribución del hogar familiar como medida provisional. El art. 721 del Código Civil y Comercial, faculta al juez a tomar las medidas provisionales, aun de oficio, necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges e hijos durante el proceso⁹.

El objetivo que se persigue es ordenar la vida familiar luego de la ruptura matrimonial, procurando la protección de necesidades que se presentan como más urgentes, evitando desbordes de los integrantes de la pareja o de otro miembro de la familia.

⁹ARTICULO 721.- Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro; e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

Esta norma regula medidas de carácter precautorio y provisional, cuyo fin persigue asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en los procesos de divorcio, evitando la producción de daños o su agravamiento en el seno de la familia. Por ello, su vigencia se extiende hasta el dictado de la resolución definitiva, o hasta la desaparición de las circunstancias que posibilitaron el despacho de la cautelar.

Las medidas provisionales que se dispongan, son inherentes al conflicto, se vinculan con la seguridad, el bienestar y el equilibrio emocional de los integrantes de la familia, en un momento tan delicado como es la ruptura matrimonial. Por lo tanto, el carácter provisional y precautorio de esta medida, tiene como fin proteger física y psíquicamente, en especial a los hijos del matrimonio en disolución, quienes se constituyen en los más afectados por el quiebre conyugal (Velo, 2017).

La atribución del uso de la vivienda familiar como medida cautelar, establece una vía apta para la tutela de la vivienda, siempre que se constituyan motivos urgentes que la requieran.

Dicha urgencia, dado la importancia de los motivos al caso concreto, como cualidad que necesita solución inminente, ya que de lo contrario podría provocar un daño irreparable.

Para cierta doctrina, el juez debería escuchar sumariamente a las partes, previo al dictado de la medida, en tanto sea posible y no configuren situaciones de urgencia (Bertoldi de Fourcade, De los Santos, Ferreyra de de la Rúa, 2014).

Por último, es importante reseñar un caso resuelto por Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en el que dos adolescentes se presentan con representación de una asesora, contra de una sentencia de la Cámara que atribuye el cuidado personal de ellos a su madre, en el cual solicitan intervención del Tribunal, para que disponga medidas tendientes al cese de la afectación de su derecho a la vivienda, ya que han transitado de manera desgastante y perjudicial un trámite judicial de sus progenitores para el correspondiente cuidado personal. Los menores manifiestan su voluntad de permanecer bajo el cuidado de su padre, indicando que allí viven en precarias condiciones, mientras su madre vive en la vivienda que fue sede familiar hasta la separación, inmueble que solicitan se les atribuya hasta que se resuelva la causa.

La Suprema Corte de Buenos Aires hizo lugar a la petición, hasta tanto se defina la atribución del cuidado personal: le otorga a los menores junto a su padre – quien hoy tiene a su cargo el cuidado- la residencia que fue sede familiar hasta la separación de sus progenitores, ello en virtud de contar en forma inmediata con una vivienda adecuada a sus necesidades y a vivir con quien hoy tiene asignado su cuidado personal y siendo allí donde se encuentra el centro de vida de los jóvenes.¹⁰

Conclusión parcial

En este capítulo, se ha desarrollado de manera exhaustiva el instituto de la atribución del uso de la vivienda familiar ante la ruptura del régimen matrimonial, a través del análisis del articulado incorporado a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

De manera preliminar, se ha realizado una aproximación a su concepto, naturaleza jurídica y fuentes, encontrando el origen del instituto en el derecho español, concluyendo que nuestra norma le ha otorgado caracteres particulares.

En principio, la norma les otorga a los cónyuges la posibilidad de establecer cuál de ellos quedará habitando la vivienda sede del hogar familiar de manera convencional a través de un convenio regulador. Pero ante la falta de acuerdo de los cónyuges, el juez del divorcio podrá considerar diversas pautas orientadoras que tienen por finalidad la atribución de la vivienda familiar a la parte más vulnerable de la familia, sea por cuestiones de salud o edad de los cónyuges, cuidado de menores o personas con capacidad restringida, situación económica, intereses de otras personas que integran el grupo familiar o alguna otra circunstancia particular.

Asimismo se han desarrollado los diversos efectos establecidos en la norma, tales como el plazo, limitación a la disposición, posibilidad de que se establezca una renta compensatoria, y cuál va a ser la solución ante la existencia de un inmueble alquilado.

A continuación, y considerando que se está ante un derecho temporal y provisorio, se desarrollaron las causas del cese de la atribución, ya sea por el vencimiento del plazo fijado por el juez, cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para

¹⁰ SC Bs. As., “S., D. c. D., M. N. s/ Tenencia de hijos”, 22 de junio de 2016.

su fijación, o incurrir en algunas de las causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

Por último, como cierre del capítulo, se ha analizado la posibilidad y procedencia de solicitar la atribución del uso la vivienda familiar, como medida cautelar, evaluando el juez la urgencia en la medida y de acuerdo a circunstancias de suma gravedad, evitando el perjuicio o daño irreparable que de lo contrario se puede ocasionar en el seno de la familia.

Se concluye, de acuerdo a lo expuesto en este capítulo, que la normativa analizada brinda la protección adecuada, con un claro fundamento en la asistencia y solidaridad familiar, ante la ruptura del vínculo matrimonial.

Por último, es importante considerar, siguiendo los lineamientos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación, que a los fines de la procedencia de la atribución de la vivienda familiar, no se consideran las causas del divorcio, sino las pautas legales que atienden únicamente el estado de vulnerabilidad de alguno de los cónyuges, y consideradas por el juez en el caso concreto.

Capítulo 3: La protección de la vivienda familiar ante la ruptura de la Unión Convivencial

En el presente capítulo, se desarrollará lo que atañe a la atribución de la vivienda familiar como uno de los efectos luego del cese de la unión convivencial, también la respectiva jurisprudencia sobre la temática y las diferencias existentes con la atribución en el régimen matrimonial.

3.1 Regulación en el Código Civil y Comercial

Una de las novedades introducidas por el Código Civil y Comercial, fue la incorporación y regulación de las uniones de hecho, llamada por nuestra norma *unión convivencial*.

Es una realidad social, el constante crecimiento de las parejas de hecho, anteriormente denominadas concubinatos, que implican la convivencia de dos personas con un proyecto de vida compartido, sin la formalización matrimonial. Esta práctica se fue extendiendo de tal forma, que fue imprescindible su regulación legal.

Hasta este momento, la legislación argentina no regulaba las uniones convivenciales, sino que algunas normas y ciertas leyes especiales reconocían determinados derechos laborales, previsionales, etc. (Faraoni, Lloveras y Orlandi, 2014).

La regulación de este tipo de instituto, encuentra una tensión que debe compatibilizar, necesariamente, la autonomía de la voluntad de quienes decidieron libremente no casarse, y la atención de situaciones donde derechos fundamentales puedan verse menoscabados.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, regula lo que respecta a las actuales uniones convivenciales, definidas en el artículo 509 del CCyC, en lo que respecta al ámbito de aplicación de las mismas.¹¹

Con respecto al modelo de familia receptado por nuestra norma, el legislador argentino ha elegido un modelo de cohabitaciones informales por sobre otros posibles

¹¹ CCy C, art.509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo.

receptados en otras legislaciones, ya que considera que en esas circunstancias, la cohabitación requiere amparo legal (Basset, 2015).

El ámbito de protección de nuestra legislación son las relaciones afectivas con carácter de estabilidad, publicidad y permanencia, independientemente del sexo de sus integrantes, compuestas por no más de dos personas y con un proyecto de vida en común (Basset, 2015).

3.2 La protección de la vivienda familiar

Como se expresó en el punto anterior, entre los requisitos exigidos por la legislación, para considerar a la convivencia, alcanzada por los efectos de la regulación legal, es la exigencia de la cohabitación de sus integrantes.

Para la doctrina, la cohabitación es el requisito fundante y esencial de las uniones convivenciales. Es decir, que no habría unión convivencial, sin cohabitación en la misma vivienda. Por ello, la ruptura de la cohabitación, implica, necesariamente, el cese de la convivencia (Basset, 2015).

Los derechos relacionados a la vivienda, entre ellos la atribución de su uso, emergen del requisito de la cohabitación.

Desarrollándose las uniones convivenciales en la actualidad, el nuevo plexo jurídico brinda protección ante los efectos que puedan ocurrir, frente a la ruptura o cese de dicha unión, entre ellos, la atribución de uso de la vivienda familiar.

De esta forma, la norma brinda una respuesta al mandato constitucional de protección de la vivienda familiar, exigiendo la supresión de cualquier diferenciación que se base en la forma familiar, abarcando por ello las formas familiares matrimoniales y no matrimoniales (Faraoni, Lloveras, Orlandi, 2014).

Vale considerar, que la norma terminó por regular una situación que ya tenía recepción jurisprudencial en vigencia del antiguo Código Civil. Ejemplo de ello, en un caso resuelto por el Juzgado n° 6 de Mar del Plata, el magistrado dispuso la atribución del hogar a favor de una niña nacida de una unión concubinaria y su madre, que ejerce su guarda, pues se acreditó que el padre se encuentra en condiciones de mantenerlas en la vivienda familiar y que la progenitora no cuenta con recursos económicos de la misma entidad.

El fallo dispuso que el antiguo art. 1277 del Código Civil (derogado) era inconstitucional, en cuanto omite dar protección jurídica de la vivienda familiar de los hijos menores nacidos de uniones de hecho frente a la ruptura de la convivencia de sus padres, pues entra en contradicción con el art. 16 de la Constitución Nacional, con el art. 240 del Código Civil y con las Leyes 13.298 y 26.06, al discriminar a favor exclusivo de los hijos matrimoniales.

Teniendo en cuanto lo referido y evaluando dicha legislación correspondiente, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 1277 del C.C., haciendo lugar a la demanda de atribución del hogar en favor de la niña y de su madre con quien convive.¹²

3.3 Distintos supuestos

En un primer supuesto, los convivientes tienen la posibilidad de celebrar pactos de convivencia donde pueden regular cuestiones atinentes a las cargas del hogar, división de bienes, atribución del hogar, entre otras cuestiones.

La forma de los pactos es escrita, no surgiendo de la norma que deban instrumentarse en escritura pública. Pero, para ser oponibles a terceros, deben ser inscriptas en el Registro. Si el pacto refiere a algún bien, también debería inscribirse en el Registro respectivo.

En el supuesto de que los convivientes hayan celebrado un pacto de convivencia, en los términos del art. 514 inc. b del Código Civil y Comercial¹³, prevalece lo allí acordado respecto de la atribución de la vivienda familiar, en caso de cese de la unión convivencial.

Vale considerar que los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial (art. 515 C.C. y C).

¹² Juzgado de Familia n° 6 del Dpto. Judicial Mar del Plata, “Z S E c. M C A s/exclusión del hogar”, 15 de agosto de 2013.

¹³ CC y C, art. 514.- Contenido del pacto de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: b. la atribución del hogar común, en caso de ruptura ...

La norma no establece sanción para el caso del pacto contrario al orden público, aunque de manera implícita puede entenderse que la consecuencia sería la nulidad de todo el acuerdo o de la cláusula respectiva, la que deberá ser declarada judicialmente.

En este caso, los convivientes podrán acordar a cuál de ellos se le va a atribuir la vivienda en caso de ruptura, el plazo de duración de la atribución, una renta compensatoria por el uso de la vivienda, entre otras cuestiones atinentes a la vivienda (Faraoni, Lloveras, Orlandi, 2014).

Entre las reglas, que las partes pueden establecer en prevención a la ruptura o cese de la convivencia, respecto a la vivienda que constituye el hogar común, podemos encontrar:

a) La individualización del inmueble común. La doctrina tiene dicho que es conveniente que se designe con el mayor detalle posible y si es el lugar designado para que habite una de las partes luego del cese o ruptura. Esta designación será importante a los efectos de la protección de la vivienda familiar. Compartimos lo postulado por la doctrina, en relación a la conveniencia de que se prevea la anotación marginal sobre el bien respectivo a los fines de la publicidad hacia terceros (Basset, 2015).

b) La fijación o eliminación del canon locativo. Se podrá indicar su valor, estableciéndose alguna cláusula de ajuste.

c) Se puede establecer el plazo del uso de la vivienda, el que puede estar supeditado a alguna circunstancia que las partes consideren, por ejemplo hasta la mayoría de edad de los hijos.

d) En el caso de que se trate de un inmueble en locación, también se podrá incluir alguna cláusula al respecto.

e) Cualquier otra cuestión que las partes consideren, siempre que no afecten normas de orden público, conforme lo dispuesto en el art. 515 del Código Civil y Comercial.

Es importante considerar que el régimen legal que se analizará a continuación, es de carácter supletorio. Incluso ante la existencia de un pacto entre los convivientes, el juez puede dejar de lado la solución de las partes, si la misma atenta contra derechos de hijos menores de edad.

Como segundo supuesto, se aprecia la fijación judicial de este derecho. A falta de pacto de convivencia, el artículo 526 del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁴, establece las pautas y supuestos en los que procede la atribución del uso de la vivienda que fuere sede de la convivencia.

En principio, ante la ruptura de la respectiva unión convivencial, uno de los convivientes puede pedir se le atribuya la vivienda que fue sede del núcleo familiar de dicha unión.

Los supuestos que tornan procedente el pedido son los siguientes: a) si tiene a 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.

Los fundamentos de la atribución claramente se relacionan con la protección de los integrantes más débiles de la familia, con base en la solidaridad familiar, y en el deber alimentario cuando hay hijos menores o con discapacidad.

El artículo 526, llenó el vacío legislativo imperante hasta la sanción del Código y que generaba una diversa cantidad de interpretaciones, y en consecuencia una falta de seguridad jurídica en un tema de semejante trascendencia. Se aporta una solución expresa que incluye no sólo la protección de la descendencia de la unión convivencial sino también de los propios miembros de la pareja.

En un interesante fallo de Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, en la discusión respecto a la procedencia de la atribución del hogar convivencial, ha dejado sentado que: "...los supuestos contemplados por el art. 526, no

¹⁴ CCyC, art.526.- Atribución del uso de la vivienda familiar. 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 de manera 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 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 el 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 art 445.

fueron diseñados para ser exigidos en forma conjunta por el juzgador, sino como hipótesis que pueden ser evaluadas individual y objetivamente, bastando la concurrencia de una de ellas para habilitar la atribución del techo. De allí que la sola invocación y prueba de tener la actora la custodia y cuidado de las hijas menores era suficiente para obtener –como ocurrió en autos- la atribución de la vivienda”¹⁵.

El juez establece procedencia de la atribución, y a diferencia del matrimonio, el plazo máximo por el cual se puede atribuir el uso de la vivienda familiar es de dos años desde el momento de la ruptura o cese de la unión.

El citado fallo, también formula una interesante interpretación de la ley, en relación al momento desde cuándo se debe contabilizar el plazo para atribuir el uso de la vivienda familiar. Al respecto, el tribunal manifestó que si bien el plazo se debe contabilizar desde la ruptura según lo dispuesto por el art. 523 CCyC, si se aplica rígidamente la norma podría no tener efectividad la decisión en el caso concreto. Por ello, considera que las normas regulatorias de los procesos de familia no se tratan de dispositivos rígidos y estrechos sino, por el contrario, deben ser iluminados por principios propios como son los de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad, entre otros (art. 706 CCyC). Estos principios, se plasman en forma de directivas u orientaciones que se dirigen al juez o al legislador a la hora de dictar o aplicar el Derecho. Entonces, decide que el término de la atribución de la vivienda se debe contabilizar desde que la solicitante reingresó a la vivienda, y no desde la ruptura.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la protección está dispuesta con menor intensidad que la establecida para la disolución del vínculo matrimonial, sobre todo porque para la matrimonio puede no estar sujeta a plazo.

3.4 Facultades del Juez

El magistrado puede disponer a pedido de parte interesada, al igual que en el matrimonio, una renta compensatoria a favor de quien no se atribuye la vivienda. Si bien la norma no establece las pautas a los fines de la fijación del monto, se deberá considerar

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, "S. D. E. C/ C. A. B. S/ Atribución de la vivienda familiar", 24 de mayo de 2017.

el mercado local de alquileres, y también cuestiones de solidaridad familiar en el caso concreto.

La renta compensatoria procede, únicamente, si el inmueble es de propiedad del conviviente a quien no se le atribuye la vivienda o cuando se encuentre en condominio entre ambos convivientes.

Otra opción en cabeza del juez, a solicitud de parte, es disponer que el inmueble no sea partido ni liquidado cuando está en condominio, y que tampoco sea enajenado sin acuerdo expreso de ambos convivientes. Los efectos frente a terceros se producen a partir de su inscripción registral.

Las opciones antes descriptas tienen el plazo máximo de dos años, tanto respecto al plazo de la renta compensatoria, como el término establecido para que el inmueble no sea enajenado, partido o liquidado.

Coincidimos con la doctrina, que postula que el acuerdo de atribución o su fijación judicial, se limitan al uso de la vivienda como sede del hogar y no podrá ser dada en locación o usufructo. Cuestión lógica, considerando que la norma tiene como fin proteger a los integrantes de esta forma familiar garantizándoles el acceso a la vivienda (Faraoni, Lloveras, Orlandi, 2014).

3.5 Continuación de la locación

En caso de tratarse de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario puede solicitar continuar en la misma, hasta el vencimiento de la locación.

Las condiciones de la locación continúan hasta su vencimiento, por lo que en este caso el plazo de la atribución se encuentra circunscripto al vencimiento del contrato, y no al plazo máximo de dos años.

Se mantiene el principal obligado al pago y las garantías que se constituyeron en el contrato de locación, así como todos los derechos y obligaciones a su cargo.

3.6 Cese de la atribución

El derecho de atribución cesa, al igual que en el matrimonio, por los siguientes supuestos: por cumplimiento del plazo fijado por el juez, por cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de su fijación, y por las mismas causas de

indignidad previstas en materia sucesoria. A los fines de evitar reiteraciones innecesarias nos remitimos al punto.

3.7 Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes

El artículo 527 del CCyC de la Nación, en lo que respecta a unión convivencial, brinda una protección al conviviente supérstite, en caso de muerte de uno de ellos, cuando el mismo no tiene acceso a una vivienda propia o bienes necesarios para proveérsela.

De esta forma, puede solicitar que se le atribuya la vivienda que fue sede familiar de la unión, propiedad del causante, invocando un derecho real de habitación gratuito por un plazo que no excederá de dos años.

Este derecho real de habitación sobre el inmueble, requiere como requisito para atribuir la vivienda, que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceras personas.

En este caso, al igual que en el matrimonio, la adquisición del derecho real de habitación se produce de pleno derecho (Alterini J. H y Alterini I. E., 2015).

El derecho se extingue al vencimiento del correspondiente plazo indicado, como así también, si el conviviente supérstite adquiere una vivienda propia o bienes para procurársela, o si contrae una nueva unión convivencial o matrimonio.¹⁶

3.8 Atribución cautelar de la vivienda

Cuestión de gran trascendencia, es la posibilidad de solicitar la atribución del hogar familiar como medida provisional. El art. 721 del Código Civil y Comercial, faculta al juez a tomar las medidas provisionales, aun de oficio, necesarias para regular las relaciones personales entre los convivientes e hijos durante el proceso, en casos de urgencia, para así evitar un daño irreversible, este artículo también se aplica en lo que respecta a uniones convivenciales según lo dispuesto en el art.723.

¹⁶ CCyC, art.527.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. 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.

Por lo tanto, el carácter provisional y precautorio de esta medida, tiene como fin proteger la integridad psicofísica de los integrantes más vulnerables de la familia, especialmente a los hijos de la unión en disolución, quienes se constituyen en los más afectados por el cese de la misma.

3.9 Diferencias con el Régimen Matrimonial

Si bien se pueden observar una buena cantidad de semejanzas entre la atribución del uso del hogar conyugal entre el régimen matrimonial y el de las uniones convivenciales, claramente existe una regulación más amplia y beneficiosa a favor del matrimonio.

Tanto en el matrimonio como en la unión, el inmueble objeto de la atribución, es aquel que constituyó la sede del hogar común. Esto presupone el deber de cohabitación.

En el caso de uniones convivenciales, el uso del inmueble que fue sede de la misma, se atribuye a uno de los convivientes teniendo en cuenta la mayor necesidad y situación de vulnerabilidad de alguno de ellos, si están al cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela de manera inmediata. Esto evidencia, que las condiciones requeridas son mucho más intensas que para el matrimonio.

A diferencia del matrimonio, en el cual uno de los cónyuges puede solicitar se le atribuya la vivienda familiar, sea el inmueble propio o ganancial de uno de ellos. El juez establece su procedencia sobre las siguientes pautas: la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos, la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios, el estado de salud y edad de los cónyuges y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

La atribución de la vivienda familiar se solicita en el marco de un proceso judicial. Existe una diferencia con respecto a la vía procesal idónea a dichos fines. En el caso del divorcio la solicitud se canalizara dentro del marco de este proceso, mientras que en la unión convivencial, la acción será autónoma (Basset, 2015).

En oposición a lo que sucede en el matrimonio, en el cual el magistrado decide el plazo de duración de la atribución teniendo en cuenta las pautas anteriormente señaladas,

en la unión convivencial, el juez establece un plazo de atribución que no puede exceder de dos años, desde el cese de la convivencia.

Conclusión parcial

En este capítulo, se ha desarrollado la procedencia de la atribución del uso de la vivienda familiar en la unión convivencial. Esta novedosa forma familiar, fue incorporada por el Código Civil y Comercial, como alternativa al régimen matrimonial.

Podemos concluir que respecto a la unión convivencial, la norma establece una protección más restringida que la fijada para el régimen matrimonial, tanto en lo relativo a los supuestos de procedencia, como en relación al plazo máximo de atribución de la vivienda, el cual se encuentra limitado legalmente en un plazo de dos años a contar desde el momento de ruptura o cese de la unión.

En este caso, la ley restringe la procedencia de la atribución del uso al conviviente que tenga a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. En el marco de atribución de la vivienda los convivientes pueden desarrollar por el principio de autonomía de la voluntad, pactos de convivencia para acordar todo lo relevante al hogar sede familiar, siempre que no perjudique ningún interés de los integrantes del grupo familiar, de lo contrario se declara la nulidad total o parcial del mismo. Ante la falta de pacto de convivencia, el juez evaluará las pautas indicadas al caso concreto, para resolver su procedencia.

Por otra parte se desarrolló el supuesto de atribución de la vivienda en caso muerte del conviviente, el cual brinda una protección al conviviente supérstite, imposibilitado de dotarse de una vivienda propia o bienes necesarios para proveérsela, a solicitar atribución del hogar sede familiar de propiedad del causante, a través del derecho real de habitación gratuito que no debe exceder de dos años.

Por último, se analizó la procedencia de la atribución de la vivienda como medida cautelar dentro de la unión convivencial. En el caso concreto, se requiere urgencia en la situación, para evitar un daño irreversible a la parte en situación vulnerable, con especial consideración ante la existencia de menores de edad, por respeto a su centro de vida, afectados por el cese de la unión convivencial.

Consideraciones finales

A lo largo del desarrollo de este trabajo, se realizó un abordaje integral del instituto de la Atribución del uso de la vivienda familiar, que fuera incorporada expresamente en nuestra legislación interna, a través de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Conforme fue desarrollado en el presente trabajo, el derecho de acceso a la vivienda es largamente reconocido como un derecho humano en nuestro orden normativo, tanto en las normas de orden interno como por los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, y en la jurisprudencia de los tribunales de todo el país.

Quedo claro que la importancia de la vivienda es esencial para el desarrollo de la familia y del hombre. De allí, que del análisis de las normas, podemos concluir que las mismas tienen como norte brindar una serie de herramientas jurídicas que posibiliten el acceso, la protección y la defensa de la vivienda familiar.

Dentro de los innumerables conflictos en torno a la vivienda, la ruptura y disgregación de la familia, planteaba la necesaria respuesta, en orden a garantizar el acceso a la vivienda a la parte más vulnerable de la familia.

Ante ello, el régimen legal de la atribución de la vivienda familiar consagró disposiciones tuitivas principalmente ante la presencia de niños y adolescentes, o personas en situación de fragilidad, cuyo superior interés exigía la debida protección.

Los supuestos de procedencia, tanto para el matrimonio como las uniones convivenciales, se verifican adecuados con las situaciones de la realidad social actual, contemplando las distintas formas familiares, y con una fuerte influencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Claramente, las diferencias entre el régimen matrimonial y la unión convivencial, responden a la diferente naturaleza de un instituto y el otro, con una lógica protección más intensa para el matrimonio.

Ante el divorcio y ante la falta de acuerdo de los cónyuges, el juez podrá considerar diversas pautas que tienen por finalidad la atribución de la vivienda familiar a la parte más vulnerable de la familia, sea por cuestiones de salud, cuidado de menores o

personas con capacidad restringida, situación económica, o alguna otra circunstancia particular.

El juez por ante el cual se tramita el divorcio, podrá determinar el plazo y los efectos, como por ejemplo fijar una renta compensatoria a favor del cónyuge que se va a retirar del hogar, dentro de las cuestiones más relevantes contempladas en la norma.

Mientras para el caso de la unión convivencial, la norma establece como supuestos de procedencia de la atribución de la vivienda familiar, la circunstancia de que uno de los convivientes tenga a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Siempre considerando que para la unión convivencial, el plazo de atribución se encuentra limitado legalmente en dos años a contar desde el cese de la misma, no así para el régimen matrimonial, donde el juez posee mayor flexibilidad a los fines de establecer un lapso temporal del derecho.

Podemos concluir, que el objetivo de brindar soluciones al problema de la vivienda tras el divorcio –en el caso del matrimonio- o ante el cese o ruptura de la unión convivencial, han sido conseguidos por la norma. Procediendo también, la posibilidad que la atribución de la vivienda sea otorgada como medida cautelar, ante la acreditación de alguna situación de urgencia que lo amerite.

Sin perjuicio de ello, la aplicación de la norma a los casos concretos, puede derivar en diversas interpretaciones, que pueden requerir que en el futuro, los jueces integren la norma con soluciones adaptables al dinamismo social de nuestra época.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. (2015), Opinión sobre art. 527, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tratado Exegético, Tomo III. Director general: Jorge H. Alterini, Coordinador: Ignacio E. Alterini. Buenos Aires, La Ley.

- BASSET, U. (2015), Comentario a los art. 435 a 445, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tratado Exegético, Tomo III. Director general: Jorge H. Alterini, Coordinador: Ignacio E. Alterini. Buenos Aires, La Ley.

- BERTOLDI DE FOURCADE, M., DE LOS SANTOS, M., y FERREYRA DE DE LA RUA, A., Comentario a los arts. 705 a 723, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, y Nora Lloveras. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- DUPRAT, C. (2015), Comentario a los art. 435 a 445, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II. Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso, Buenos Aires, Infojus.

- FARAONI, F., LLOVERAS, N., y ORLANDI, O. (2014), Comentario a los arts. 509 a 528, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, y Nora Lloveras. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- FARAONI, F., LLOVERAS, N., y ORLANDI, O. (2015), El proceso de divorcio en el Código Civil y Comercial de la Nación, Córdoba, Mediterránea.

- HERRERA, M. (2015), Comentario a los arts. 401 a 445, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II. Director: Ricardo Luis Lorenzetti, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2010), Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar, en Protección Jurídica de la Persona, Homenaje al Dr. Julio Cesar Rivera. Coordinación: Darío J. Graziabile, Buenos Aires, La Ley.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1995), Protección jurídica de la vivienda, Buenos Aires, Hammurabi.

- MESQUIDA, S., y KOON, M. (2014), La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley.

- PELLEGRINI, M. V., (2014), Comentario a los arts. 441 a 445, en Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo I. Directoras: Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, y Nora Lloveras, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

- ROVEDA, E., SASSO, M., y ROBBA, M. (2012), El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley.

- VELOSO, S. (2012), El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley.

- VELOSO, S. (2014), Comentario a los art. 436-445, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II. Directores: Julio C. Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, La Ley.

- VELOSO, S. F. (2017). Atribución de la vivienda familiar [Versión electrónica], La Ley, 2017-B (55), 1-5.

LEGISLACIÓN

Nacional

- Constitución Nacional Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.

Legislación Provincial

- Constitución de la Ciudad de Buenos Aires
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires
- Constitución de la Provincia del Chaco
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Constitución de la Provincia de Salta
- Constitución de la Provincia de Santa Cruz
- Constitución de la Provincia de Santa Fe

- Constitución de Santiago del Estero
- Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego

Legislación Internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer
- Convención sobre los Derechos del niño
- Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

JURISPRUDENCIA

- CSJN. “Q. 64. XLVI.- Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”- (Sentencia de fecha 24/4/2012). Citado por Lloveras, Orlandi y Faraoni (2015), pág. 257-261.-
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “Ulloa, Andrea del Carmen c. Prov. de Río Negro y otros s/ amparo s/apelación”, (Sentencia de fecha 7/4/2015). Recuperado en fecha 25/03/2018 de: <http://www.jusrionegro.gov.ar>.
- Corte de Justicia de Salta, “S, IV vs. Instituto Provincial de la Vivienda” (Sentencia de fecha 4/6/2015). Recuperado en fecha 26/03/2018 de: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia>.
- STJ Río Negro, “M. S., J. O. c/N., A. C. s/Incidente (Restitución de Inmueble y Fijación de Canon Locativo) s/Casación” (Sentencia de fecha 11/08/2015). Recuperado en fecha 03/10/2017 de: <http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia>.
- SC Bs. As., “S., D. c. D., M. N. s/ Tenencia de hijos” (Sentencia de fecha 22/06/2016). Recuperado en fecha 22/10/2017 de: <http://juba.scba.gov.ar/>.

- Juzgado de Familia n° 6 del Dpto. Judicial Mar del Plata, “Z S E c. M C A s/exclusión del hogar” (Sentencia de 15/08/2013. Recuperado en fecha 11/10/2017 de: <http://thomsonreuterslatam.com>).

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, "S. D. E. C/ C. A. B. S/ Atribución de la vivienda familiar"(Sentencia de fecha 24/05/2017). Recuperado en fecha 18/06/2018 de: <http://www.juscorrientes.gov.ar>.

- SC Bs. As., “S., D. c. D., M. N. s/ Tenencia de hijos” (Sentencia de fecha 22/06/2016). Recuperado en fecha 22/10/2017 de: <http://juba.scba.gov.ar>.