

LA AFECTACIÓN A LA VIVIENDA COMO EXPRESIÓN DE LA
DIGNIDAD HUMANA

INDICE

I

INTRODUCCION	5
1.- El régimen de vivienda y la búsqueda de su fundamento	5
2.- La finalidad del régimen	6
3.- Delimitación del objeto de estudio	8
4.- Proyecciones	9

II

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA A TRAVÉS DE DIVERSAS FIGURAS JURÍDICAS.....	10
1.- Introducción.....	10
2.- Indivisión forzosa en bienes de origen hereditario.	10
2.1.- Indivisión impuesta por el testador	10
2.2.- Indivisión convenida por las partes.....	11
2.3.- Indivisión forzosa temporaria impuesta por el cónyuge supérstite	12
3.- Habitación del cónyuge supérstite	14
3.1.- El Código Civil derogado	14
3.2.- El Proyecto de 1998.....	16
3.3.- El Código Civil y Comercial.....	17
3.4.- Colofón	19
4.- Habitación del conviviente supérstite	20
5.- Protección de la vivienda familiar	22
5.1.- La protección en el régimen de la unión convivencial.....	22
5.2.- La protección en el régimen matrimonial	24
6.- Otros institutos que tienden a la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial.....	25
6.1.- La vivienda como integrante de la noción de alimentos	26
6.2.- Convenio regulador del divorcio. Compensaciones. Atribución de la vivienda familiar	26
6.3.- La ley 14.432	27
6.4.- Inembargabilidad de la vivienda obtenida con crédito del Banco Hipotecario.....	28
6.5.- Inembargabilidad de la vivienda del trabajador	29

III

ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA	30
1.- Introducción.....	30
2.- El derecho constitucional a una vivienda digna.....	30
2.1.- Concepto y contenido del derecho a la vivienda y su relación con otros derechos	30

2.2.- El fundamento normativo del derecho a la vivienda adecuada y la Doctrina Social de la Iglesia	32
2.3.- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Civiles y Políticos como derechos humanos	35
2.4.- Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	37
2.5.- Los derechos como normas operativas o programáticas	38
2.6.- Conclusiones parciales	40
3.- El régimen de bien de familia	41
3.1.- Concepto. Naturaleza jurídica	41
3.2.- Finalidad de la protección	41
3.3.- Antecedentes. El Homestead.....	42
3.4.- Sujetos.....	43
a) El concepto de familia.....	43
b) El constituyente.....	44
c) Los beneficiarios	46
5.- Objeto.....	47
a) El inmueble afectado.....	47
6.- Constitución	47
a) El acto de afectación	47
b) Efectos de la inscripción	48
7) Efectos.....	49
a) Respecto del constituyente.	49
b) Respecto de los beneficiarios.	49
c) Respecto de los acreedores.....	49
d) El régimen de los frutos.	50
8.- Desafectación.....	50
9.- Derogación de la ley 14.394. Ultraactividad.....	51
IV	
EL FUNDAMENTO DEL REGIMEN DE VIVIENDA	54
1.- Plan	54
2.- Derechos humanos y derechos fundamentales.....	54
2.1 Teorías diferenciadoras entre los derechos humanos y fundamentales	54
2.2.- Teorías unitarias.....	55
3.- Los derechos humanos. Su existencia.....	56
4.- El fundamento de los derechos humanos.....	57
4.1.- Teorías monistas.	58

4.2.- Teorías dualistas.....	58
4.3.- La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos.....	59
5.- La dignidad de la persona humana.....	60
a) El concepto de dignidad.....	60
b) Distintas acepciones.....	61
c) La recepción en los ordenamientos normativos.....	64
d) La dignidad humana.....	65
6.- El Fundamento del régimen de vivienda del Código Civil y Comercial.....	65

V

ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA.....	67
1.- Delimitación del objeto de estudio.....	67
2.- Naturaleza jurídica.....	67
2.1. Dominio imperfecto.....	67
2.2. Condominio con indivisión forzosa.....	68
2.3. Naturaleza <i>sui generis</i>	68
2.4. Límite al dominio.....	69
3.- Objeto.....	69
3.1. Afectación sobre un inmueble.....	69
3.2. La afectación originaria sobre un bien que no sea un inmueble.....	71
3.3. Destino del inmueble.....	71
3.4. Eliminación de topes.....	72
3.5. La afectación de un solo inmueble al régimen de vivienda.....	72
4.- Sujetos.....	74
4.1. Legitimados.....	74
4.2. Beneficiarios.....	76
4.2. La mutación del paradigma.....	78
5.- Vías para la afectación.....	79
5.1. Por acta registral.....	79
5.2. Por escritura pública.....	79
5.3. Por testamento.....	79
5.4. Por instrumento judicial.....	79
6.- Carácter de la registración.....	80
7.- Habitación efectiva.....	80
8.- Efectos.....	81
8.1. Respecto del constituyente.....	81

8.2. Respecto de los beneficiarios	82
8.3. Respecto a los acreedores.....	82
9.- Desafectación.....	84
9.1.Causales voluntarias	85
9.2. Causales forzosas	86

VI

LA FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA	87
1.- Plan	87
2.- Subrogación real	88
2.1.La cuestión en la ley 14.394.....	89
2.2.La situación en el derecho comparado	90
2.3.La génesis de la incorporación del instituto de la subrogación real	92
2.4.Colofón.....	101
2.- El régimen de los frutos	101

VII

CONCLUSIONES	103
--------------------	-----

INTRODUCCION

1.- El régimen de vivienda y la búsqueda de su fundamento

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial (t.o. ley 26.994) se ha incorporado a nuestro sistema el régimen de vivienda, regulado específicamente a partir del artículo 244, dentro del Título Tercero del Libro Primero, relativo a los bienes.

La idea encuentra su antecedente en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998, por el que se comenzaban a receptar los lineamientos que venían marcando la doctrina y jurisprudencia al respecto¹.

Este instituto propone la afectación en todo o en parte un determinado inmueble con el fin de lograr que aquél se torne por principio y a partir de su constitución, en inejecutable por las deudas que el constituyente pudiere tener, brindando una fuerte protección frente a sus acreedores y con la alternativa sustituir la mentada protección respecto de otro bien a través de la figura de la subrogación real.

Una primera conclusión nos lleva a pensar que la figura tiende a generar un marco protectorio de la vivienda del constituyente, en el entendimiento de que la misma resulta ser la base de su desarrollo económico, social, personal y familiar, pudiendo incluso complementarse con otros institutos que tienen el mismo norte.

Pero estamos convencidos de que el sistema elaborado a partir del artículo 244 de Código Civil y Comercial encuentra un ámbito de aplicación aún mayor, partiendo de la base de considerar que el concepto de vivienda que se pretende atribuir a este régimen no se agota con la equiparación a la idea de residencia o morada, aunque sin desconocer que subyace del régimen la noción de protección del derecho a la vivienda, como derecho humano reconocido en nuestra Carta Magna.

En efecto, de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se esboza que “... *el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394....*”

Resulta claro entonces que el legislador ha querido justificar la incorporación del régimen de vivienda sobre la base del derecho humano homónimo consagrado

¹ AMESTOY, Paola, “Algunas consideraciones sobre el régimen de vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *El Derecho*, Familia, 2015, 66/-16.

constitucionalmente, marcándonos cuál sería su fundamento, entendiendo que con ello se promueve la constitucionalización del derecho privado y la relación entre derecho y economía².

Sin embargo reiteramos que pese a comprender la importancia del tal derecho humano, no podemos confundir la sacralidad de aquel con la regulación de la vivienda del Código Civil y Comercial, en tanto no se garantiza con este régimen el acceso a la misma, sino que se tutela a la vivienda a la que ya se ha accedido³.

Pero el legislador va más allá, y en su exposición refiere al régimen de vivienda como el sustituto del derogado bien de familia que fuera instaurado por la ley 14.394. Pareciera pretender buscar en aquel instituto la fuente de donde debe abrevarse cuando se refiriese a la vivienda, idea esta de la que no somos partidarios.

Este interrogante acerca del verdadero fundamento y origen del régimen instaurado por el ordenamiento sustancial no ha sido pasado por alto por la doctrina más reciente, la que se ha visto atraída por la búsqueda del mismo arribando a conclusiones disimiles que a nuestro criterio no han dado respuesta acabada al problema y que motivan la realización de este trabajo.

Creemos que en este punto debemos detenernos, convencidos de que el análisis de la figura debe encontrar ante todo la determinación de su verdadero fundamento, adelantando desde ya que no creemos que el derecho constitucional de vivienda o el derogado bien de familia sean fundamento de este régimen, o puedan servir como tales, sino tan sólo antecedentes del mismo con notas particulares que empapan al instituto bajo estudio.

Estamos persuadidos de que el verdadero fundamento del régimen de vivienda radica en algo aún mayor: la dignidad de la persona humana.

2.- La finalidad del régimen

Desde un punto de vista gramatical, el vocablo vivienda ha sido definido por la Real Academia Española como “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas” en su primera acepción, y “género o modo de vivir” en su segunda acepción, y proviene del vocablo latín *vivenda*, que refiere a las cosas con que o en que se ha de vivir.

A simple vista la segunda acepción expuesta resulta más abarcativa que la primera, la que se ciñe a identificar a la vivienda con la construcción edilicia que se utiliza como morada

² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2014, Tomo I, p. 812.

³ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 992.

por las personas, lo que importaría reducir el concepto de vivienda al inmueble objeto de la residencia efectiva y habitual de la persona con el fin de la satisfacción personal.

Preferimos entonces hacernos eco de la segunda acepción citada, la que nos servirá para comenzar nuestra búsqueda a solución de nuestro primer interrogante, encontrándonos con un abanico de posibilidades inmensamente mayores.

La ampliación del espectro nos llevará a pensar en el régimen de vivienda como una posibilidad de brindar protección y sustento a la persona, encontrándose el acceso a un techo dentro de la idea de sustento y reflejando aquel modo o género de vivir al que se refería la definición transcrita.

En otras palabras, el régimen tendría por finalidad proteger a la persona humana en su integridad, su modo de vivir, su patrimonio – integrado por el inmueble que le da cobijo -, por cuanto el desarrollo de la persona también se encuentra ligado a poder alcanzar el acceso a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades habitacionales básicas. Eso es un modo o género de vivir.

No dudamos al afirmar que el régimen instaurado encuentra en esta postura la teleología del instituto.

Así, y tomando como antecedente el régimen de bien de familia a que remiten los Fundamentos del Anteproyecto, podemos concluir que aquél estaba orientado a satisfacer el sustento de la familia, y que la protección de la vivienda no era más que una de las posibilidades que brindaba la ley para alcanzarlo. Por ello, y pese a las discrepancias doctrinarias, concordábamos en que la verdadera finalidad del instituto era la protección del "patrimonio familiar con fines alimentarios"⁴.

Partiendo de esa base, y entendiendo que existen sustanciales diferencias entre uno y otro régimen – las que serán evidenciadas oportunamente - no tememos al afirmar que la finalidad del régimen de vivienda del Código Civil y Comercial es la “protección del patrimonio de la persona humana con fines alimentarios”.

A partir de esta primera conclusión podremos afirmar que el régimen de vivienda logra concretar el género o modo de vivir de la persona y con ello la concreción práctica de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional.

⁴ LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 bis, p 84.

3.- Delimitación del objeto de estudio

Nos proponemos en este trabajo demostrar que el régimen establecido por el ordenamiento civil y comercial a partir del su artículo 244 exorbita la idea de la vivienda como sinónimo de habitación o residencia efectiva y que no importa la privatización de un derecho constitucional.

Analizaremos el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna para demostrar que la finalidad primigenia del mismo es lograr la procura del Estado en que cada habitante pueda contar con una residencia adecuada a sus necesidades básicas y en condiciones dignas para el desarrollo de su vida, noción extraña al régimen bajo estudio, lo que no importa desentendernos de comprender que el sustrato del régimen se encuentra aquí.

No nos convence tampoco la idea de que el régimen bajo estudio se reduce a la sustitución o actualización del bien de familia⁵, en tanto existen sustanciales diferencias entre ambos regímenes que nos permiten afirmar que protegen cuestiones distintas.

Ellos nos llevará a preguntarnos qué ocurre con los inmuebles afectados con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial y la posibilidad de aplicar la ley en forma ultraactiva.-

La concordancia en ciertos efectos no es suficiente para equiparlos, siendo que pueden nombrarse otros institutos que logran el mismo marco protectorio y no por ello son equiparados al régimen de vivienda.

Realizaremos un somero estudio de estas figuras afines y principalmente del bien de familia a fin de demostrar que podemos considerar al bien de familia como un antecedente inmediato e importante de la figura bajo estudio, pero eso no importará que esta última venga a reemplazarlo ante las sustanciales diferencias existentes entre uno y otro.

Nos avocaremos entonces a demostrar que el fundamento último de este régimen excede y exorbita a las figuras reseñadas, aunque reiterando con notas características de ambas, para culminar probando que la ley centraliza su defensa en la persona y derrama sus efectos sobre sus beneficiarios, también en relación con el derecho de propiedad privada, aunque ceñido a su calidad de vivienda⁶.

⁵ REGIS, Ariel E., “Aspectos conflictivos de la subrogación real en el Proyecto de Código Unificado”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre 2012.

⁶ CAO, Christian Alberto, “¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial, Comentario al Fallo CSJN “Pastrana Gómez, Gustavo E. s/ quiebra,” 992-03-31; *RCCyC* 2015 (agosto), 297.

4.- Proyecciones

Con el fin de lograr nuestro cometido dividiremos nuestro estudio en cinco capítulos, alcanzando al final de cada uno de ellos una conclusión parcial que será el camino hacia nuestra tesis final. Así:

- a) estudiaremos ciertos institutos legales que tienden a la protección de la vivienda;
- b) esbozaremos los lineamientos generales de los pretendidos antecedentes inmediatos que se buscan respecto al régimen de vivienda;
- c) analizaremos la regulación del régimen de vivienda contenido en el ordenamiento civil y comercial así como sus antecedentes, haciendo hincapié en los temas centrales atinentes a nuestro objeto de estudio;
- d) ahondaremos sobre lo que a nuestro entender es el verdadero fundamento del régimen, cual es la dignidad de la persona humana, concepto que ha atravesado el ordenamiento vigente con mayor vigorosidad;
- e) enmarcaremos cuál la verdadera finalidad del instituto, para concluir que existe una equivocidad en el mensaje dado en los fundamentos del Código respecto a nuestro objeto de estudio.

II

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA A TRAVÉS DE DIVERSAS FIGURAS JURÍDICAS

1.- Introducción

Se ha sostenido acertadamente que la vivienda tiene para el individuo un gran valor patrimonial y esencialmente extrapatrimonial, que puede observarse desde tres planos distintos. Desde un punto de vista material en tanto brinda amparo a su integridad física; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; y moralmente como centro de la esfera de su intimidad⁷.

Es por eso que desde antaño el derecho ha bregado por la protección de la vivienda a través de diversos institutos creados por normas nacionales y locales, reforzado en estos últimos tiempos a partir de la confección de Tratados Internacionales en la materia y su reconocimiento constitucional.

Analizaremos brevemente los institutos que creemos más resonantes en relación a la protección de vivienda, con base en la garantía constitucional contenida en los artículos 14 bis y 75 inciso 12 de nuestra Carta Magna, sin adentrarnos aún en el análisis puntual del régimen de vivienda contenido en el Código Civil y Comercial.

2.- Indivisión forzosa en bienes de origen hereditario.

Los distintos casos de indivisión forzosa sobre bienes de origen hereditario se encuentran tratados en el Libro V, Título VI, Capítulo II del Código Civil y Comercial. Esta indivisión forzosa puede presentarse en casos donde es el mismo testador quien la impone vía testamentaria, o bien cuando así lo deciden los herederos sobre los bienes que reciben por herencia, y por último por decisión del cónyuge superviviente sobre el bien que hubiere constituido el último hogar conyugal, con las particularidades del caso.

2.1.- Indivisión impuesta por el testador

Señala el artículo 2330 del Código Civil y Comercial que el testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor a diez años. Aclara asimismo que aquella indivisión también puede realizarse sobre un bien determinado, o

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección jurídica de la vivienda familiar", *Hammurabi*, Buenos Aires, 1995, p. 29.

un establecimiento que constituya una unidad económica, o bien sobre partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista el testador.

En estas situaciones particulares, con el agregado de que el plazo máximo referido puede ampliarse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, si es que hubiere herederos menores, debiendo tener presente que incluso se tendrá en consideración a la persona por nacer, y en tal caso el período de gestación debiera contabilizarse⁸.

La norma encuentra su antecedente inmediato en el artículo 51 de la derogada ley 14.394, que oportunamente fuera criticada no sólo en cuanto a su redacción – de la que no está exenta la letra del artículo en análisis – sino también en cuanto a su contenido, en tanto se permite la imposición de una cláusula de indivisión en una situación donde se reúnen una comunidad de personas y un conjunto de bienes a las que se las obliga a estar unidas sin conocer si entre ellas existe o no una armonía que permita tal marcha en conjunto⁹.

Si bien no se realiza una referencia expresa, como ocurre en otros casos, esta indivisión posibilitará que temporariamente pueda dejarse a salvo de la división uno o varios bienes que pudieren servir a los herederos – aun legitimarios – de morada efectiva, protegiendo así la vivienda de las personas que el testador quiso al momento de realizar este acto de última voluntad y manteniendo el patrimonio unido en el seno familiar.

2.2.- Indivisión convenida por las partes

A diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, se presenta ahora la posibilidad de que sean los propios herederos quienes convengan la indivisión por un plazo determinado, tal como lo establece el artículo 2331 CCyCN.

Nos encontramos frente a una situación en donde no se les impone este estado a los herederos sino que son ellos quienes, por su propia voluntad y en mérito a conveniencia propia, deciden someterse a esta posibilidad concedida legalmente.

El plazo máximo a que puede sujetarse tal indivisión es de diez años como máximo, renovables, y cualquiera de los coherederos puede solicitar la división en forma anticipada debiendo acreditar causa justificada para ello.

⁸ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo II, p. 290.

⁹ FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª edición, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1958, Tomo I, p. 302.

2.3.- Indivisión forzosa temporaria impuesta por el cónyuge supérstite

El tercer caso encuentra su antecedente en el artículo 53 de la derogada ley 14.394, aunque con modificaciones importantes en relación a aquél, y ha sido entendido como un supuesto que encuentra su fundamento en la equidad¹⁰ y catalogado como la situación de indivisión más razonable en relación a las expuestas¹¹.

Señala puntualmente el artículo 2332 del Código Civil y Comercial que el cónyuge supérstite puede oponerse a que se incluyan en la partición ciertos bienes que componen la herencia, a menos que aquellos puedan serle adjudicados en su lote.

El ordenamiento refiere a establecimientos que constituyan una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, debiendo el cónyuge supérstite acreditar que ha adquirido o constituido en todo o parte tal establecimiento, o que participó activamente en su explotación, o bien que es el principal socio o accionista de la sociedad.

Se fija para el caso un plazo máximo de diez años de duración de este estado, contados a partir de la muerte del causante, prorrogable por petición judicial y hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite, sin perjuicio de que los herederos podrán solicitar el cese del estado de indivisión si acreditasen causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión.

Se establece asimismo que durante la indivisión, la administración del establecimiento o de las partes sociales, cuotas o acciones corresponden al cónyuge supérstite.

Concluye la norma, y en lo que importa a este ensayo, expresando que “... *el cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades...*”.

Esta última parte de la norma pone de manifiesto en forma expresa una vía de resguardo de la vivienda que hubiere constituido la residencia habitual de los cónyuges, apuntando en este

¹⁰ MOLINARIO, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, Impresora El Argentino, La Plata, 1959, pp. 65 y 66.

¹¹ FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, Tomo I, p. 306.

caso al hogar conyugal¹², con más los muebles que la integran, idea esta no contemplada en el régimen de la ley 14.394 y que se condice con las interpretaciones reinantes sobre el tema¹³.

Partimos de la base de considerar que este supuesto solamente puede aplicarse en el caso en que al momento de contraer matrimonio, los cónyuges hayan optado por el sistema de comunidad de bienes, en tanto la norma refiere a la adquisición del inmueble o construcción del mismo con fondos total o parcialmente gananciales¹⁴.

Asimismo, para que puedan ser viables las prerrogativas dispuestas deben concurrir a la sucesión otros herederos además del cónyuge supérstite en tanto contrario haría que la norma careciera de sentido¹⁵.

Además este inmueble debió haber constituido la residencia habitual de los cónyuges al momento del fallecimiento del causante, por lo que deberá determinarse claramente la convivencia de aquellos en consonancia con las disposiciones legales contenidas en el artículo 431 del Código Civil y Comercial.

Una de las grandes modificaciones respecto a su antecedente normativo la encontramos en el plazo de duración de este estado de indivisión, en tanto su antecesor posibilitaba la misma por un máximo de diez años, mientras que el régimen vigente lo establece en forma vitalicia, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que se consagra un verdadero derecho real de habitación vitalicio encubierto¹⁶, aunque a poco que se repare sobre este último instituto podremos observar que existen diferencias sustanciales entre una y otra figura.

Esta estipulación vitalicia encuentra su excepción legal en tanto se pueda acreditar, por parte de los herederos, de que el cónyuge supérstite posee bienes que permiten procurarse otra vivienda acorde a sus necesidades o bien que el mentado inmueble pueda serle adjudicado en lote.

Si bien entendemos que subyace un cariz protectorio de la vivienda, una atenta lectura de la norma nos lleva a pensar que puntualmente se apunta a la protección de la persona del

¹² ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 4ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Ed. Astrea, 2003, p. 331.

¹³ Cám. Civ. y Com. Mercedes, sala 2ª, La Ley, 1980-B, 555; ITZIGSOHN DE FISCHMAN, María E., “Derecho de habitación del cónyuge supérstite”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1979, apéndice II, p. 267; en contra, CHIAPPINI, Julio O., “Derecho de habitación del cónyuge supérstite”, *DFyP* 2013 (noviembre), 125.

¹⁴ AZPIRI, Jorge O., en BUERES, Alberto J., *Incidencias del Código Civil y Comercial*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, Tomo 9, p. 116.

¹⁵ BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, 1ª edición, Hammurabi, 2014, Tomo I, p. 534.

¹⁶ ROLLERI, Gabriel, “Indivisión forzosa de la herencia ¿transitoria o vitalicia?”, *La Ley*, 20/09/16, 1.

cónyuge supérstite, con un fin asistencial¹⁷, quien puede verse privado de un momento a otro del inmueble que constituía el hogar conyugal y que había sido adquirido o construido con el esfuerzo de la comunidad, permitiendo su morada efectiva en él incluso pese a la oposición de los restantes herederos, que encontraran una cláusula legal de salida prevista en la misma norma.

3.- Habitación del cónyuge supérstite

3.1.- El Código Civil derogado

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se encontraba regulado en el ordenamiento velezano en el artículo 3573 bis, introducido a partir de la sanción de la ley 20.798/73, consagrando una situación protectoria que existía ya en los hechos y formaba parte del espíritu de nuestro pueblo¹⁸.

Se trataba de una creación propia del legislador nacional que no reconocía antecedentes en el derecho comparado, con un marcado fin tuitivo y que apuntaba a salvaguardar el derecho elemental y fundamental del cónyuge supérstite a una vivienda digna y a no ser desplazado del inmueble que en vida del causante hubiera constituido la sede del hogar matrimonial¹⁹

El referido artículo 3573 bis del Código Civil expresaba que “Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

Se trataba de una norma de corte asistencial que tenía por finalidad conferir protección habitacional al cónyuge sobreviviente para evitar que sea privado de alojarse en el inmueble que fuera sede del hogar conyugal ante eventuales solicitudes de partición que pudieren instar

¹⁷ LLOVERAS, Nora – ORLANDI, Olga – FARAON, Fabián, en CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1ª edición. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo VI, p. 71.

¹⁸ BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 3.

¹⁹ GUASTAVINO, Gabriel N.E. “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, *revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, p. 118, disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/download/6228/9205>. Última fecha de consulta: 10/8/17.<http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo->

herederos o legatarios²⁰. A su vez, importaba una clara demostración de la estrecha conexión existente entre los derechos reales y las necesidades de la vivienda y la familia²¹.

Se buscaba con esta norma poner fin a una situación angustiosa por la que atravesaba el cónyuge supérstite quien había comprometido sus energías con el causante en pos de formar un pequeño patrimonio, la habitación, y al momento de abrir el sucesorio debían compartirlo con herederos o legatarios que por varios motivos pretendían vender el mismo dejando al supérstite sin habitación²².

Mucho se discutía si el derecho que tenía el cónyuge supérstite era *iure proprio*, a título personal y derivado de su calidad de esposo²³, o bien *iure hereditatis*, entendiéndose que este derecho emanaba de la calidad de heredero del cónyuge supérstite²⁴. Incluso se sostuvo que el beneficiario era un prelegatario legal particular forzoso, en tanto este derecho era adquirido *iure legati*, independientemente de lo que podía recibir a título de heredero y por la disolución de la sociedad conyugal²⁵.

Sin adentrarnos en aquella discusión, que excede el marco de este trabajo, no podíamos dudar que nos encontrábamos frente a un derecho real²⁶, puntualmente frente a un derecho real de habitación aunque con notas particulares²⁷.

Se trataba de un derecho real de origen legal²⁸, y se discutía si operaba *ipso iure*²⁹ o bien si era necesaria la iniciación de los trámites sucesorios para su reconocimiento³⁰.

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, "Resulta indiscutible que el derecho consagrado por el art. 3573 bis del Cód. Civ., tiene un carácter netamente asistencial. No reviste una función patrimonial ni persigue fines de lucro, puesto que tiende a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, permitiendo la continuación del derecho que en ese carácter tenía antes de la muerte del "de cuius" [...]" (CNCiv., en pleno, "Failland, Federico F., suc.", 15/08/79, *La Ley*, 1979-C, 530).

²¹ FAZIO DE BELLO, Marta E., "Protección de la vivienda. El derecho de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente. Las cláusulas de indivisión. El Proyecto de unificación", *SJA* 15/05/2013, 3.

²² PAPAÑO, Ricardo J. - KIPER, Claudio M. - DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., *Derecho civil. Derechos reales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 631 a 635.

²³ VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge", *Rev. La Ley*, t. 1976-C, p. 198; "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", *Revista del Notariado*, n° 743, setiembre-octubre 1975, p. 1531; BORDA, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", *E. D.*, t. 57, p. 755; "Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil", *E. D.*, t. 60, p. 883.

²⁴ MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del art. 3573 bis del Código Civil", *Rev. La Ley*, t. 1975-B, p. 1040, sec. Doctrina; ANDORNO, Luis O., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", *J. A.*, serie contemporánea, t. 29, p. 629.

²⁵ BARBERO, Omar U., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 1975.

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, "Failland, Federico F., suc.", 15/08/79, *La Ley*, 1979-C, 530).

²⁷ ALTERINI, Jorge H., "Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación", *La Ley Online*.

²⁸ CNCiv., Sala D, "Barragan, Luis A. suc.", 02/06/1995, LL, 1996-C, 353, con nota de Abreut de Begher L.; DJ1996-2,171.

²⁹ Cap.Civ.yCom., San Martín, Sala II, "F., M. A. c. A., N. F. y otros", 05/10/00, *La ley online*.

³⁰ Cap.Civ.Com.y del Trabajo, Villa Dolores, "Galván de Oviedo, Felipa J. y otras c. Salvador, Américo, suc.", 30/08/99, *LLC* 2000, 1364.

Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, celebradas en Buenos Aires, declararon a través de la comisión 4 que debía “superarse toda duda acerca de la adquisición del derecho de habitación del cónyuge supérstite por mera virtualidad de la ley”.

Para la procedencia de este instituto entonces se requería en primer lugar que al momento de la muerte del causante existiese tan sólo un inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Ese único inmueble habitable, además, debía haber sido el hogar conyugal y no superar en cuanto a su estimación el monto máximo que establecía la ley 14.394 para la afectación de un bien al régimen de bien de familia.

A su vez, debían concurrir a la sucesión otras personas con vocación hereditaria o en su carácter de legatarios, en tanto si así no ocurría no tenía sentido brindar esta protección, siendo que el cónyuge supérstite sería quien únicamente tendría derecho sobre la cosa.

Este derecho real se establecía en forma vitalicia y gratuita, y encontraba su válvula de escape en caso que el supérstite contrajere nuevas nupcias, solución que mereció severas críticas de la doctrina en tanto conformaba una especie de impedimento a contraer matrimonio. No sería igualmente el único modo de extinción de este derecho, en tanto lo mismo ocurriría, a guisa de ejemplo, con la muerte del habitador, su renuncia al derecho, la pérdida o destrucción de la cosa, etc.

3.2.- El Proyecto de 1998

Si bien la esencia de este derecho real se respetaba en el Proyecto en su artículo 2336, se vislumbraban algunas diferencias sustanciales, en tanto no se establecía la necesidad de concurrencia a la sucesión de herederos o legatarios junto con el cónyuge supérstite – aunque descartando que si no existiere tal concurrencia se generaría la imposibilidad jurídica de este instituto³¹ -, y se eliminaba la referencia al tope cuantitativo y su remisión a las normas de la ley 14.394 en lo tocante al régimen de bien de familia.

Por su parte, se añadía que no sólo el contraer nuevas nupcias funcionaba como causal de extinción del derecho, sino que lo mismo ocurría en caso de concubinato por parte del beneficiario, por lo que acreditado éste se podía solicitar el cese del derecho.

Asimismo, se disipaba todo tipo de duda respecto a la fuente de este derecho, en tanto el artículo 2062 expresaba que el derecho real de habitación no podía constituirse por mero efecto de la ley, con excepción del caso del derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

³¹ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 695.

3.3.- El Código Civil y Comercial

Señala el artículo 2383: “*Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, 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*”.

Advertimos en primer lugar una modificación metodológica respecto al derogado artículo 3573 bis y acorde a lo que se preveía en el mentado Proyecto del año 1998, en tanto su tratamiento ya no se realiza al estudiar la sucesión del cónyuge sino en el capítulo relativo a la partición de la herencia.

Se trata de un derecho real que nace por mero efecto de la ley, por cuanto el artículo 1894 del Código Civil y Comercial así lo refrenda, y que el cónyuge supérstite lo tiene de pleno derecho. Pareciera entonces que se le acuerda por derecho propio (*no iure hereditatis*), con independencia de la calidad de heredero, y por tanto, no debiera medirse esa cuantía para fijar la legítima o calcular las porciones de la herencia de su cuota e integración de la masa hereditaria³².

Nos encontramos en presencia de un caso de dominio desmembrado, en tanto el dominio se grava con un derecho real a favor de terceros, en donde el útil corresponde al cónyuge supérstite y la nuda propiedad a los legitimarios³³.

Para la procedencia de este derecho real, es necesario que estemos frente a un inmueble de propiedad del causante y que hubiere constituido el último hogar conyugal en los términos del art. 2621. Se ha discurrido en este punto acerca de la exigencia en torno a la propiedad del inmueble y se ha sostenido que no importa la calidad de propio o ganancial del inmueble, ni si el mismo, en este último caso, es de titularidad del causante o del supérstite o de ambos, ya que en todos los casos cumple con la exigencia de la norma³⁴.

Esta interpretación pareciera correcta, en tanto sostener lo contrario llevaría a la situación en la que el cónyuge titular del inmueble ganancial donde tuvo asiento el último hogar conyugal quedaría en desventaja, pese a haber sido su propietario, en relación con el no propietario. No es menos cierto que el cónyuge supérstite tiene a su alcance otros medios para conservar el

³² CNCiv., Sala A, "Poltarak, Alfredo suc.", 24/03/1998, *La Ley*, 1998-C, 738.

³³ ABREUT de BEGHER, Liliana E., "Vigencia del derecho de habitación legal", *La Ley*, 1996-C, 353.

³⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2016, Tomo III, p. 53.

inmueble a través de las adjudicaciones preferenciales (arg. art 2381), mas no contaría con la gratuidad de este derecho, lo que puede derivar en una evidente desprotección, que es justamente lo que la norma pretendió evitar³⁵.

A diferencia de lo que ocurre con el caso de la indivisión forzosa peticionada por el cónyuge supérstite, no se ha expuesto nada respecto a la inclusión de los muebles dentro de la vivienda y la protección que aquellos también merecen, aunque se ha entendido que hacen al manteniendo del *status quo* que se persigue con la norma, algo que ya se sostenía en el régimen derogado³⁶.

El inmueble no debe estar en condominio con otras personas a la época de apertura de la sucesión, excluyendo en este caso a la situación en donde los condóminos sean los cónyuges, por aplicación de la regla que sentásemos anteriormente al referir a la propiedad del inmueble.

Desde ya que la concesión de este derecho no permite su ejercicio con exclusión de otros miembros del grupo familiar que convivían en el inmueble al tiempo del fallecimiento del causante³⁷.

Por otro lado, la norma se ha distanciado de sus antecesores y ha eliminado la exigencia de que exista un solo inmueble habitable en el acervo hereditario. Estamos de acuerdo en que ello podría desembocar en un ejercicio abusivo del derecho por inexistencia del fundamento asistencial del mismo³⁸, lo que ya venía sosteniéndose pretorianamente bajo la vigencia del régimen velezano³⁹, entendiendo que la posibilidad del planteo judicial acerca del ejercicio abusivo del derecho puede ser viable en el caso.

Este derecho real mantiene sus caracteres de vitalicio y gratuito para el cónyuge supérstite, aunque por expresa imposición del código, es inoponible a los acreedores del causante, teniendo estos últimos preferencia para el cobro (arg. arts. 2316 y 2359).

Por último, se elimina como causal de extinción de este derecho real la contracción de nuevas nupcias o bien el vivir en concubinato, a diferencia de lo que preveía el Código velezano

³⁵ GUILISATI, Jorgelina, "El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección", *DFyP*, 2018 (mayo), 141 – *La Ley* 2018-D, 549.

³⁶ CAFFERATA, José L., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", *La Ley*, 1977-B, 721.

³⁷ CNCiv., Sala B, "R., M. F. c. R., C. A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" 19/05/2017, *La Ley*, 18/08/2017; CNCiv., Sala B, "Soriano de Garcia, M. s/Suc.", 18/04/86.

³⁸ FERRER, Francisco A., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, Tomo XI (Directores del Tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio Santarelli y Alfredo M. Soto), p. 440.

³⁹ CNCiv., Sala C, "Javam, Elías s/sucesorio", 08/04/88, *ED*, 128, p. 624.

y el Proyecto de 1998, y que como dijéramos había sido catalogado como un castigo al matrimonio⁴⁰.

Se aplicarán al caso los modos de extinción de todos los derechos reales y los correspondientes al derecho real de habitación, con las remisiones propias que se realizan respecto al derecho real de uso y al de usufructo.

3.4.- Colofón

Al igual que lo que ocurre con los casos de indivisión forzosa a los que refiriésemos anteriormente, no estamos convencidos que la protección que brinda este instituto recaiga en forma directa sobre la vivienda o al menos en su concepción restringida.

No caben dudas que el hogar conyugal se ve resguardado por la aplicación de esta norma, y que se pretende que este bien se mantenga en el patrimonio familiar una vez fallecido el causante. Sin embargo, creemos que indirectamente se establece esta protección respecto a la vivienda que constituía el hogar conyugal, mientras que directamente se protege a la persona del cónyuge supérstite, con un fin asistencial –y de ahí una concepción amplia de la noción de vivienda -, resguardándolo ante el fallecimiento del causante y permitiendo habite el inmueble reseñado en forma vitalicia y gratuita.

No perdemos de vista que la idea de asistencia importa un fin alimentario, y que dentro del concepto de alimentos se encuentra la vivienda, por lo que en forma oblicua aquella se encuentra protegida, pero se hace foco en la persona y en su situación patrimonial, en tanto si se acreditase que la misma posee otro inmueble o bienes suficientes para satisfacer sus necesidades, aunque no se estipule expresamente, podrá solicitarse la extinción de este derecho por el ejercicio abusivo del mismo.

No perdemos tampoco de vista la norma del artículo 744 del Código Civil y Comercial, que establece la exclusión de la ejecución del derecho real de habitación en los términos que establece la ley, siendo esto un fuerte argumento para sostener que la protección se estipula en miras a la vivienda. Pero reiteramos que esta idea no nos termina de convencer, y creemos que se trata de una consecuencia lógica de la figura que se crea, que tiene por norte directo la protección de la persona del cónyuge supérstite.

⁴⁰ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Ed. Abeledo Perrot, 1994, Tomo I, p. 432.

4.- Habitación del conviviente supérstite

Señala el artículo 527 del Código Civil y Comercial: *“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”*.

Se trata de un derecho real⁴¹ que no encuentra antecedente en el Código Civil derogado ni en el Proyecto de 1998, y que revela –al igual que en el caso del derecho real de habitación del cónyuge supérstite – un cariz asistencial.

Si bien concordamos en que la previsión legal obedece a la observación de la situación en que queda el conviviente que ante el fallecimiento de su compañero se encuentra sin recurso habitacional⁴², no creemos que sea el paso del tiempo el que determine la procedencia o no del instituto, en tanto así no lo ha previsto la norma.

Un primer problema respecto a esta novedosa figura surge de la propia redacción del artículo en análisis, en tanto de su lectura pareciera desprenderse que el conviviente tiene la facultad de invocar este derecho, a diferencia de lo que ocurre en el caso previsto en artículo 2383 en donde se observa que el cónyuge supérstite tiene este derecho desde el mismo momento del fallecimiento del causante.

Creemos que una interpretación armónica nos llevará a pensar que este derecho real también produce una adquisición de pleno derecho, en tanto el artículo 1894 del Código Civil y Comercial lo establece como uno de los casos de adquisición legal de un derecho real⁴³.

Surge aquí una nueva discrepancia doctrinaria en torno a si resulta necesaria la petición en el juicio sucesorio para su obtención – pese a que deba ejercerlo dentro de los dos años a partir de la apertura de la sucesión – frente al ejercicio de la partición cuando los legitimados

⁴¹ BADRAN, Juan P., *Protección de la vivienda familiar*, 1ª edición, Córdoba, Ediciones Lerner, 2015, p. 162; en contra, ÁRRAGA PENIDO, Mario O., “Derecho real de habitación especial del cónyuge supérstite”, *La Ley*, 2018-B, p.1006.

⁴² CALLEGARI, Mariana G. – ORDOÑEZ, María V., “El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente. Aplicación temporal de la norma”, *La Ley*, 2017-C, 338; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2014, Tomo III, p. 362.

⁴³ ÁRRAGA PENIDO, Mario O., “Derecho real de habitación especial del cónyuge supérstite”, *La Ley*, 2018-B, p.1006.

pretendan hacerse con el inmueble⁴⁴, o bien si es necesario peticionar u oponer su derecho en el sucesorio funcionando a petición de parte⁴⁵.

Para que este derecho real sea viable, es necesario que se establezca sobre un inmueble de propiedad del causante que hubiere constituido el último hogar convivencial, y que el mismo no se encuentre en condominio con terceros distintos a los convivientes.

Además, no es menester la concurrencia de personas con vocación hereditaria, siendo esto intrascendente en tanto el conviviente no la tiene⁴⁶.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del derecho que se otorga al cónyuge supérstite, acá sí se exige que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes que aseguren su acceso a ésta, replicando las notas que hemos reflejado al referirnos al derecho real del cónyuge supérstite, encontrando su fundamento en el mentado abuso del derecho⁴⁷.

El derecho establecido es gratuito, mas limitado en el tiempo, por un plazo máximo que no podrá exceder de dos años, y tampoco podrá ser opuesto a los acreedores del causante.

En el caso del derecho de habitación del conviviente supérstite se prevé aquella válvula de escape contenida en el artículo 3573 bis del derogado Código Civil para el cónyuge, en tanto si el supérstite contrae una nueva unión convivencial o matrimonio, se extingue el derecho consagrado, lo que importa replicar los argumentos que se vertieron anteriormente.

Al igual que lo que sostuvimos al referirnos al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, creemos que este derecho contiene una protección oblicua en relación a la vivienda, y apunta más a la persona del conviviente supérstite.

El conviviente encuentra la protección del hogar convivencial, como se establece en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, y aquella protección surge de la nota asistencial que subyace de la idea que trae aparejada la norma, pero aquella protección realmente está apuntada a la persona, quien se ve desvalida frente a la muerte de su conviviente.

⁴⁴ PÉREZ PEJCIC, Gonzalo, "Notas para una comparación entre el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite", en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/11/derecho-real-de-habitacion.pdf>, quien cita a ALTERINI, Jorge, en LAFAILLE, Héctor, *Tratado de derecho civil, Tratado de los derechos reales*, 2ª edición actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini, t. IV, La Ley-Ediar, Bs. As., 2010, p. 213; ídem RIVERA Julio - MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*.

⁴⁵ OLMO, Juan P., "Límite temporal de la procedencia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Bs. As., vol. 2015-8, p. 130; LAMM, Eleonora - MOLINA DE JUAN, Mariel, "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales. "Uniones convivenciales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, p. 314.

⁴⁶ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo II, p. 702.

⁴⁷ DE LA TORRE, Natalia, en CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo II, p. 230.

5.- Protección de la vivienda familiar

Existen en nuestro ordenamiento institutos que, sumados a los reseñados *ut supra*, también apuntan a la protección de la vivienda con fines alimentarios y como una verdadera necesidad humana⁴⁸. Encontramos a lo largo de nuestro ordenamiento figuras que van a excluir la posibilidad de ejecutar la vivienda por terceros, en consonancia con la protección que se establece a la familia, y que dependerán en uno u otro caso de la celebración de una unión convivencial inscripta o de un matrimonio.

5.1.- La protección en el régimen de la unión convivencial

El ordenamiento civil y comercial ha traído consigo una notable incorporación, cual es la regulación en favor de las uniones convivenciales, las que entendemos conforme los términos de la ley como las uniones basadas 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 de diferente sexo⁴⁹.

A la regulación de estas uniones convivenciales se las ha acompañado con la incorporación de figuras que tienden a su protección, una de las cuales es la contenida en el artículo 522 del Código Civil y Comercial: “Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

La norma puede dividirse en dos grandes partes. La primera apunta a lo que en el derogado régimen velezano se encontraba contenido en el artículo 1277, y que importaba el asentimiento conyugal – aunque extendido pretorianamente a las uniones convivenciales – para todo acto de disposición de bienes gananciales o propios en donde estuviese radicado el hogar

⁴⁸ COSOLA, Sebastián J., “La teoría del derecho de propiedad y el ejercicio de la función notarial”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, Año 14/Nº47 2017.

⁴⁹ MILLAN, Fernando, “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar”, *ADLA* 2015-21, 145.

conyugal y existiesen hijos menores o incapaces, pudiendo el juez autorizar la disposición del bien en caso de ser imprescindible y no afectar o comprometer el interés familiar.

El artículo en cuestión replica de alguna manera esa idea y establece que ninguno de los convivientes puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni sus muebles sin el asentimiento del otro, sin perjuicio de la facultad que se otorga al juez y que resulta concordante con la que emanaba del citado artículo 1277 del régimen derogado.

Recordemos que la idea del asentimiento conyugal importa una declaración de voluntad destinada a integrar la facultad de disposición del otro cónyuge o conviviente en el caso⁵⁰, y que conforme las previsiones del artículo 457 del ordenamiento sustancial, deberá prestarse para cada acto concreto y no en forma general⁵¹.

Asimismo, se establece que si no existe tal autorización, quien no hubiere prestado asentimiento tendrá derecho a demandar la nulidad del acto, estableciendo un plazo de caducidad semestral y mientras la unión convivencial – en los términos del artículo 511 del Código Civil y Comercial⁵² - aún estuviese vigente.

En lo que respecta a este trabajo, nos detendremos puntalmente en la parte final de la norma, en tanto se establece otro modo de protección de la vivienda que se complementa con el régimen establecido a partir del artículo 244 del Código Civil y Comercial, e independientemente de la afectación que en tal caso pudiere haber⁵³.

Se consagra una fuerte protección a la vivienda familiar, excluyendo de la garantía común de los acreedores (arg. art. 743 CCyCN) a este bien y limitando la ejecución por deudas únicamente a los casos en que las mismas hayan sido contraídas con anterioridad a la registración de la unión convivencial o con posterioridad, pero contraídas por ambos convivientes o sólo por uno de ellos, mas con el asentimiento del otro⁵⁴.

Estas excepciones han motivado algunas observaciones por parte de la doctrina en el entendimiento que puede hacerse lugar a la ejecución frente a algunas deudas posteriores, incluso contraídas por ambos convivientes.

⁵⁰ MAZZINGHI, Jorge A., *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 259.

⁵¹ BADRAN, Juan P., *Protección de la vivienda familiar*, 1ª edición, Córdoba, Ediciones Lerner, 2015, p. 89.

⁵² BELLUSCIO, Claudio A., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, García Alonso, 2015, p. 151; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2014, Tomo III, p. 340.

⁵³ HERRERA, Marisa – PELLEGRINI, María V., *La protección de la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial*, p. 3.

⁵⁴ ROVEDA, Eduardo G. – GIOVANETTI, Patricia S., en RIVERA Julio - MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Tomo II, p. 286.

Así, se sostuvo que debieran ser consideradas excepciones a la inejecutabilidad de la vivienda las deudas contraídas en concepto de tasas, impuestos y expensas comunes, y obligaciones derivadas de reformas o construcciones realizadas en el inmueble⁵⁵. También se ha propuesto incluir dentro de esta nómina a la deuda por alquileres sobre el hoga en el que se asienta el hogar convivencial o conyugal, deudas por la adquisición de muebles indispensables, y deudas alimentarias⁵⁶.

Entendemos en este caso puntual se trata de una norma que verdaderamente apunta a la protección de la vivienda en forma directa, lógicamente sujetándola al cumplimiento de las condiciones allí impuestas, pero partiendo de la base de considerar a la misma, en tal caso, inejecutable por las deudas que pudieren contraer los convivientes, excluyéndola expresamente del patrimonio ejecutable de aquellos, conforme las previsiones del artículo 744 CCyCN.

5.2.- La protección en el régimen matrimonial

Señala el artículo 456 del Código Civil y Comercial: *“Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”*.

La norma en análisis es concordante con la que regula la situación en los casos de unión convivencial y que analizáramos en el acápite anterior. Así, y en consonancia con lo que disponía el artículo 1277 del código velezano, se establece la necesidad de contar con el asentimiento conyugal para todo acto de disposición sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta, así como para transportarlos fuera de ella.

⁵⁵ BASSET, Úrsula, en ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, Tomo III, versión e book; MEDINA, Graciela en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo II, pp. 122/123.

⁵⁶ LLOVERAS, Nora, “Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura. Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Suplemento Especial. Familia*. Directoras: KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2014, p. 22.

Observamos respecto a su antecedente inmediato que se elimina la idea de los actos de administración y disposición y refiere puntualmente a los actos que importen disposición de derechos, lo que importa abarcar tanto a derechos personales como reales⁵⁷.

Por otro lado, se elimina la necesidad de que existan hijos menores o incapaces para que la protección sea viable, y se incluye dentro de esta a los muebles indispensables que la componen, lo que nos obliga a correlacionar esta norma con lo previsto por el artículo 462 del ordenamiento civil y comercial, que establece que los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables, cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con terceros de buena fe, son válidos, excepto que se trate de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión.

Sin embargo, y como ocurría al tratar este instituto protectorio en el régimen convivencial, lo que interesa en este punto es la parte final de la norma, en tanto aporta una nueva solución que puede incorporarse dentro del ámbito de las denominadas tutelas de la vivienda familiar, consagrando su inejecutabilidad con las excepciones expresamente previstas, la norma alcanza un adecuado equilibrio entre los intereses familiares y la previsibilidad en las relaciones jurídicas con la que deben contar terceros contratantes⁵⁸.

En honor a la brevedad damos por reproducidos los comentarios que realizásemos al respecto en el anterior acápite, considerando que en este caso también se ha tenido por norte la protección de la vivienda – en el caso la vivienda familiar – asegurando a los cónyuges una protección de su morada y por el sólo hecho de haber contraído matrimonio.

La conclusión es clara: una fuerte protección de la vivienda en la que reside el matrimonio o la unión convivencial inscripta, en tanto aquella no podrá ser ejecutada si la deuda no fue contraída por ambos o por uno con el asentimiento del otro⁵⁹.

6.- Otros institutos que tienden a la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial

A lo largo del ordenamiento civil y comercial encontramos una serie de normas que tienden a la protección de la vivienda con fines alimentarios, en consonancia con las previsiones

⁵⁷ PERACCA, Ana, en CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo II, p 100.

⁵⁸ HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1a edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo III, p. 47.

⁵⁹ MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Protección de la vivienda familiar”, 16/12/15, *RCCyC* 2015 (diciembre), 52.

constitucionales y con lo expresado en numerosos Tratados Internacionales.

La mayoría de aquellas normas –además de las que fueron desarrolladas anteriormente – se encuentran dentro del marco regulatorio de las relaciones de familia, a las que se le han dado un gran empuje a partir de la sanción del Código Civil y Comercial.

6.1.- La vivienda como integrante de la noción de alimentos

Al hacerse referencia los deberes que tienen los cónyuges entre sí, se incluye la obligación alimentaria que pesa entre ellos, y dentro de las pautas que deben tenerse en cuenta para la fijación de los mismos encontramos la atribución fáctica o judicial de la vivienda familiar (arg. art 433 inc. e).

El antecedente inmediato de la norma lo encontrábamos en el artículo 207 del Código Civil derogado en donde la atribución de la vivienda familiar no se encontraba contemplada expresamente. La inclusión nos parece acertada en tanto la atribución de la vivienda familiar es sin lugar a duda un valor económico a tenerse en cuenta y que conlleva un contenido asistencial⁶⁰.

6.2.- Convenio regulador del divorcio. Compensaciones. Atribución de la vivienda familiar

También se hace referencia a la vivienda al momento del divorcio de los cónyuges, en tanto los mismos deben presentar una propuesta reguladora junto con su petición de divorcio, la que debe contener como condición necesaria todo cuanto sea atinente a la atribución de la vivienda, entre otras cuestiones (arg. art. 439).

Asimismo, los cónyuges que atraviesan este proceso de divorcio pueden solicitarse entre ellos compensaciones económicas en mérito al desequilibrio manifiesto que empeore su situación y que tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial, pudiendo convenir aquello entre los cónyuges en el mentado convenio o dejándolo librado al arbitrio judicial, que tendrá en cuenta entre otras cosas la atribución de la vivienda familiar (arg. art. 442).

Esa atribución podrá ser solicitada por uno de los cónyuges, sin importar el carácter propio o ganancial del bien, y para ello el juez valorará quién se encuentra a cargo del cuidado de los hijos, la posición económica de cada uno de los cónyuges, el estado de salud y edad de cada uno de ellos y los intereses de otras personas que integren el grupo familiar.

⁶⁰ BOSSERT, Gustavo A. – ZANONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 7ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 151.

La situación se replica en el caso de las uniones convivenciales, que también permiten solicitar las compensaciones reseñadas teniendo en cuenta el juez pautas similares para su fijación (arg. arts. 524 y 525).

He aquí una de las grandes ideas que comienzan a vislumbrarse a medida que se analizan cada una de estas figuras, en tanto la vivienda constituye un derecho humano que cuando involucra a la familia se entrecruza con otro derecho como lo es la protección integral de la familia⁶¹.

6.3.- La ley 14.432

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires rige la ley 14.432 que consagra, conforme lo expresa su artículo primero, la protección de la vivienda única y de ocupación permanente, habitado por el grupo familiar incluso luego del fallecimiento del titular, salvo renuncia expresa.

Esta garantía que se otorga con el objetivo –según se desprende de los fundamentos obrantes en la nota de elevación - de asegurar la protección de un derecho humano fundamental como lo es la vivienda digna como bien indispensable para el desarrollo familiar frente a eventuales vicisitudes, principalmente de índole económica⁶².

Se aclara que ese bien debe guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar – sin diferenciación en cuanto al tipo de unión que vincular a los integrantes, conforme lo establece su artículo cuarto -, intentando lograr con ello un justo equilibrio entre la protección de la vivienda y la garantía común de los acreedores.

Esta ley encontró rápidamente un escollo muy fuerte en cuanto a su aplicabilidad, en tanto se discutía si la misma era automática y sin necesidad de publicidad alguna o no, debiendo el juez aplicarla aún de oficio⁶³.

Es que sin lugar a dudas aparece una tensión entre dos derechos. Por un lado, el del acreedor de hacer efectiva la garantía que supone el patrimonio de su deudor y, por el otro, el de este último a preservar su vivienda única como una herramienta de salvaguarda del núcleo familiar⁶⁴.

⁶¹ HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1a edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo II, p. 771.

⁶² GASPARINI, Juan Andrés, “Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires”, *LLBA* 2015 (febrero), 1 - 13/05/2015, *DFyP* 2015 (mayo), 164.

⁶³ GASPARINI, Juan Andrés, “Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires”, *LLBA* 2015 (febrero), 1 - 13/05/2015, *DFyP* 2015 (mayo), 164.

⁶⁴ CNApCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, “Rabaza, Luis Francisco c/Cooperativa de Trabajo Alfin de Mar Limitada y otro s/cobro ejecutivo de alquileres”, 24/09/13.

Sin perjuicio del cariz tuitivo que se desprende de la norma y de las loas aparentes que debieran derivarse de aquella, en numerosas oportunidades ha sido tachada de inconstitucional, en tanto se trata de una ley provincial que regula sobre materias que las provincias delegaron en la Nación, conforme lo previsto por el art. 75 inc. 12 de nuestra Carta Magna.

En un fallo señero, nuestro Máximo Tribunal –refiriéndose a otra norma provincial de similares características – sostuvo que las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, en virtud de la delegación contenida en el antiguo art. 67, inc. 11 (actual art. 75, inc. 12) de la Constitución Nacional. Ello alcanza a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor, por lo que la determinación de qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor -y cuáles, en cambio, no lo están- es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito⁶⁵.

Numerosos precedentes han replicado esta idea y la han aplicado al caso puntual de la ley 14.432, en tanto se trataría de una norma local que contiene materias delegadas a la Nación.

6.4.- Inembargabilidad de la vivienda obtenida con crédito del Banco Hipotecario.

La Ley del Banco Hipotecario 22.232 consagró en su artículo 35 la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble gravado por el Banco en función de un crédito otorgado para la única vivienda propia, hasta los montos que determine la reglamentación pertinente, mientras mantenga su categoría originaria y conserve su destino. Tampoco podrá ser ejecutado ni constituirse derechos reales excepto los que se constituyan con motivo del crédito proveniente de su construcción, adquisición, ampliación, reforma o conservación.

Así, la inembargabilidad quedará configurada en el caso de que se trate del único inmueble destinado a vivienda adquirido mediante un préstamo garantizado por el Banco Hipotecario mediante un derecho real de hipoteca, y debiendo además de mantener su categoría y destino, estar habitado por los beneficiarios, conforme lo ha resuelto nuestro Máximo Tribunal⁶⁶. Para su procedencia deberá plantearse un incidente innominado tendiente a declarar la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda hipotecada, pudiendo hacerse valer la primera en cualquier estado del proceso, y la segunda una vez que sea designado el martillero⁶⁷.

⁶⁵ CSJN, Causa B. 737. XXXVI, "Banco del Suquía S.A v. Juan Carlos Tomassini s/P.V.E. apelación", 19/3/2002, Fallos 325:428.

⁶⁶ CSJN, in re "Agueros Carlos Adolfo c/Espósito Mario Alberto y otros s/ejecutivo", 07/06/16, MJ-JU-M-99256-AR.

⁶⁷ BADRAN, Juan P., *Protección de la vivienda familiar*, 1ª edición, Córdoba, Ediciones Lerner, 2015, pp. 231-232.

6.5.- Inembargabilidad de la vivienda del trabajador

Estipula el artículo 20 de la ley 20.744 de contrato de trabajo que la vivienda del trabajador no podrá ser afectada al pago de costas, en ningún caso. Se trata de una protección directa que se otorga a la vivienda donde reside o habita el trabajador con su familia, y no resulta relevante a criterio de la norma el valor que tenga la misma o que pudiere haber tenido al momento de haber sido adquirida por aquel⁶⁸.

Tampoco se establece excepción alguna para el caso en que el trabajador mejore de fortuna, lo que permite sostener que la protección está dada específicamente al resguardo de la vivienda del trabajador y de su familia, independientemente de las condiciones subjetivas u objetivas que pudieren variar la ecuación.

⁶⁸ ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, 3ª ed. Actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 72-73.

III

ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA

1.- Introducción

Al comienzo de nuestro ensayo tuvimos la oportunidad de observar que en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se esbozó que el régimen de vivienda encuentra su justificación en el derecho humano a una vivienda digna, y que viene a sustituir al derogado régimen de bien de familia.

Aquellas ideas fueron receptadas y replicadas por la doctrina, en tanto se pronunciaron en el entendimiento que el régimen de vivienda no resulta ser más que la privatización de aquel derecho humano con raigambre constitucional⁶⁹ o bien simplemente el sustituto del régimen de bien de familia con sus variantes⁷⁰.

Ante estos dos frentes, ya hemos adelantado que no nos convencen estas ideas y que no creemos que el fundamento y finalidad del régimen sean equiparables a las de aquellas figuras, aunque sin desconocer que lo inspiran.

Evaluaremos en este capítulo, en detalle, cada uno de estos institutos para así tener una noción más acabada y poder empezar a delinear si nuestra idea encuentra algún sustento fáctico que permita arribar a una conclusión fundada.

2.- El derecho constitucional a una vivienda digna

2.1.- Concepto y contenido del derecho a la vivienda y su relación con otros derechos

El derecho a la vivienda ha sido reconocido en numerosos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y ha quedado plasmado en la reforma del año 1957 en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, que establece en cabeza del Estado un catálogo de derechos que deberá garantizar a sus habitantes, entre los que se encuentra el acceso a una vivienda digna.

No existe un concepto unívoco de lo que debe entenderse por vivienda digna o adecuada, mas podríamos adelantar que este derecho sería el que tiene toda persona a vivir en seguridad,

⁶⁹ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal- Culzoni, 2014, Tomo I, p. 810; PEREZ PEJICIC, Gonzalo, en CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián –HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, V.I, p. 419; FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., “Protección de la vivienda en el Proyecto de Código”, 22/01/2013, *La Ley*.

⁷⁰ JALLES, Juan M., “Del bien de familia a la protección de la vivienda”, comentario al fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, “P., R. R. c. A., G. D.; A., M. A. s/ Piezas pertenecientes”, 2015-08-18, *LLNOA* 2015 (noviembre), 1063; MOLINA DE JUAN, Mariel F., “Protección de la vivienda familiar”, 16/12/2015, *RCCyC* 2015 (diciembre), 52.

paz y dignidad en alguna parte, no debiendo ser interpretado en un sentido estricto que lo equipare con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad⁷¹, sino también la seguridad jurídica en la ocupación, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, gastos afrontables, habitabilidad, asequibilidad, localización favorable al empleo, salud y educación, adaptación a la identidad cultural, entre otros factores.

Estos componentes integrantes de la idea de vivienda adecuada han sido receptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General N° 4, párrafo 8), teniendo en cuenta los lineamientos planteados de la Estrategia Mundial de Vivienda de la ONU hasta el Año 2000, que define el concepto de vivienda adecuada mediante la posibilidad de disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, la existencia de espacio adecuado, de seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, de una infraestructura básica adecuada y de una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable⁷².

Se trata entonces de un derecho humano⁷³ que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo a aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafo 11.1.), lo que pone de resalto que resulta indivisible respecto de todos los demás derechos y esencial para un enfoque que toma como base la dignidad, la igualdad y la seguridad de las personas⁷⁴.

Ahora bien, debemos dejar aclarado que este derecho fundamental no importa para el Estado la obligación de otorgar el dominio sobre un bien a cualquier persona que lo solicite ni que por ello se tenga derecho al logro favorable de un reclamo judicial, requiriendo al gobierno la propiedad de una vivienda, por cuanto se trata de un derecho de goce indirecto⁷⁵.

⁷¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°4, 1991.

⁷² MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 89.

⁷³ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/42/191.

⁷⁴ A/70/270, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sra. Leilani Farha, 4 de agosto de 2015, párrafo 12.

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis "Derechos Humanos y Derecho privado" en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Ed del Puerto, 2007.

El dispositivo constitucional no obliga al Estado a proporcionar por sí mismo viviendas a los más necesitados⁷⁶, sino a programar planes que faciliten a éstos la casa-habitación⁷⁷. Así, solo determinadas situaciones podrán en juego las arcas estatales⁷⁸, lo que resultó ser una de las críticas más acérrimas al ejercicio de estos derechos, garantizando con ello un umbral mínimo de protección⁷⁹.

2.2.- El fundamento normativo del derecho a la vivienda adecuada y la Doctrina Social de la Iglesia

El derecho constitucional a la vivienda aparece por primera vez en la Constitución del año 1949, enmarcándolo como un derecho propio del trabajador, aunque aclarando luego que importaba un derecho inherente a la condición humana.

Con la convocatoria a una nueva Convención Reformadora que reestableciera el curso de la Constitución de 1853/1860, se incorporan algunos derechos sociales en el artículo 14 bis entre los que se encuentra el derecho a una vivienda digna.

No creemos que las previsiones expresadas en el art. 14 bis sean tan solo un "catálogo de ilusiones"⁸⁰, o justificaciones éticas de algunas exigencias que los individuos o grupos podrían tener frente a otros individuos o frente al gobierno, con independencia de encontrarse garantizados legalmente⁸¹.

El mentado artículo responde a lo que se ha denominado "constitucionalismo social", cuyas base se encuentran en las constituciones de los primeros años del siglo XX, entre ellas la de Weimar de 1919. Por medio de este constitucionalismo social se procuraba la integración armónica de los intereses individuales y sociales en función del bien común corporizado en la idea política dominante en la sociedad⁸².

⁷⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA) s. recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. n° 6754/09, 12/05/10.

⁷⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, Tomo 2, p. 700.

⁷⁸ GIALDINO, R.E., "Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 37, año 2003, p. 91.

⁷⁹ ABRAMOVICH, Víctor – PAUTASSI, L., "El enfoque de derechos y la inconstitucionalidad de las políticas sociales", en ABRAMOVICH, Víctor – PAUTASSI, L., *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del puerto, 2009, p. 285.

⁸⁰ CHIAPPINI, Julio O., "Amparo en procura de una "vivienda digna", comentario al fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, "V., C. y otros c. Ministerio de Asuntos Sociales y otro", 2008/02/15, *LLPatagonia* 2009 (abril), 01/01/2009, 754.

⁸¹ CRUZ PARCERO, J.A., "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J. A. y VAZQUEZ, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 92-93.

⁸² LINARES QUINTANA, Segundo V., "El derecho constitucional en la postguerra. El constitucionalismo social", *La Ley* 15 de abril de 1946; BADENI, Gregorio, "Acceso a una vivienda digna", (comentario al fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, "Mamaní, Víctor; García, Eusebia c. Estado Provincial", 2010-04-23, DJ09/12/2010, 7.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, y mediante la incorporación del llamado "bloque de constitucionalidad federal", nos encontramos con una doble fuente normativa: una de carácter interno (art. 14 bis de la CN) y otra de naturaleza internacional (art. 75, incs. 22 y 23, de la CN), que obligan al Estado a diseñar políticas públicas encaminadas a garantizar el acceso a una vivienda digna⁸³ y otorga jerarquía constitucional a los Tratados suscriptos con organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede.

Varios de aquellos Tratados internacionales han abordado el tratamiento del derecho a una vivienda digna reconocido como derecho humano y por ende concerniente a todas las personas.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25.1 lo reconoce como parte del derecho a un nivel de vida adecuado: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

El artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la vivienda adecuada forma parte del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, junto a la alimentación y el vestido.

Por su parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos señala en su artículo 34 que la vivienda adecuada forma parte de las metas básicas que los Estados convienen a fin de asegurar el desarrollo integral de cada nación, para todos los sectores de la población.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sostiene en su artículo 11 que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial establece en su artículo 5° el compromiso de los Estados 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, en el goce del derecho a la vivienda. Lo mismo ocurre con el artículo 7° de la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. En igual sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora el derecho a la vivienda en sus artículos 16 y 27 inc 3.

⁸³ GASPARINI, Juan Andrés, “Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires”, *LLBA* 2015 (febrero), 1, DFyP 2015 (mayo), 164.

La OIT ha tenido oportunidad de expresarse al respecto, abordando el derecho a la vivienda en otros convenios, como lo reflejan los artículos 2 y 5.1 del Convenio sobre política social número 117, el artículo 88 del convenio 110 y el artículo 5 del convenio 161, no ratificados por Argentina. En igual sentido se ha referido en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas.

En todos los instrumentos referidos encontramos un patrón común: el reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada como un derecho humano y que obliga a los Estados a velar por su satisfacción⁸⁴.

Este derecho también ha encontrado fundamento normativo en la Doctrina Social de la Iglesia a través de numerosos textos y encíclicas papales que se ha referido a la vivienda como pilar fundamental del hombre y en una estrecha relación con la dignidad de aquél.

Así, en el año 1961, Juan XXIII promulga la Encíclica *Mater et Magistra*., donde refiere a los derechos económicos y sociales de las personas: "*el cuidado de la salud, una instrucción básica más profunda y extensa, una formación profesional más completa, la vivienda, el trabajo, el descanso conveniente y una honesta recreación*". Recomienda una política económica y social, que "*facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de los siguientes bienes: bienes de consumo duradero; vivienda...*" en tanto la vivienda debe ser considerada uno de los "*servicios públicos fundamentales*".

Luego, Juan Pablo II, en *Sollicitudo Rei Socialis* de 1988, se refiere especialmente a la "*crisis de la vivienda*" como uno de los indicadores específicos del subdesarrollo, afirmando que "*En el Año Internacional de las personas sin techo, querido por la Organización de las Naciones Unidas, la atención se dirigía a los millones de seres humanos carentes de una vivienda adecuada o hasta sin vivienda alguna, con el fin de despertar la conciencia de todos y de encontrar una solución a este grave problema, que comporta consecuencias negativas a nivel individual, familiar y social...*". La falta de vivienda, señala el mismo texto, que es un problema "*en sí mismo bastante grave, es digno de ser considerado como signo o síntesis de toda una serie de insuficiencias económicas, sociales, culturales o simplemente humanas; y, teniendo en cuenta la extensión del fenómeno, no debería ser difícil convencerse de cuán lejos estamos del auténtico desarrollo de los pueblos*".

⁸⁴ MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 84.

Por último, el Papa Francisco en *Laudato Si*, año 2015, ha tenido la oportunidad de señalar la gravedad que representa la falta de vivienda, "*porque los presupuestos estatales sólo suelen cubrir una pequeña parte de la demanda*". La posesión de una vivienda, señala, "*tiene que ver con la dignidad de las personas y con el desarrollo de las familias. Es una cuestión central de la ecología humana*". Asimismo, observa que ante la formación de "*conglomerados caóticos de casas precarias*", se deben "*urbanizar esos barrios, no de erradicar y expulsar*". Y cuando los pobres viven en suburbios contaminados, en caso que deba procederse a su traslado, es necesario, "*ofrecer alternativas de alojamientos dignos e implicar directamente a los interesados*". En la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium* advierte "*Es indispensable prestar atención para estar cerca de nuevas formas de pobreza*" para no dejar de lado a "*los sin techo, los tóxicos dependientes, los refugiados, los pueblos indígenas, los ancianos cada vez más solos y abandonados, etc.*".

2.3.- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Civiles y Políticos como derechos humanos.

El derecho a la vivienda adecuada ha sido reconocido como uno de los derechos económicos, sociales y culturales receptados por los Tratados y Pactos internacionales a los que hemos referido en el punto anterior.

Difícil resulta la tarea de definir o conceptualizar a los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁵, y aquella dificultad en la determinación de su contenido resulta un obstáculo que hay que superar para poder hacerlos plenamente normativos, sin que se deba encontrar en ello un escollo insalvable⁸⁶.

Y este obstáculo encuentra su punto neurálgico en la dicotomía que se proclamaba entre los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que radicaba en la presencia de dos pactos distintos que regulaban cada uno de los derechos.

Se intentaba encontrar una diferencia entre ambas clases de derechos de acuerdo a su aplicación: mientras que los primeros eran de aplicación inmediata –e incluso sin costo por parte del Estado-, requiriendo obligaciones de abstención por parte del Estado, los segundos eran

⁸⁵ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. San José, IIDH, 2008a, p. 76.

⁸⁶ CARBONELL, M., "Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas", en COURTIS C. y AVILA SANTAMARIA, R. (edits), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 68-69.

implementados por reglas de aplicación progresiva, requiriendo obligaciones positivas que podrían implicar una erogación por parte del país⁸⁷.

Si bien nos encontramos frente a una pretendida distinción⁸⁸, toda duda que hubiera podido haber quedado disipada en el año 1968, en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán, donde se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁹.

Los derechos humanos poseen dos notas características que los distinguen: su indivisibilidad - como indivisible es la dignidad humana⁹⁰ - e interdependencia, pues cada derecho de supedita a todos los restantes para su efectivo disfrute⁹¹.

Así lo ha remarcado la Asamblea General de las Naciones Unidas al destacar el carácter integral de los derechos humanos y la imposibilidad de la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, afirmando en consecuencia que la promoción y protección de una categoría de derechos no los dispensaba de la protección de otros⁹².

La concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos permite entonces realzar su condición de universalidad⁹³.

⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "La Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en CERDAS CRUZ, R. y NIETO LOAIZA (Comp.), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994, p. 40; EIDE, A., "Realization of social and economic rights – the minimum threshold approach" (N. MACDERMOT, Ed.), *The Review*, 43, 1989, pág. 41, en MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 45.

⁸⁸ JUANES, Norma y PLOVANICH, M. Cristina, "La protección jurídica de la vivienda", *FORO de Córdoba*, Año XVII - N° 106 - 2006, pp. 35-42. www.acaderc.org.ar; y JUANES, Norma y PLOVANICH, M. Cristina, "Un análisis del derecho a la vivienda desde la perspectiva de las garantías constitucionales", *Lexis Nexis Córdoba*, N° 8, noviembre de 2006, pp. 721-729. www.acaderc.org.ar; en igual sentido, ABRAMOVICH Víctor y COURTIS, Cristian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", Disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>.-; la distinción doctrinaria entre los derechos políticos, que establecerían "obligaciones negativas" o deberes de no realizar acciones para del Estado, y los derechos sociales que establecerían "obligaciones positivas" o prestaciones efectivas para lograr garantizarlos, es tan conocida como criticable porque básicamente, todos los derechos tienen un costo y establecen tanto obligaciones negativas como positivas para el Estado.

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio A., "La Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en CERDAS CRUZ, R. y NIETO LOAIZA (Comp.), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994, pp. 41-42.

⁹⁰ DUFFY, Virginia, "Tomando en serio el derecho a una vivienda digna: una mirada judicial de los derechos fundamentales desde su integralidad", comentario al fallo del Juzgado Correccional y de Garantías de 5ª Nominación de Salta, 2009-06-01, "Dra. N. B. en representación de A. M. A.", *LLNOA* 2010 (febrero), 16; NIKKEN, P., "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, 52, 2010, p. 70; PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 26-27.

⁹¹ KOCH, I.E., "Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demand under the European Convention of Human Rights", Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 113, en MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 48.

⁹² Resolución N° 32/130 de fecha 16 de diciembre de 1977 (www.un.org).

⁹³ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, pp. 44-45; MARTINEZ, Jesica L., p. 38.

Esta concepción que afirma que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –entre ellos la vivienda adecuada – forman parte de los Derechos Humanos, nacen de la dignidad humana y la preservan, y por ende son inherentes a la persona⁹⁴, reconocen como fundamento de la vivienda a la dignidad de la persona, por cuanto como se refleja en la Declaración de Quito, en su punto 13°, la fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana⁹⁵.

En conclusión, el derecho a la habitación adecuada es un derecho perteneciente al grupo de los económicos, sociales y culturales y por ende un derecho humano y tiene una definición y contenido específicos que ya han sido determinados por el órgano encargado de interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁶.

2.4.- Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Otra de las notas características de los derechos humanos es la de su progresividad, que no tiene que ver con su exigibilidad ni con su esencia como tales derechos subjetivos⁹⁷. Este principio cumple con la promesa de la constante creación de los derechos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles siempre permanecerán como una promesa a futuro⁹⁸.

La progresividad importa un principio destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad de estos derechos y por ello garantizar el contenido mínimo de estos derechos y el nivel de goce que se haya alcanzado a través de las mejoras llevadas a cabo por el Estado⁹⁹.

⁹⁴ SALVIOLI, Fabian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, 39, 101-167, 2004.

⁹⁵ PINTO, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1* (Enero/junio 1985) -San José, C. R.: El Instituto, 1985; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “*Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 33*”, Ginebra, Naciones Unidas, 2009; JUANES, Norma – PLOVANICH DE HERMIDA, Cristina, “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *DFyP* 2010 (noviembre), 01/10/2010, 40.

⁹⁶ MARTINEZ, Jessica L., *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 44.

⁹⁷ NIKKEN, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, 52, 2010, p. 121.

⁹⁸ VAZQUEZ, D. y SERRANO, S., “Contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles”, en CERVANTES ALCAYDE, M.-EMANUELLI, S.-GOMEZ TREJO, O.- SANDOVAL TERAN, A., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 212.

⁹⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho a una vivienda digna”, *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto 2010, p.389.

Todo conlleva una garantía frente a la no regresividad de los derechos humanos que resulta plenamente aplicable al caso de los derechos sociales, como la vivienda, y que ha sido reconocido por nuestros Tribunales¹⁰⁰.

2.5.- Los derechos como normas operativas o programáticas

Los derechos sociales presentan una constante discusión en torno a su aplicación como normas de tipo operativas o programáticas¹⁰¹. Esta disquisición será importante en nuestro análisis, no sólo por cuanto ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, sino también por cuanto podría inferirse que el régimen de vivienda establecido en el Código Civil y Comercial es la ley que reglamenta el derecho constitucional.

Asimismo, si bien la existencia por sí sola de normas programáticas no viola la supremacía de la Constitución – como se había intentado afirmar -, la inactividad por parte de los órganos de poder en cuanto a reglamentar la norma programática, después de un lapso razonable de tiempo, podía convertirla en inconstitucional por omisión¹⁰² con el riesgo que aquello implica.

Pese a ello, durante muchos años el derecho a una vivienda digna fue el ejemplo perfecto del derecho programático, es decir, de un derecho que marca un objetivo para el Estado sin que pueda garantizarse que sea efectivo en cada caso particular¹⁰³.

Sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido modificando aquel criterio reconociendo que el derecho a la vivienda así como los demás derechos sociales resultan ser verdaderos derechos humanos y por ende meramente operativos, independientemente de la reglamentación que se haga de los mismos y con la responsabilidad internacional que su incumplimiento puede traer aparejado.

¹⁰⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, C.A.B.A., “*Agüero, Carmen Rosa y otros c/GCBA s/amparo art. 14 CCABA*”, (Expte. 8714/0), 26/08/05.

¹⁰¹ MAZZUCCO CÁNEPA, Martín, “Reconocimiento y operatividad de los derechos sociales”, *LLCABA* 2014 (junio), 262.

¹⁰² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, Tomo I, 1998, pp. 299/302.

¹⁰³ THURY CORNEJO, Valentín: “Derecho a la Vivienda e Interés Superior del Niño no son garantía de judicialización”; *La Ley*, 2012-E, p. 336; CRUZ PARCERO, J. A., “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J. A. y VAZQUEZ, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 92-93; BADENI, Gregorio, “Acceso a una vivienda digna”, (comentario al fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, “Mamaní, Víctor; García, Eusebia c. Estado Provincial”, 2010-04-23, DJ09/12/2010, 7; CHIAPPINI, Julio O., *Ley de amparo 10.456 santafesina comentada*, Fas, Rosario, 2008, p. 106; DIANÉ, Laura I., *El derecho constitucional a una vivienda digna en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Derecho efectivo o simple declaración de derechos?*, 1ª ed, Buenos Aires, RAP, 2011, p. 75; Instituto Argentino de Derechos Constitucionales y Políticos; SEGOVIA, Juan F., *Estudios de los derechos constitucionales provinciales*, p. 339, y “Estado, Constitución y Derechos Sociales”, *LL*, 1988-A-876.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de expresarse al respecto mediante la opinión consultiva N° 7, afirmando que el sistema de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo¹⁰⁴.

Por su parte, nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expresarse concretamente en relación a este tema en el *leading case* "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich Gerardo y Otro"¹⁰⁵, aclarando en primer lugar que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

Luego de tal conceptualización, sostuvo que las normas que reconocen derechos humanos se presumen operativas y esto por cuanto tales derechos pueden ser invocados, ejercidos o amparados, sin complemento de ninguna disposición legislativa.

La Corte Suprema de Justicia empieza a delinear una idea en torno al carácter de las normas que tratan acerca de derechos humanos y no vacila en establecer su cariz operativo, tal como venía sosteniendo la doctrina contemporánea al fallo¹⁰⁶.

Sin embargo, en estos últimos años nuestro Máximo Tribunal ha arribado a una conclusión que vuelve a poner en tela de juicio el carácter de las normas que contienen derechos humanos y por ende derechos económicos, sociales y culturales, al sostener que esos derechos y deberes no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad y que la Constitución en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios¹⁰⁷.

Así vuelve a traerse a colación aquella dicotomía entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Civiles y Políticos, y la idea de su aplicabilidad, omitiendo que la mera ratificación del Tratado implica su incorporación de manera operativa¹⁰⁸, independientemente de aquella diferenciación, superada por la indivisibilidad e interdependencia de estos derechos.

Se ratifica entonces que se trata de normas operativas, pero aclarando que las mismas necesitan una implementación que importa una ley del Congreso o de una decisión del Poder

¹⁰⁴ FAUDA DE LOSADA, María José, "Control de convencionalidad como mecanismo de protección de los Derechos Humanos", AR/DOC/989/2012.

¹⁰⁵ CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1.492.

¹⁰⁶ FERNANDEZ, Bettina, "Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el Estado. Suscinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales", Supl. Const. 2012 (mayo), *La Ley* 2012-C, 771.

¹⁰⁷ Fallo "Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo", Q 64 XLVI, 24/04/12.

¹⁰⁸ MARTINEZ, Jessica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 332.

Ejecutivo, incorporando el concepto de operatividad derivada, que al fin y al cabo es idéntico a sostener que se trata de normas programáticas.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha tenido oportunidad de expresarse al respecto en un fallo señero, reconociendo la nota de operatividad en el voto de la minoría¹⁰⁹.

2.6.- Conclusiones parciales

Hasta aquí podemos concluir que el derecho a una vivienda digna es un derecho humano reconocido a partir de una gran cantidad de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Se trata de un derecho de goce indirecto, en tanto no se obliga al Estado a proveer a cada individuo una vivienda en las condiciones de adecuadas y dignas establecidas por aquellos Tratados.

Integra la nómina de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que resultan ser verdaderos derechos humanos y por tanto indivisibles y con fundamento en la dignidad de la persona humana, por lo que se infiere que la vivienda no escapa a esta fundamentación expuesta.

Queda pendiente la discusión acerca de si se trata de normas programáticas u operativas, y en caso de inclinarlos por la primera opción, si el régimen de vivienda instaurado por el ordenamiento civil y comercial de la Nación puede hacer las veces de norma que reglamente su ejercicio.

Creemos que este breve pantallazo acerca de este derecho humano fundamental nos permite afirmar cada vez con más fuerza que se trata de un instituto distinto al contenido en el Código Civil y Comercial, en tanto como se dijera, no se garantiza con este régimen el acceso a la misma sino que se tutela a la vivienda a la que ya se ha accedido¹¹⁰.

De nada sirve que se garantice ese acceso a una vivienda digna si no existen normas idóneas dentro del derecho positivo destinadas a repeler las acciones tendientes a su pérdida¹¹¹, pero no por ello creemos que el régimen bajo estudio importe la positivización del mentado derecho humano o la reglamentación de una norma programática.

¹⁰⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", 12/05/2010.

¹¹⁰ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio Ezequiel y ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, Tomo I, p.992.

¹¹¹ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, "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, año VI, n° 10, p. 65.

3.- El régimen de bien de familia

3.1.- Concepto. Naturaleza jurídica

El bien de familia se encontraba regulado por la ley 14.394, posibilitándose la afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de vivienda y sustento del titular y su familia, sustrayéndolo de las contingencias económicas que pudieran provocar en lo sucesivo su embargo o enajenabilidad, subsistiendo su afectación aún después de la muerte del constituyente¹¹².

Se trataba de una institución regada por el derecho de familia y con una base constitucional fuertemente arraigada en torno a la letra del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que prevé aún hoy la defensa del bien de familia.

En cuanto a su naturaleza jurídica, y pese a la multiplicidad de variantes que se deslizaban al respecto, no dudábamos en afirmar que nos encontrábamos frente a un límite al dominio¹¹³, por cuanto el constituyente conservaba el dominio de la cosa pero con una disminución en las facultades conferidas.

La tesis no se encontraba exenta de críticas, mas el escollo que se atribuía a la misma no resultaba insalvable, en cuanto si bien los referidos límites generalmente encontraban su génesis en la ley como demarcaciones estatuidas o impuestas por el legislador a la propiedad en favor de la colectividad¹¹⁴ y de carácter imperativo, existían casos en donde su fuente estaba dada en la voluntad de las partes, incluso sin que impliquen imperatividad¹¹⁵, tal como ocurría en algunos casos con las denominadas cláusulas de inalienabilidad.

3.2.- Finalidad de la protección

Una primera aproximación nos llevaba a aseverar sin vacilaciones que el bien de familia tendía a proteger el núcleo familiar con un doble objetivo, por un lado manifestado en la conservación del patrimonio dentro de aquel, y por el otro, en el mantenimiento de la familia

¹¹² ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*, 1ª ed., 1978, Tomo I, p. 559; GUASTAVINO, Elías, *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, Tomo I., p. 92.

¹¹³ CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara, en *Derecho de Familia* de MENDEZ COSTA, María Josefina y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo III, p. 517; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 2ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2004, Tomo II, N° 353, pp. 546 y 547; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 351; ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 ter, p. 91; FAZIO DE BELLO, Marta E.– MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 6.

¹¹⁴ CIFUENTES, Santos E. (h), "El Bien de Familia. Fundamentos y naturaleza jurídica", *Paginas de Ayer* 2004-10, 06/12/2004, 13 - LA LEY108, 1050.

¹¹⁵ ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 ter, p. 91.

bajo un mismo techo asegurando con ello su cohesión¹¹⁶.

Esta primera aproximación, que parecía no merecer objeción alguna, se topaba con la insalvable variable que se presentaba en el caso de la continuidad en la afectación de un inmueble al régimen aún sin la existencia de familia, tomando como caso testigo el de la supervivencia del último beneficiario.

Había que buscar entonces una idea superadora, en tanto se entendía que la figura consagrada por la ley 14.394 iba aún más lejos, no sólo buscando proteger la vivienda del grupo familiar, sino su sustento. Podíamos con ello afirmar que la verdadera razón de ser de esta figura era la protección del patrimonio familiar con fines alimentarios¹¹⁷, por cuanto es el sustento de la familia lo que se perseguía con la protección, siendo la vivienda uno de los elementos propios de aquella noción.

Esta idea se plasmaba en la letra de los artículos 34 y 39 de la ley 14.394, en donde claramente se hacía referencia a la idea de sustento del grupo familiar, y el artículo 41, al permitir la explotación por cuenta propia del inmueble o industria existente en él.

En el entendimiento de que la finalidad de la institución era la protección del patrimonio familiar con fines alimentarios, podíamos afirmar que existía una fuerte vinculación con la idea de la protección de la persona, de su dignidad, plasmada a través de la seguridad que se otorgaba al constituyente y su familia en la manutención de sus necesidades básicas de sustento reflejadas principalmente en la vivienda.

Esta primera idea nos servirá, sin lugar a dudas, de punto de partida para el análisis de nuestro objeto de estudio.

3.3.- Antecedentes. El Homestead

La idea del “homseteading” norteamericano –antecedente directo del bien de familia - estuvo marcada primeramente por la necesidad de colonizar tierras, otorgando a quien se estableciera en ellas el beneficio temporario de la inembargabilidad.

El sistema, que comenzó a aplicarse en distintos estados, se convirtió en una cuestión federal mediante el Estatuto de 1862 (*Homestead Act*), por medio de la cual se le concedía a

¹¹⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavallía, Buenos Aires, 1993, Tomo II, p. 74; AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, n° 11, pp. 31 y ss.; DIAZ DE GUIJARRO, nota en J.A. 1954-IV, 98; C.N.Civ., sala A, "G. de P., R. E. y otro", 06/08/1986, La Ley, 1986-E, 309 - DJ, 1987-1, 325; y sus citas. También: C. Apel. Civ. y Com., San Isidro, sala I, "G. de R., C. c. R., R. J.", 26/03/1996, LLBA, 1996-432; C.N.Civ., sala K, "N. de B., L. G. c. B., J. M.", 20/06/1996, La Ley, 1997-F, 310 - DJ, 1998-1-507; C. Apel. Civ., Com. y Garantías en lo Penal, Necochea, "Gómez, Horacio R. c. Corapi, Francisco", 29/03/2001, LLBA, 2001-980.

¹¹⁷ ALTERINI, Jorge H., op cit., n° 1012 bis, pp. 84 y ss.

ciudadanos nativos mayores de edad o por opción una porción de tierra no cultivada, con el fin de explotarla personalmente por un plazo de 5 años, fenecidos los cuales la tierra pasaba al dominio pleno de estos, estableciéndose la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien contra obligaciones originadas antes de la entrega del título definitivo de propiedad¹¹⁸.

Por otro lado, el *homestead* encontraba una variante estadual contenida en el derecho privado, que constituyó la base sobre la que se apoyara oportunamente el régimen regulado por la ley 14.394.

Luego de una profunda crisis sufrida por los Estados Unidos en los años 1837 y 1838 que dejó graves secuelas en la población, se establecieron en distintos estados –comenzando por Texas en 1839 – ciertas excepciones a la embargabilidad y ejecutabilidad de tierras rurales y urbanas y elementos de labranza con ciertas características particulares, en procura de la conservación de las propiedades y frente a la ejecución de los acreedores, a través de las *homestead exemptions*.

Se otorgaba esta protección al jefe de familia respecto a un inmueble sobre el que tuviera derecho efectivo, con el deber de habitarlo junto con su familia. Al otorgarse la excepción, se establecía sobre el bien su inejecutabilidad – salvo por créditos privilegiados e hipotecas constituidas con anterioridad, impuestos y créditos por mejoras o salarios – e indisponibilidad relativa, por cuanto para la enajenación o constitución de gravámenes se requería el asentimiento conyugal, y lo mismo ocurría para el caso de disposición testamentaria¹¹⁹.

Es importante destacar que las leyes estaduales establecían un sistema de protección que permitía la rápida circulación de los bienes afectados al *homestead*, siendo que el precio de venta resultaba inembargable mientras no se reinvirtiese en la compra de un nuevo lote de hogar¹²⁰.

Aquella idea tantas veces olvidada es la génesis de la subrogación real, tan reclamada durante la vigencia de la ley 14.394 y que importa una significativa inclusión en el régimen de vivienda regulado por el ordenamiento sustancial vigente.

3.4.- Sujetos

a) El concepto de familia

Señalaba el artículo 36 de la ley 14.394 que se consideraba familia a los fines del régimen a la constituida por “el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos

¹¹⁸ GUASTAVINO, Elias P., *Bien de Familia*, II ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1984, Tomo I, p. 158.

¹¹⁹ FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 9.

¹²⁰ FAZIO DE BELLO, Marta E., op. Cit., p. 10.

adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”.

La ley trazaba una marcada delimitación entre los distintos parientes del constituyente, brindado un tratamiento diferente según se tratase de unos u otros, teniendo como parámetros la mayor o menor cercanía y la convivencia con aquel.

b) El constituyente

1) Persona humana y persona jurídica.

Señalaba el artículo 34 de la ley 14.349 que el constituyente podía ser cualquier persona humana y que ejerciera sobre el inmueble a afectar un derecho de propiedad, entendiendo la utilización sinonímica del término respecto al derecho real de dominio y, lógicamente, a los derechos reales sobre cosa propia o parcialmente propia, como el condominio o propiedad horizontal (arts. 43 y 49).

Respecto a la posibilidad de que una persona jurídica se erigiera como constituyente, la mayoría de la doctrina se pronunciaba por la negativa¹²¹, aun cuando hubo quienes sostuvieron que podía presentarse una alternativa para los casos de sociedades familiares donde existiese entre los socios un lazo de parentesco, tal como el previsto en el artículo 36 de la ley 14.394, donde sus ganancias hicieren al sustento de los mismos, que mantienen los vínculos familiares exigidos por el art. 36¹²².

2) Condiciones necesarias. Capacidad.

En relación a la capacidad del constituyente, se discutía si aquél debía gozar de capacidad de disposición¹²³ a título oneroso - en tanto la afectación implicaría una modificación sustancial del dominio y determinaría la aparición de beneficiarios - o bien si nos encontrábamos frente a un mero acto de administración¹²⁴. Entendíamos por nuestra parte que los efectos propios que generaba la afectación a este régimen excedían al de los meros actos de administración, no sólo

¹²¹ GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, 2ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, Tomo II, núm. 375, pp. 141 y 150.

¹²² ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, *La Ley* 2010-F, 1144; AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, n° 17, p. 72.

¹²³ CNCiv., *en pleno*, “C. de M, R.I. c. M, H.M.”, 08/03/68, LL, 130-218; en igual sentido, MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, 7ª edición actualizada, Ed. Zavalia, Tomo II, p. 27; AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, n° 17, pp. 71 y ss.; GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, 2ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, Tomo II, n° 375, p. 146; GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, 2ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, Tomo II, núm. 378, p. 143.

¹²⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Editorial Hammurabi, Bs. As., 1995, pp. 79/85; FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., p. 102, 2009, La Ley; ZANNONI, E., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo I, N° 418; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Familia*, 9ª ed., Tomo I, N°395; MAZZINGHI, *Derecho de familia*, Tomo II, N°378.

al limitar las facultades que el titular gozaba sobre el inmueble, sino también por cuanto aquello podía repercutir respecto de terceros.

Por su parte, si fueran condóminos quienes intentaban la afectación, el artículo 43 de la ley 14.394 exigía la conformidad de todos y la vinculación entre ellos en los términos del artículo 36¹²⁵. En este caso, el bien de familia recaería sobre toda lo cosa (cnfr. DTR N°25 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal) no pudiendo solicitar la inscripción sobre las partes alícuotas, bastando la disconformidad de uno de ellos para que la afectación no pudiera llevarse a cabo¹²⁶.

3) El caso de los concubinos.

Se planteaba una fuerte disquisición en torno al caso de los constituyentes que fuesen concubinos. La regla general marcaba que aunque los concubinos fueran condóminos, carecían de legitimación para petitionar la afectación, incluso cuando favoreciesen a los hijos de ambos¹²⁷, por cuanto no estaría presente en el caso el parentesco exigido por el artículo 36 de la ley 14.394 entre ambos¹²⁸.

Sin embargo, aquella primigenia rígida posición comenzó a ceder paso a la corriente que aceptaba la constitución en tales términos en el entendimiento de que una posición contraria – pese a la claridad de la letra del artículo 36 – implicaba un acto discriminatorio que afectaba la autonomía de la voluntad como principio rector de los derechos humanos¹²⁹, propiciando una

¹²⁵ CNCiv., sala E, “Rainstein, Irene c. Registro de la Propiedad Inmueble”, 25/10/1982, La Ley, 1983-A, 239.

¹²⁶ CCiv.Com. y Contencioso Administrativo, San Francisco, “Cooperativa Agrícola Freyre Ltda. c/Forni, Adrián A.”, 04/11/1997, LLC, 1998-223.

¹²⁷ AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 239; ENCINA FAZIO DE BELLO, Marta - MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 110; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 81; BOSSERT, G., *Comentarios a la ley 14.394*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tomo VI, p. 301; RUSSO, “Reflexiones sobre “bien de familia”, en *Cuadernos de Familia*”, 1982, vol. 1, N°3, p. 15; PIENDIBENE, “Bien de Familia: constitución, registro y solicitud de registro”, *La Ley*, 1989-A-390; en contra, FUSTER, Gabriel A., “El bien de familia frente a los condóminos convivientes que no son cónyuges”, *La Ley*, 2010-F, 460; GRISSETI, Ricardo A. – GRISSETI, Alejandra, “Bien de familia. Constitución por concubinos a favor de los hijos menores. El “interés superior del niño”, *LLNOA* 2010 (octubre), 808; GUTIERREZ DALLA FONTANA, Esteban M., “El bien de familia y la protección de la vivienda familiar en caso de concubinato o unión convivencial”, *DFyP* 2014 (octubre), 01/10/2014, 61; CNCiv., sala H, “Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez”, 28/05/2010, *La Ley*, 2010-D, 561 - *DFyP* 2010 (octubre), 113 – *La Ley*, 2010-F, 459.

¹²⁸ CHIAPPINI, Julio, *El Derecho Legislación Argentina*, [2015 A] - (12/06/2015, nro 9) [2015]; CNApCiv., Sala B, “Rivera Dahlgren, Inga c/ Registro de la Propiedad Inmueble”, 25/08/1981, ED 96-420; CNApCiv., Sala A, “R., P. D. c. I. G. J.”, 11/07/2000, JA, 2001-II-73.

¹²⁹ CNApCiv., sala M, “C., J. c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/recurso directo a Cámara”, 16/5/14, *El Derecho Digital* (75818); CNApCiv., sala H, “M., M. V. c. Registro de la Propiedad Inmueble s/recurso”, 28-5-10; COMITO, Natalia, “El bien de familia y la protección de los hijos extramatrimoniales”, *El Derecho Familia* 10-18 [2010]; LUVERA, Miguel A., “¿Los concubinos pueden constituir bien de familia?”, *Revista del Notariado* 903, 01/01/2011, 53; CHIAVASSA, Eduardo N. – DI TULLIO, José A., “Beneficiarios del bien de familia”, *RDPrivCom.*, 2011, N°1, p. 47; en contra, CASTRO HERNANDEZ, Manuel H., “Reflexiones sobre la constitucionalidad y alcances del bien de familia”, *Revista del Notariado* 863, 01/01/2001, 141; MAZZEI, Juana B., “Constituyentes y beneficiarios concubinos en el bien de familia”, *La Ley* 2014-E, 176.

reforma legislativa.

c) Los beneficiarios

Los beneficiarios eran aquellas personas vinculadas por lazos matrimoniales o extramatrimoniales que podían invocar directamente los efectos de la afectación realizada por el constituyente¹³⁰.

El artículo 36 de la ley 14.394 distinguía claramente dos grandes grupos de beneficiarios. El primer linaje se encontraba integrado por el cónyuge, los ascendientes y descendientes, sin limitaciones en cuanto al grado, incluyendo a los hijos por adopción y los extramatrimoniales, al haberse eliminado a partir de la ley 23.264 la diferencia entre aquellos y los matrimoniales¹³¹.

El segundo linaje se componía con los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad respecto del constituyente –excluyendo a los parientes por afinidad¹³² - sin exclusión entre ellos por grados, como ocurría en el régimen sucesorio, cabiendo la posibilidad de existir beneficiarios no herederos¹³³.

Este segundo conjunto solamente podrá ser instituido como beneficiario en caso de que se cumplieran dos condiciones acumulativas: que no existiese ninguno de los parientes enumerados en el primer grupo, y que los mentados colaterales conviviesen con el constituyente.

Ante la inexistencia de personas que pudieran reunir las características propias para ser beneficiarios, el constituyente no podía afectar el bien al régimen salvo que lo hubiere actuado como tercero constituyente¹³⁴, caso en que se requería el parentesco previsto por el artículo 36 entre el adquirente y los beneficiarios, sin necesidad de que estos tuvieran lazos con el constituyente¹³⁵.

El constituyente debía designar en el acto de constitución a los beneficiarios del régimen, pudiendo incluir a todos o algunos de los previstos en el artículo 36 de la ley 14.394, sin perjuicio de la posibilidad de ampliación posterior¹³⁶.

¹³⁰ CCiv. Y Com. Rosario, Sala I, “Q., A.R.A. y otra, LLLitoral”, 13/10/1997, 1998-1,552; GUASTAVINO, Elías, *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, Tomo II, p. 168.

¹³¹ ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*, 1ª ed., 1978, Tomo I, p. 561; MAZZINGHI, *Derecho de familia*, Tomo II, N°378; BOSSERT, en *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A.C. BELLUSCIO (dir) – E.A. ZANNONI (coord.), Tomo VI, p. 298.

¹³² ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 ter, p. 95.

¹³³ BOSSERT, en *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A.C. BELLUSCIO (dir) – E.A. ZANNONI (coord.), Tomo VI, p. 298; FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 115.

¹³⁴ AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 36.

¹³⁵ GUASTAVINO, Elías, *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, Tomo II, p. 169.

¹³⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 2004, Tomo II, p. 105.

Los beneficiarios no adquirirían sobre la cosa derecho real alguno ni participaban de la propiedad del bien afectado, a menos que se tratara de beneficiarios propietarios, en el entendimiento del que el constituyente podía designarse beneficiario y cumplir un doble carácter¹³⁷.

5.- Objeto

a) El inmueble afectado

El objeto del bien de familia debía consistir siempre en un inmueble, urbano o rural, específicamente determinado en cuanto a su ubicación física y jurídica, indivisible y único¹³⁸.

Con respecto a la valuación del inmueble, si bien el decreto 466/99 había removido toda limitación de valuación, se debía tener en cuenta que si el inmueble excedía las necesidades de sustento y vivienda podía ser desafectado a pedido de los acreedores en procura de su crédito¹³⁹.

b) El destino del inmueble

Conforme lo previsto por la ley 14.394, el bien de familia procuraba satisfacer las necesidades de sustento y vivienda del constituyente y su la familia. Haciendo valer aquella noción concepción amplia de la idea de sustento y en correlación con el régimen que preveía la ley 14.394, no cabía duda que la vivienda como morada era una sola de las variantes previstas, por cuanto la misma ley también estatúa la posibilidad de constituir en el inmueble afectado una explotación rural o industrial, y ello implicaba también proteger el sustento de la familia, sin importar si se trataba de un inmueble urbano o rural¹⁴⁰.

6.- Constitución

a) El acto de afectación

El régimen de bien de familia no nacía en forma automática, sino que resultaba de un acto voluntario y expreso de afectación por parte del constituyente, petición que se realizaba ante la autoridad competente, conforme lo preveía el artículo 42 de la ley 14.394¹⁴¹.

Se trataba de un acto jurídico solemne absoluto, no necesariamente plasmado en una escritura pública, pero escrito y firmado por el constituyente, e inscripto por ante la autoridad

¹³⁷ FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 116.

¹³⁸ FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 79.

¹³⁹ ALTERINI, Jorge H., “Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación”, *Temas de Derecho Privado IV*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, Bs. As., 1993, pp. 69 y ss; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección de la vivienda jurídica familiar*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1995, p. 70; MAZZINGHI, *Derecho de familia*, Tomo II, N°378.

¹⁴⁰ Contrariamente, se sostuvo que sólo se permitía la explotación en caso de tratarse de un inmueble rural; C.N.Com., Sala D, “Burokas, Roberto c/Canale, Rodolfo L.”, 13/08/1984, La Ley 1985-B, 249.

¹⁴¹ FAJRE, José B., en *Bien de Familia*, AREAN, Beatriz, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 111.

competente y en donde se manifestaba de forma inequívoca su voluntad¹⁴².

Quien solicitaba la afectación del bien al régimen de bien de familia debía acreditar la titularidad sobre el inmueble –acompañando el título de propiedad del bien - y las previsiones reguladas por los artículos 34 y 36 de la ley 14.394 relativas al valor del inmueble y el parentesco con los beneficiarios, debiendo asimismo denunciarse la existencia de gravámenes que pudieran pesar sobre la cosa (artículo 43 ley 14.394), comprometerse a habitar el bien o explotarlo por cuenta propia y declarar no tener otra solicitud de inscripción similar pendiente.

b) Efectos de la inscripción

Señalaba el artículo 35 de la ley 14.394 que “*la constitución del bien de familia produce sus efectos a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente*”.

La defectuosa redacción del artículo dio lugar a que se sostuviese, por un lado, que la norma consagraba una inscripción de tipo constitutiva, con base en que el antecedente inmediato de la ley 14.394 resultaba ser el Anteproyecto de 1954 que instauraba un sistema de publicidad constitutivo¹⁴³, por lo que el bien de familia no producía los sus efectos propios hasta el momento de la inscripción.

Una postura intermedia sostenía el cariz constitutivo de la inscripción no era óbice al efecto retroactivo previsto por el artículo 25 de la ley 17.801, por lo que la retroactividad también beneficiaba a los constituyentes de bien de familia¹⁴⁴.

Por otro lado se encontraban quienes entendían que la inscripción registral resultaba meramente declarativa, basando aquella postura en el régimen general adoptado por el sistema registral inmobiliario, agregando que cuando la ley se había querido alejar de este principio general lo había hecho con suma claridad¹⁴⁵.

¹⁴² GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, 2ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, Tomo II, núm. 417, p. 188.

¹⁴³ AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, pp.100 y 177; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 2ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2004, Tomo II, N° 353, pp. 546 y 547; PANDIELLA MOLINA, Juan C., “Bien de familia: cesión y efectos de la inscripción registral”, *DFyP* 2011 (marzo), 24/02/2011, 67; LLOVERAS, Nora, “La protección constitucional de la vivienda familiar”, *La Ley*, 1993-E, 893.

¹⁴⁴ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Régimen de bien de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pp. 49 y 50; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección de la vivienda jurídica familiar*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1995, pp. 69 y 70; C.Apel.Civ.yCom., San Isidro, Sala I, “Kipperband, Jacobo c/Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 03/02/1997, LLBA 1997,530; C.Fed.Apel.Civ.yCom., Rosario, Sala I, “Bittar, Miguel y otra”, 23/05/2003, LLLitoral 2004 (junio), 577.

¹⁴⁵ CAUSSE, Federico J. – TESEI, Ariel, “Bien de familia. Constitución, afectación y desafectación (apuntes a propósito del bien de familia)”, *Revista del Notariado* 845, 01/01/1996, 295; COSSARI, Nelson G.A., “Bien de familia: Retroactividad de los efectos de la inscripción registral del bien de familia”, *La Ley* 03/04/2006, 03/04/2006; BOSSERT, en *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A.C. BELLUSCIO (dir) – E.A. ZANNONI (coord.), Tomo VI, p. 296; FAZIO DE BELLO, Marta E. – MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., 2009, La Ley, p. 6; ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 octies, p. 109.

Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 2005, habían resuelto de *lege data* que la registración del bien de familia tenía efectos meramente declarativos, aplicándose los principios de prioridad directa e indirecta – según el caso – y resolviéndose que en caso de constitución por acta administrativa, los efectos se producirían retroactivamente a la fecha de rogación, sin necesidad de certificado o informe registral previo.

7.- Efectos

a) Respecto del constituyente

La afectación del inmueble privaba a su titular de la facultad legal de enajenarlo, alcanzando aquella prohibición a todos los actos que importen transmisión de la propiedad a título oneroso o gratuito¹⁴⁶. Asimismo, se prohibía la constitución de legados o mejoras con el fin de no afectar las porciones establecidas a favor de los herederos forzosos. Por el contrario, se permitía la constitución de gravámenes sobre el inmueble afectado, mas con la conformidad del cónyuge e independientemente de la aquiescencia de los beneficiarios¹⁴⁷.

b) Respecto de los beneficiarios

Los beneficiarios gozaban del derecho personal de habitar el inmueble y/o de participar en la explotación que en él se desarrollara (artículo 41 ley 14.394)¹⁴⁸, sin que aquello modificara la titularidad del inmueble en cabeza del constituyente o desmembrara su dominio, o bien los convirtiera en condóminos de aquél¹⁴⁹.

Asimismo, tenían derecho a velar por el cumplimiento de la indisponibilidad que pesaba sobre el inmueble producto de la afectación, oponer frente a terceros la inembargabilidad, inejecutabilidad y desgravación impositiva con las que la ley los beneficiaba, así como hacer valer frente a los herederos del constituyente fallecido sus derechos como beneficiarios.

c) Respecto de los acreedores

Consagraba el artículo 38 de la ley 14.394 la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble por deudas posteriores a su inscripción, salvo las excepciones legalmente previstas, a saber, la correspondientes a impuestos o tasas que gravaran directamente al inmueble, los

¹⁴⁶ AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 148.

¹⁴⁷ CNCiv., Sala H, 25/03/1997, LL, 1997-E.446; ARMELLA, Cristina N., *Vigencia del régimen de bien de familia*, en “Revista Notarial”, 903-486.

¹⁴⁸ ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 nonies, p. 110; AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, p. 172.

¹⁴⁹ ABELLA, Adriana N., “Algunas reflexiones sobre el bien de familia”, *Revista del Notariado* 825, 01/01/91, 601; CNCiv., Sala B, 24/10/1985, LL, 1986-B-326.

créditos por construcción o mejoras, y los gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.

d) El régimen de los frutos

Por su parte, el artículo 39 de la ley 14.394 establecía que los frutos que produjera la cosa eran embargables siempre y cuando no fueran indispensables para satisfacer las necesidades de la familia, con un límite que no podía exceder el 50% del producido.

8.- Desafectación

Las causales de desafectación se encontraban previstas en el artículo 49 de la ley 14.394 a través de cinco incisos que las contenían de forma taxativa.

En primer lugar, podía darse a instancias del propietario por medio de la presentación de una solicitud de cancelación frente a la autoridad correspondiente, con la conformidad del cónyuge o en su defecto autorización judicial¹⁵⁰.

También quedaba desafectado el inmueble por decisión de la mayoría de los herederos –en caso en que el bien de familia hubiera sido constituido por testamento – o por decisión de la mayoría de los copartícipes, en los casos de condominio.

Otra de las causales de desafectación se presentaba ante la desaparición de los requisitos necesarios para la afectación o subsistencia del régimen, pudiendo solicitarlo cualquier interesado en tanto se encontrara comprometido el interés familiar¹⁵¹.

Así, encontrábamos casos en donde el inmueble afectado superaba el valor necesario para satisfacer las necesidades de sustento y vivienda de la familia, o bien cuando se extinguía la familia consagrada en el artículo 36 de la ley 14.394, o ante el incumplimiento de la obligación de habitar o explotar por cuenta propia.

Sin lugar a duda, el punto más álgido se encontraba en el caso en donde sobrevivía uno sólo de los beneficiarios, que se convertía a su vez en titular del inmueble afectado al régimen. Mientras que parte de la doctrina sostenía que no existía familia en caso de que existiera un único beneficiario que fuera titular del inmueble, y por ende promovían la extinción del bien de

¹⁵⁰ CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara, en MENDEZ COSTA, María Josefina y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo III, p. 353; BOSSERT, G., *Comentarios a la ley 14.394, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tomo VI, pp. 342 y 343.

¹⁵¹ ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 decies, p. 114.

familia¹⁵², otra parte se inclinaba por la tesis de la subsistencia¹⁵³, por cuanto el inciso d) del artículo 49 sólo permitía la desafectación cuando hubieren fallecido todos los beneficiarios, siendo que el legislador buscaba la defensa del núcleo familiar que existía en el momento de su constitución, y es allí donde la protección adquiriera mayor relevancia, porque el constituyente quiso oportunamente proteger a todo el núcleo de beneficiarios que había designado y asegurarle a ellos su sustento¹⁵⁴.

El último de los casos de desafectación preveía las situaciones forzosas, entre las que se enumeraban los casos de expropiación, reivindicación, venta judicial y toda aquella causa que implique cierta gravedad y justifique la desafectación¹⁵⁵.

9.- Derogación de la ley 14.394. Ultraactividad

La ley 26.994 que entró en vigencia en el año 2015 derogó numerosas normas en forma expresa, entre las que se encuentra la ley 14.394, importando ello una derogación expresa del régimen de bien de familia. Esto nos lleva a preguntarnos qué ocurre con las situaciones cuyo nacimiento ocurrió antes de la sanción del Código Civil y Comercial y cuál es su vigencia en estos días, tal el caso de los bienes de familia constituidos antes de la mentada derogación.

Podemos partir de una primera premisa, cual es que el ordenamiento civil y comercial no ha traído consigo norma transitoria alguna al respecto. Y esta tónica es la adoptada por el mentado código, que adolece de soluciones de derecho transitorio específicas¹⁵⁶, con excepción de casos puntuales.

La norma genérica contenida en el Código Civil y Comercial la encontramos en la letra del artículo 7° que, siguiendo los lineamientos previstos por su antecesor (art. 3 Código Civil)

¹⁵² PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Régimen de bien de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p.145; AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001, pp. 31 y ss.; VERNEGO PRACK, Rómulo, "El bien de familia necesita dos personas para funcionar", DJ 1986-2, 593; ITURBIDE, Gabriela A., en AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, p. 437; en igual sentido, CNApCiv., Sala C, 15/6/72, La Ley, 148-90, CNApCiv, sala E, 23/10/78, ED, 81-749; CNApCiv, sala G, 1/10/81.

¹⁵³ BERBERE DELGADO, Jorge C., "La concepción no restringida de la familia en el régimen de bien de familia. Su límite y extensión", *DFyP* 2010 (junio), 01/06/2010, 71; ALTERINI, Jorge H., "Protección constitucional de la vivienda familiar", *JA* 1992-IV-772, y "Protección de la vivienda en el caso del último beneficiario sobreviviente del bien de familia, que además se convirtió en su único titular", *Temas de Derecho Privado IV*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, Bs. As., 1993, pp. 69 y ss.; LAGOMARSINO, Carlos, "Desafectación del bien de familia en caso de supervivencia de un solo beneficiario", *La Ley*, 1986-D, 357; MOURELLE DE TAMBORENEA, María C., "Protección de la vivienda: el bien de familia ¿subsiste luego de la muerte del titular constituyente?", *El Derecho Familia* 13/8 [2010].

¹⁵⁴ CNCiv., Sala C, "Fernández, Maximino y otra, succs.", 31/03/1986, La Ley 1986-D-362 – DJ 1986-2,930; SCBA, "Calvo, José Norberto y Arrechea de Calvo, Toribia s/sucesión ab intestato y testamentaria", 03/02/1987; CNCiv., Sala J, "Mateu de Nogueas, Claudia c/Pulian de Smetana", 28/08/1997, La Ley 1998-C, 176; CNCiv., Sala I, "R., M. L. c/Construcciones Pasco S.A.", 15/03/2005, La Ley 2005-C, 633.

¹⁵⁵ CNCiv., sala A, "F., N. c. M., R.", 18/12/1986, La Ley 1987-C, 4, AR/JUR/988/1986.

¹⁵⁶ URBANEJA, Marcelo E., "La caducidad de la inscripción de la hipoteca, vigencia temporal de la ley y la inseguridad jurídica", *El Derecho*, [282] - (18/03/2019, n° 14.591).

refiere: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

La esencia de las disposiciones transitorias es interceder u operar de nexo entre las estructuras legislativas que se suceden¹⁵⁷, teniendo por norte que aquella transición sea lo más justa y equilibrada posible¹⁵⁸.

Pero ese tránsito regulatorio plantea diversos problemas, en tanto generalmente no es siempre posible el sometimiento total de una o a otra, y tampoco es justo que, sin más distinciones, las innovaciones que se hayan introducido alcancen a desmontar todas las situaciones y efectos que se crearon o comenzaron a crearse bajo el régimen anterior, juzgándolos con arreglo a los nuevos criterios, ya que esto provocaría enorme inseguridad jurídica y graves perjuicios¹⁵⁹.

Ahora bien, yendo al caso puntual, lo primero que debemos marcar es que no hay una norma transitoria que dilucide en qué situación se encuentran los bienes afectados al régimen de bien de familia previsto en la ley de 1954¹⁶⁰.-

No podemos más que concordar en que no es posible una transferencia *ope lege* hacia el nuevo régimen a ante la falta de norma expresa que así lo prevea, y que tampoco sería justo que los que hubieren afectado el un bien al régimen derogado deban ahora afectarlo nuevamente bajo las nuevas premisas, creyendo que la mejor solución estaría dada por la idea de la aplicación ultraactiva de la ley en tales casos¹⁶¹.-

Esta situación, que importa la derogación expresa del régimen contenido en la ley 14.394 y la ausencia de una norma que establezca qué ocurre con las situaciones que fueran reguladas

¹⁵⁷ ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia de las situaciones jurídicas en curso”, *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.

¹⁵⁸ LOPEZ, Joaquín M. R, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El cambio legislativo, Normas de Transición y de conflicto” www.derechocambiosocial (consulta 25/05/2015).

¹⁵⁹ ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 15ª edición, Librería Bosch, S.L., Barcelona, Tomo I, p. 201.

¹⁶⁰ ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia de las situaciones jurídicas en curso”, *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.

¹⁶¹ FRAGAPANE, Héctor R., “Algunas consideraciones frente al Proyecto de Unificación de los Códigos respecto del bien de familia, la afectación de la vivienda y la inejecutabilidad de la vivienda familiar”, MJ-DOC-6041-AR

bajo aquella norma – aunque vigente la garantía constitucional – nos lleva a pensar que no puede sino aplicarse la misma en forma ultraactiva¹⁶².-

Y el fundamento de ello no sólo lo podemos encontrar en la misma letra del artículo 7° y la consagración de la ultraactividad de la ley que contiene en el último párrafo, sino por la misma referencia realizada en la norma a las garantías constitucionales¹⁶³, entre las que encontramos a la propiedad con el alcance que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶⁴, ante una situación jurídica ya constituida (derecho adquirido)¹⁶⁵.

¹⁶² ZAVALA, Gastón Augusto, “El Código Civil y Comercial y el derecho intertemporal”, en www.capacitacion.Jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/2017/El_CC_y_C_de_la_Nacin_y_el_derecho_intertemporal.pdf.

¹⁶³ URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”, *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.

¹⁶⁴ CSJN, 16/12/1925, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ Devolución de sumas de dinero” (*Fallos*, t. 145, p. 307).

¹⁶⁵ SAGÜES, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, 3ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2001, Tomo II, p. 601.

III

EL FUNDAMENTO DEL REGIMEN DE VIVIENDA

1.- Plan

Luego de esbozar tangencialmente los institutos más relevantes que tienen por finalidad la protección de la vivienda y habiendo analizado los pretendidos antecedentes que se esbozan en relación a nuestro objeto de estudio, podemos concluir al menos parcialmente que todos se encuentran empapados de alguna forma de aquel derecho humano a la vivienda al que referimos, aunque con las diferencias puntuales que ya hemos remarcado.

Asimismo, adelantamos desde el comienzo de este ensayo que no creíamos que el derecho constitucional y humano a una vivienda digna fuera el fundamento del régimen bajo estudio, como se esboza en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

Intentaremos entonces desentrañar este acertijo que nos propusimos al comienzo, y sin desconocer la relevancia y relación que existe entre el citado derecho humano y nuestro régimen de vivienda contenido en el Código Civil y Comercial, trataremos de justificar la idea que anima nuestro trabajo.

Nos abocaremos entonces a abordar tangencialmente el origen y fundamento de los derechos humanos y por carácter transitivo el fundamento de la vivienda, para concluir que existe una íntima relación con la dignidad de la persona humana, verdadero fundamento del régimen de vivienda.

2.- Derechos humanos y derechos fundamentales

Una vez que nos adentramos en el estudio acerca del régimen de los derechos humanos no encontramos con que suele utilizarse en forma indistinta los vocablos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. Tal asimilación no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina, encontrándonos con posturas contrapuestas, algunas de las cuales lado utilizan los términos en forma sinonímica mientras que otras se encargan de marcar ciertas diferencias entre ambas 2xpresiones.

2.1 Teorías diferenciadoras entre los derechos humanos y fundamentales

Aquellas doctrinas diferenciadoras han basado su postura en la positivización interna o no de los mentados derechos. Así, se hace referencia a “derechos humanos” para señalar a aquellos que se encuentran previstos por el ordenamiento positivo a nivel internacional, sumado

a exigencias básicas relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de las personas que aún no han alcanzado positivización¹⁶⁶.

Por su parte, la expresión “derechos fundamentales” queda reservada para los derechos humanos positivados a nivel interno, es decir, que han alcanzado reconocimiento en el texto constitucional (derechos constitucionales) o bien a los que tienen vocación de ser positivizados¹⁶⁷, encontrando su principal exponente en el derecho alemán, donde bajo la expresión de los *Grundrechte*.

Sin embargo, y pese a la diferencia trazada, no debe perderse de vista que en ambos casos estamos frente a figuras que tienen un claro fundamento ético y que pueden o no estar incluidas en un ordenamiento jurídico determinado¹⁶⁸.

2.2.- Teorías unitarias

Por el contrario se han enarbolado teorías que no distinguen los mentados conceptos, partiendo de la base de sostener que es el carácter de fundamental lo que permite asignarle a ciertos derechos este status. En efecto, una atenta lectura de los textos internos e internacionales en la actualidad ha permitido sostener que no se advierte un contenido distinto entre los denominados derechos humanos y fundamentales, como bien se ha observado al analizar los textos constitucionales y los internacionales sobre derechos humanos¹⁶⁹.

Así, se ha propuesto entender a los derechos fundamentales como el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos

¹⁶⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Derechos fundamentales, Derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos – Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, Vol. 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, pp. 203 y ss; MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, José, *Derechos humanos. Concepto, fundamentos y sujetos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 45.

¹⁶⁷ CRUZ REYES, Euménides, “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, *Criterio jurídico garantista*, año 2, N° 2, enero-junio, 2010, p. 71; CIANCIARDO, Juan, “*El conflictivismo en los derechos fundamentales*”, Ed. EUNSA, España, 2000, p. 204.

¹⁶⁸ DE ASIS ROIG, Rafael, “*La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba*”, Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. I, 2008, pp. 391-406.

¹⁶⁹ MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, “Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual”, en BALLESTEROS, José, *Derechos humanos. Concepto, fundamentos y sujetos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 44; PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 96.

jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos¹⁷⁰.

Aquella equiparación podría incluso ser propiciada en nuestro sistema jurídico actual, donde a partir de la reforma constitucional acaecida en el año 1994 se han otorgado a los Tratados Internacionales jerarquía constitucional, incorporándolos a nuestro ordenamiento legal vigente y esfumando aquella pretendida diferenciación propuesta por las teorías diferenciadoras.

3.- Los derechos humanos. Su existencia

Uno de las tareas más complejas que se presenta en torno al tratamiento de los derechos humanos radica sin lugar a dudas en lograr una noción medianamente acabada de lo que aquellos importan.

Si partimos de la base de entender que el sustrato de estos derechos se encuentra en la dignidad y que esta última conlleva una relación simbiótica con la persona humana, la expresión derechos humanos podría parecer un pleonasma por su redundancia¹⁷¹.

Pero más allá de ello, y al igual que lo que ocurrirá cuando intentemos descifrar el sentido del vocablo dignidad, no nos resulta extraño que se haya sostenido que estamos en presencia de una expresión vaga, producto de la relativa historicidad a la que están sujetos y a su heterogeneidad¹⁷².

Esta concepción no estuvo exenta de críticas, principalmente por el papel primordial que se asignara a la historia, lo que implicaría que la idea de los derechos humanos culmina en un relativismo absoluto sujeto a variables espacio temporales.

En una postura antitética, se sostuvo que los derechos humanos son un conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinadas a permitirles el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada estado¹⁷³.

¹⁷⁰NOGUEIRA ALCALA, Norberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>.

¹⁷¹GARCIA-HUIDOBRO, J.-MARTINEZ, J.I.-NUÑEZ, M.A., *Lecciones de derechos humanos*, Ed. Edeval, Valparaiso, 1997, p. 31.

¹⁷²BOBBIO, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117 ss.

¹⁷³PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, 3ª ed. Ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p. 39.

Los derechos humanos no serían más que la expresión jurídica y política de la dignidad humana, derechos que se reconocen en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales pero que son suprapositivos por su naturaleza¹⁷⁴.

Así, la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, universales, inalienables, interdependientes, indivisibles e iguales a todos¹⁷⁵.

Ideas similares surgen de la Declaración Universal de Derechos Humanos - considerada y tomada como fundamento de las normas que refieren a los citados derechos – y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de los múltiples tratados internacionales que se abocan al estudio de aquellos y sobre los que profundizaremos más adelante.

En todos los casos se hace hincapié en la íntima relación que existe con la persona humana y con la dignidad que lleva ínsita, resaltando los valores de igualdad, libertad e integridad personal.

Estas ideas, con las que coincidimos, nos abren la puerta al análisis de la estrecha relación existente entre los derechos humanos y la dignidad de la persona, para poder así comenzar a desentrañar el verdadero fundamento del instituto bajo estudio.

4.- El fundamento de los derechos humanos

Esta búsqueda que nos hemos planteado nos ha llevado a encontrar que una de las críticas más acérrimas que se ha hecho a la idea de los derechos humanos – a más de la ambigüedad y vaguedad terminológica que implica su denominación – tiene que ver con la carencia de protección que han padecido, basada aquella principalmente en un defecto de fundamentación¹⁷⁶.

El estudio acerca del fundamento de los derechos humanos – con las complicaciones que toda búsqueda de fundamentación conlleva - tropieza además con el frágil intento de diferenciación respecto del concepto que debe darse de los mismos. Es que como se ha

¹⁷⁴ GARCIA-HUIDOBRO, J.-MARTINEZ, J.I.-NUÑEZ, M.A., *Lecciones de derechos humanos*, Ed. Edeval, Valparaíso, 1997, p. 31.

¹⁷⁵ Cnfr. lo expuesto en la página web de la Oficina del Alto Comisionado, www.ohchr.org.

¹⁷⁶ GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1993, p. 58.

sostenido, el concepto que se pretenda de ellos conlleva una toma de postura respecto a su justificación y, a la inversa, la búsqueda de justificación parte del concepto que se pretenda¹⁷⁷.

Tal interrelación ha llevado a generar dos grandes teorías antagónicas, una de las cuales no encuentra diferencia alguna entre concepto y fundamento, mientras que la otra intenta una distinción entre ambas nociones e ideas.

4.1.- Teorías monistas

Las denominadas teorías monistas son aquellas que entienden a los derechos humanos como instrumentos de naturaleza moral o jurídica, dando lugar así a las dos grandes vertientes que se engloban dentro de esta teoría: el iusnaturalismo y el positivismo, respectivamente, y que en su afán por buscar el fundamento último han sido tachadas de reduccionistas¹⁷⁸, en cuanto basan sus concepciones en la derivación que existe de un orden moral superior o del reconocimiento positivo que se haga de los derechos, confundiendo así concepto y fundamento.

Si bien no estamos de acuerdo con esta primera conclusión, no debemos perder de vista que por ello se ha sostenido que éstas no pueden dar acabada respuesta al problema planteado, por cuanto o bien dejan de lado el papel del derecho positivo en la configuración de los derechos humanos, o lo hacen pero prescindiendo de una justificación de los mismos fuera de su positivización¹⁷⁹.

4.2.- Teorías dualistas

Frente a aquellos monismos que reducen los derechos humanos a dimensiones eminentemente morales o jurídicas (iusnaturalismo o iuspositivismo) se han erigido las denominadas teorías dualistas, que parten de la base de comprender que para un correcto entendimiento de aquellos derechos debemos tener en cuenta ambas dimensiones.

En otras palabras, comprender que se trata de instrumentos jurídicos con justificación moral¹⁸⁰. No puede dejarse de lado el fundamento suprapositivo que tienen los derechos humanos y la necesidad de que los mentados ordenamientos internos, a su vez, los recepten y protejan, encontrándose ambos planos - el moral y el jurídico - en un perfecto plano de igualdad

¹⁷⁷ ASIS ROIG, Rafael, "Concepto y fundamento de los derechos humanos", en TAMAYO J.J. (coord.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 1.

¹⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 50.

¹⁷⁹ GUTIERREZ SUAREZ, Francisco J., "Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas", Tesis doctoral, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, Madrid, Feb. 2011, p. 68.

¹⁸⁰ ASIS ROIG, Rafael, "Concepto y fundamento de los derechos humanos", en TAMAYO J.J. (coord.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 7.

y coherencia que hacen que los postulados morales se reflejen cuando se trata la perspectiva jurídica de los derechos¹⁸¹.

La postura dualista entonces propone considerar a los derechos humanos como instrumentos éticos y jurídicos que con el concurso histórico actúan como forma de legitimación del Poder y de defensa de una concepción de los seres humanos fundamentada en la noción de dignidad humana¹⁸².

4.3.- La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos

Si bien excede el marco del presente trabajo el análisis pormenorizado de las cuestiones planteadas, no podemos dejar pasar la oportunidad de sentar nuestra postura. Desde ya no creemos que la tarea fundamentadora sea banal, frágil y relativa¹⁸³, sino que por el contrario –y pese a las complicaciones que representa- es la que nos brindará el soporte a la tesitura a adoptar.

No compartimos aquellas posturas que entienden que los derechos humanos son tales una vez que alcanzan reconocimiento positivo, sino que por el contrario entendemos que los mismos son suprapositivos y deben servir de fundamento a los distintos ordenamientos¹⁸⁴.

Los derechos humanos no se constituyen como tales por la voluntad del poder ni son creados por una Constitución, sino que ese proceso de positivización implica tan sólo el reconocimiento de los mismos¹⁸⁵. En otras palabras, la norma positiva solo significa vigencia nomológica¹⁸⁶, sin que se pueda negar virtualidad jurídica a aquellos derechos humanos no reconocidos por la legislación positiva¹⁸⁷.

Estamos convencidos que estos derechos corresponden a todas las personas por igual, que son universales e inalienables¹⁸⁸ y que su fundamento se encuentra en la dignidad

¹⁸¹ ASIS ROIG, Rafael, “Concepto y fundamento de los derechos humanos”, en TAMAYO J.J. (coord.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 8.

¹⁸² GUTIERREZ SUAREZ, Francisco J., “Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas”, Tesis doctoral, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, Madrid, Febrero 2011, p. 70.

¹⁸³ BOBBIO, Norberto, “El tiempo de los derechos”, (trad.) Rafael de Asis, Sistema, Madrid, 1991; op. Cit en GUTIERREZ SUAREZ, Francisco J., “Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas”, Tesis doctoral, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe – Madrid, Febrero 2011, p. 56.

¹⁸⁴ BARZOTTO, Luis Fernando, “Los derechos humanos como derechos subjetivos. De la dogmática jurídica a la ética”, en HERRERA, Daniel Alejandro, *II Jornadas internacionales de derecho natural. Ley Natural y multiculturalismo*, 1º ed., Buenos Aires, Educa, 2008, p. 363.

¹⁸⁵ HERRENDORF, Daniel E. – BIDART CAMPOS, Germán J., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 1991, p. 79.

¹⁸⁶ BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna”, V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, ed. UNAM, México, 1998, p. 98, op cit. en NOGUEIRA ALCALA, Norberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>.

¹⁸⁷ CAMPOS MONGE, Christian E., “Mutación constitucional: el caso del Derecho Humano a la educación”, Acta académica, nov. 2006, p. 122.

¹⁸⁸ ANGULO SANCHEZ, Nicolás, “Los derechos humanos en el siglo XXI”, *Entelequia: revista interdisciplinaria*, núm.12, (otoño 2010), p. 4.

humana¹⁸⁹, sin importar si entendemos que la dignidad implica la semejanza con el Creador o la posibilidad de estar dotados de inteligencia o voluntad.

La fundamentación última de los derechos humanos debe encontrarse en esta inherente dignidad natural que pertenece a todos los seres humanos sin distinción alguna¹⁹⁰.

5.- La dignidad de la persona humana

5.1.- El concepto de dignidad

El vocablo dignidad importa un término polisémico¹⁹¹, lo que desde ya nos plantea una dificultad inicial en cuanto a su conceptualización, en tanto nos encontraremos con tantos significados como autores han abordado su tratamiento y en parte producto de las distintas corrientes filosóficas imperantes en cada momento¹⁹².

Pese a ello, estamos convencidos que sea cual fuere el significado que se le quiera asignar, la idea encuentra su punto de apoyo en la concepción de la persona, que intrínsecamente cuenta con ella.

Desde ya que escapa al escueto marco cognoscitivo de nuestro ensayo el análisis pormenorizado de las ideas conferidas en torno al concepto del término dignidad, máxime cuando advertimos que la doctrina que más ahínco ha hecho en el punto no tiene el menor recelo en confesar que el verdadero sentido del término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente preciso, una cualidad indefinible y simple a la vez, cuya impropiedad muchas veces la convierte en un galimatías¹⁹³.

¹⁸⁹ MARTINEZ PUJALTE, Antonio L., “Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables”, en Jesús Ballesteros, *Derechos Humanos: Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 92.

¹⁹⁰ PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y Garantías*, 3ª ed. Ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p.31.

¹⁹¹ ANDREUT, Armando S., “La declaración universal sobre bioética y derechos humanos y la dignidad humana”, en ANDREUT, A. (comp.), *Bioética y derechos humanos*, Córdoba, EDUCC, 2007, pp. 29-86.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. “*Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales en la Constitución Federal de 1988*”, 7ª ed. Comentada y actualizada, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009, p. 67; HÁBERLE, Peter. “La dignidad humana como fundamento de la comunidad estatal”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensiones de la dignidad*, Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 104; VON WINTRICH, “*Zur Problematik der Grundrechte*”, (1957), citado por Fernández Segado, Francisco. 2003. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, p. 205., González Pérez, J. 1986. *La dignidad de la persona*. Madrid, p. 112., APARISI, Angela, “El principio de dignidad humana como fundamento de bioderecho global”, Cuadernos de Bioética XXIV/2013/2ª, en <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>, MARTINEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLVI, n° 136, abril 2013, pp. 39-67.

¹⁹³ SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*, 1988, n° 19, p. 16; op. Cit en APARISI, Ángela, “El principio de dignidad humana como fundamento de bioderecho global”, Cuadernos de Bioética XXIV/2013/2ª, en <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>., p. 206., DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, “La dignidad humana, fundamento del derecho”, UNED, *Boletín de la facultad de derecho*, n° 27, 2005.

Creemos que no debe observarse en esto un escollo, sino tan sólo aceptar la polisemia del término. Quienes han intentado encontrar un concepto unívoco han caído en una trampa que resulta inevitable, cual es el frecuente uso inapropiado del vocablo. En el afán por buscar un criterio unívoco se ha caído en lo que algún autor ha denominado una endiálisis, es decir, la acumulación de palabras en término de refuerzo mutuo¹⁹⁴.

La consecuencia lógica termina siendo la frustración en la búsqueda que conlleva a un simplismo absoluto al entender que la dignidad no es más que un simple, aplastante y último recurso para imponer ideas o rechazar las de aquellos que no las comparten, lo que desde ya no compartimos¹⁹⁵.

Sin adentrarnos entonces en un minucioso análisis y al sólo fin de lograr un primer acercamiento que nos sirva de punto de partida, recurriremos a la definición que surge del Diccionario de la Real Academia Española, que refiere a la dignidad en su primera acepción como la “cualidad de digno”, entendiendo por digno “merecedor de algo”, “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de algo o alguien”, “que tiene dignidad o se comporta con ella”, “propio de la persona digna”, “que puede aceptarse o usarse sin desdoro”.

Estas acepciones se encuentran lejos de resolver nuestro primer interrogante, pero nos permiten arribar y afirmar una primera conclusión parcial, que ya habíamos tenido oportunidad de mencionar: la íntima relación existente entre la idea de la dignidad y la persona, relación que no puede disociarse.

5.2. Distintas acepciones

a) La dignidad y la persona humana

Partiendo de la base de la relación propuesta, se han distinguido cuatro niveles o dimensiones en la dignidad personal o humana¹⁹⁶, fundamentos de aquella conjunción.

Una primera dimensión encuentra un tinte religioso o teológico, lo que implica un vínculo de filiación con Dios, en el entendimiento del que el hombre fue creado a su imagen y semejanza, aceptando que aquellos fueron creados por un Dios providente¹⁹⁷.

¹⁹⁴ DE LUCAS, Javier, “Naturaleza y dignidad humana. Aller ser retours del discurso iusnaturalista”, *Metode* 67, otoño 2010.

¹⁹⁵ DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, “La dignidad humana, fundamento del derecho”, UNED, *Boletín de la facultad de derecho* n° 27, 2005.

¹⁹⁶ RUIZ - GIMÉNEZ CORTI, Joaquín, “Derechos fundamentales de la persona”, (Comentario al artículo 10 de la Constitución), en Oscar Alzaga (dir.) *Comentario a las Leyes Políticas*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984., pp. 113- 114.

¹⁹⁷ MORA CALVO, Hernán R., “Juan Pablo II: Apostillas filosóficas a su concepto de la dignidad humana”, *Revista reflexiones*, Vol. 83, N° 2, 2004, pp. 89-94.

Por otro lado, desde un nivel más bien ontológico, se ha sostenido la dignidad humana sobre la base de considerar al hombre como un ser dotado de inteligencia, de racionalidad, libertad y consciencia de sí mismo, distinto y superior a todo lo creado, que comporta un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana¹⁹⁸.

También se lo ha observado desde un punto de vista ético, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta; y de esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y de manipulaciones cosificadoras. Esta aproximación se acercaría a lo expresado en los precedentes pretorianos alemanes, los que entienden que la dignidad conlleva la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal¹⁹⁹.

Por último, la dimensión social, como estima y fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida de relación. Se trata de una acepción que fuera identificada con el estoicismo de Cicerón o de los primeros tiempos romanos, donde la dignidad de la persona se medía en torno a su posición en público y su status social²⁰⁰.

Si bien estas dimensiones ensayadas presentan marcadas notas distintivas –algunas de las cuales se ven reflejadas en la acepciones volcadas en el Diccionario de la Real Academia Española, como fuera visto en el acápite antecedente –, todas ellas alcanzan una importante conclusión: sencillamente, que la dignidad es una cualidad de la vida humana que permite al hombre su concreta y efectiva realización autónoma²⁰¹, proveniente de la inmanencia existente entre hombre y su Creador.

b) La dignidad como fundamento de los derechos o axioma

En otro orden de ideas, se ha entendido a la dignidad como un *axioma*, es decir, aquello que se afirma de manera absoluta, lo que es principio o punto de partida por surgir de sí mismo, por apoyarse en sí²⁰². Cada uno de los principios indemostrables y fundamentales sobre los que se construye una teoría, proposiciones evidentes en sí mismas, verdades objetivamente irreductibles, las que valen en sí, sin posibilidad de mediación²⁰³.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas Madrid, 1986., p. 112.

¹⁹⁹ VON MUNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 5, mayo-agosto 1982, pp. 19-21.

²⁰⁰ LUTHER, Jörg, “Razonabilidad y dignidad humana”, www.ugr.es/~redece/REDECE7PDF/13JORGLUTHER.PDF

²⁰¹ CORTI, Horacio, “Derecho constitucional presupuestario”, 1ª Ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2007; op. Cit en FERNANDEZ, Bettina, “Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el Estado. Suscinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales”, *Supl. Const. 2012* (mayo), La Ley 2012-C,771.

²⁰² CIRUZZI, María Susana, “El concepto de persona y dignidad a la luz del prisma bioético”, *DFyP* 2011 (junio) 202.

²⁰³ MILLÁN PUELLES, *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, p. 99.

La dignidad entendida como axioma implica elevar aquella a la categoría de principio fundamental, y por consiguiente que funciona como punto de partida.

Pero aunque parezca que esto implica disociar la idea de dignidad con la persona humana, lo cierto es que este axioma, este principio fundamental y punto de partida no tiene sentido si no se realiza aquella relación. Es entonces cuando se entiende que la dignidad humana es el fundamento del derecho²⁰⁴, o bien la fuente de todo derecho.

Esto explica por qué no puede equipararse a la dignidad humana con los denominados derechos fundamentales²⁰⁵, como ocurre en el régimen alemán, donde conforme el artículo 1.1 de la CN la dignidad es un derecho fundamental, incluido dentro del título de “los derechos fundamentales”, junto con otros tantos a los que asigna igual cariz. O lo mismo en la Constitución Política de Perú del año 1993, que dentro del Capítulo I –que se rotula “Derechos fundamentales de las personas”- señala en el artículo primero como fin supremo de la sociedad y el Estado “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad”.

Es que los derechos fundamentales –o derechos humanos según el caso-, suelen identificarse con los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, valores todos relativos al hombre y que encuentran en la dignidad su fundamentación²⁰⁶.

En otras palabras, en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la dignidad de la persona²⁰⁷, y su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana²⁰⁸.

Esta concepción ha encontrado un fuerte enraizamiento en distintos ordenamientos constitucionales –como el español-, que consagra la idea de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social²⁰⁹, fundamento del derecho y no derecho fundamental.

²⁰⁴ VILA CORO, María Dolores, *Introducción a la bioética*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 101; en igual sentido GARCIA-HUIDOBRO, J.-MARTINEZ, J.I.-NUÑEZ, M.A., *Lecciones de derechos humanos*, Ed. Edeval, Valparaíso, 1997, p. 33.

²⁰⁵ LUTHER, Jörg, “Razonabilidad y dignidad humana”, www.ugr.es/~redece/REDECE7PDF/13JORGLUTHER.PDF.

²⁰⁶ APARISI, Ángela, op. Cit. p. 216.-, FERNÁNDEZ, E., *Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. Cuadernos Bartolomé de las Casas*, cit., p. 20; PELE, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en www.revistauniversitas.org; NOGUEIRA ALCALA, Norberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>; en tal sentido, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios industriales S.A. s/Accidentes ley 9.688” Fallos: 327:3753, 21/09/04.

²⁰⁷ VON MUNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 5, mayo-agosto 1982, p. 15.

²⁰⁸ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 85 y 86.

²⁰⁹ Fernández Segado, Francisco, “La dignidad como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, pp. 37 y ss., Ed. Colex, 1999, Cap. II.

Lo mismo ocurre a nivel internacional, donde a guisa de ejemplo podemos citar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que en su proemio afirma que [...] el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.-

Siendo entonces que para la realización plena el hombre necesita que se cumplan con ciertos derechos inalienables y fundamentales, la dignidad vendrá a constituir razón de ser, fin y límites de los mismos²¹⁰.

c) La recepción en los ordenamientos normativos

Esta relación inescindible que aparece entre la idea de dignidad y la persona humana se ha visto reflejada en distintos Tratados Internacionales que se han abocado el tema.

La Declaración Universal de Derechos Humanos resulta el paradigma al expresar en su Preámbulo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5.2, establece que toda persona debe ser tratada [...] con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano [...] y al reconocimiento y protección de la misma (artículo 11), lo que importa asimismo una relación entre la dignidad de la persona y los derechos humanos.

Aquellas ideas fueron recogidas por numerosos pactos internacionales que tienen jerarquía constitucional y que han sido adoptados a nuestro sistema constitucional a partir de la reforma del año 1994 con la sanción del artículo 75 inc. 22, como también con la incorporación de los nuevos derechos y garantías.

Anteriormente, la idea de dignidad sólo se observaba en la Carta Magna al hacer referencia a las condiciones dignas y equitativas de labor de los trabajadores y el acceso a la vivienda digna, ambos en el artículo 14 bis.

También resulta interesante hacer notar que la referencia a la noción de dignidad humana -entendida como fundamento de los derechos humanos - ha sido una constante en la doctrina social de la Iglesia, especialmente a partir del pontificado de Juan Pablo II, al afirmarse que “la dignidad de la persona humana es un valor trascendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad. En realidad, la historia entera de la humanidad se debe

²¹⁰ LANDA, Cesar, “Dignidad de la persona humana. Cuestiones constitucionales”, *Revista mexicana de derechos constitucionales*, ISSN-e 1405-9193, N° 7, 2002, pp. 110 y ss.

interpretar a la luz de esta convicción. Toda persona, creada a imagen y semejanza de Dios (Gn. 1, 26-28) y por tanto radicalmente orientada a su Creador, está en relación constante con los que tienen su misma dignidad. Por eso, allí donde los derechos y deberes se corresponden y refuerzan mutuamente la promoción del bien del individuo se armoniza con el servicio al bien común”²¹¹.

En el mismo sentido, la Encíclica *Evangelium Vitae* expresa que “toda sociedad debe respetar, defender y promover la dignidad de cada persona humana, en todo momento y condición de su vida”²¹².

5.3. La dignidad humana

La dignidad entonces resulta una noción difícilmente conceptualizable, pero que importa mucho más que una simple “construcción ideológica”²¹³. Se trata de una cualidad inmanente de la persona, a la que se une en una relación inescindible. Esta relación íntima importa que se pueda afirmar que la dignidad resulta e fundamento de los derechos en atención a su excelencia y merecedora de respeto²¹⁴.

La vivienda, como ya hemos concluido, constituye un derecho humano reconocido en los distintos Tratados internacionales que se abocan a estos, y positivado en numerosas constituciones a nivel mundial. Siguiendo entonces los lineamientos propios de un silogismo lógico podremos arribar a una conclusión definitiva: el principio fundamental que sustenta el derecho humano a la vivienda es la dignidad humana²¹⁵.

6.- El Fundamento del régimen de vivienda del Código Civil y Comercial

En nuestra búsqueda por encontrar el verdadero fundamento del régimen bajo estudio, no podemos sino concluir, en base a todo lo expuesto, que el fundamento del régimen de vivienda también lo encontramos en la dignidad de la persona humana.

Con la sanción de la ley 26.994 por la que se unifican el ordenamiento civil y comercial, se receptó un proceso que venía siendo reclamado desde hace tiempo por la doctrina por medio del cual definitivamente se integra el derecho civil con la Constitución Nacional²¹⁶.

²¹¹ Mensaje Papal para la Jornada de la Paz, 15 de diciembre de 1998.

²¹² Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, p. 81, p. 135.

²¹³ GUIBOURG, R.A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2006, p. 109.

²¹⁴ HERRERA, Daniel A., “El Derecho Natural y el nuevo paradigma del Derecho”, *Prudentia Iuris*, N° 68/69, 73-95, esp. 90.

²¹⁵ Observación general N° 4 – Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. 1991.

²¹⁶ RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el Proyecto”, en *Pensar el derecho*, año 1, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 148.

Ello conlleva a que se haya expuesto que el régimen de vivienda encuentra su fundamento en el derecho constitucional homónimo reconocido en nuestra Carta Magna.

Si hemos sostenido que el derecho a la vivienda importa un verdadero derecho humano, que se puede llevar delante de diversas formas, y se propone por la doctrina a aquél como antecedente inmediato del régimen objeto de estudio, no queda más que concluir que su fundamento es la dignidad de la persona humana.

Máxime teniendo en cuenta que esta noción se introdujo con más fuerza con la unificación del régimen, principalmente y expresamente a partir de la letra de los artículos 51 y 52, que regulan en forma sistemática los derechos personalísimos y enumeran las afecciones de las que aquellos son pasibles.

Los artículos hacen hincapié en la idea de dignidad de la persona como sustrato de estos derechos, bregando por su respeto y desalentando el menoscabo. Siendo entonces, como veremos, que el centro del régimen lo constituye la persona humana, no cabe duda del fundamento del instituto.

Aquella protección de la dignidad que se encuentra recogida en los artículos 51 y 52 del Código Civil y Comercial se observa particularmente en el régimen bajo estudio al permitir al titular la afectación de un inmueble de su propiedad con la consiguiente protección frente a la ejecución de sus acreedores, la posibilidad de adicionar esta protección a cualquier otra que tienda al mismo fin y sea compatible, al proteger a la persona independientemente de la existencia de familia e incluso con la ampliación del concepto de beneficiarios, con la posibilidad de subrogar la protección en relación a otros bienes o al dinero obtenido por su enajenación o indemnización, los beneficios fiscales y la inembargabilidad de los frutos en relación al mantenimiento de las condiciones indispensables para la subsistencia de la persona.

Todas estas ideas tienden a crear un marco tuitivo de la persona humana atendiendo al mantenimiento y protección de la dignidad que le es inherente para lograr así, junto con otros institutos de igual naturaleza, el desarrollo de la persona en un lugar adecuado.

ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA

1.- Delimitación del objeto de estudio

Estamos convencidos que hemos logrado arribar a una interesante conclusión en torno al fundamento del régimen que estamos estudiando, y que nos llevará a poder comprender de una manera más acabada su regulación, la que será objeto de análisis en este capítulo.

Así las cosas, dejaremos de lado dos temas centrales para nuestro objeto de estudio, entendiendo que serán aquellos que terminen por dar un cierre a nuestra idea, en tanto permitirán evaluar la finalidad del instituto y observar como aquella idea de la dignidad de persona humana riega al régimen de vivienda.

2.- Naturaleza jurídica

Al tratarse el régimen del bien de familia esbozamos que doctrinariamente se habían formulado algunas disquisiciones en torno a la naturaleza jurídica de tal instituto, las que pueden ser replicadas en el caso de la situación jurídico real bajo análisis.

2.1.Dominio imperfecto

El dominio imperfecto es aquel que se encuentra sometido a condición o plazo resolutorio o bien aquel en el cual la cosa se encuentra gravada con cargas reales, en los términos del artículo 1888 del Código Civil y Comercial (arg. art. 1946).

Así, y en términos genéricos, el dominio imperfecto es aquel en virtud del cual las facultades del propietario se encuentran disminuidas por un acto suyo, lo que concordaba con la idea del bien de familia y, en su caso, con la del régimen de vivienda.

Sin embargo, se advertía por quienes bregaban por esta postura que no se trataba de ninguno de los casos de dominio imperfectos que estipulaba el ordenamiento, en tanto no se ceñía a las reglas de un dominio fiduciario, revocable o desmembrado²¹⁷.

Desde ya que el régimen de vivienda no se adecua a ninguno de los casos previstos por el ordenamiento sustancial respecto del dominio imperfecto, y ello conspira contra la viabilidad de esta postura, en tanto aquella disminución de facultades a la que referíamos no es producto de un límite temporal –para así catalogarlo como un caso de dominio revocable o fiduciario –, ni tampoco existe una carga real a favor de terceros – para quedar incluido dentro del dominio desmembrado -, en tanto no se trata de un derecho real constituido a favor de terceros.

²¹⁷ CIFUENTES, Santos, “El bien de familia. Fundamentos y naturaleza jurídica”, La Ley, 108, p. 1058.

Asumir aquello importaría desconocer los lineamientos generales en materia de derechos reales en cuanto a su contenido en concreto y en abstracto, por lo que el escollo con el que se topa esta postura pareciera insalvable.

2.2. Condominio con indivisión forzosa

El condominio es un derecho real sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa (Art. 1983 CCyCN). Dos grandes clases de condominio se regulan en nuestro ordenamiento: sin indivisión forzosa o con indivisión forzosa, en tanto se permita a cada uno de los condóminos solicitar en cualquier momento y sin necesidad del consentimiento de los restantes la partición de la cosa o no.

Partiendo de esta base, se sostuvo que nos encontrábamos frente a un caso de condominio con indivisión forzosa²¹⁸, que revestiría esta cualidad en tanto dure la afectación al régimen de vivienda.

No estamos de acuerdo con esta tesitura en tanto de una atenta lectura de la normativa se desprende que los beneficiarios no están investidos de un derecho real sobre el inmueble afectado, carecen de las facultades de disposición material y jurídica, se sujetan a las reglas de administración que imponga el constituyente y carecen de derecho sobre el producido en caso de la enajenación del mismo, previa desafectación²¹⁹.

2.3. Naturaleza *sui generis*

Esta dificultad que se presentaba al intentar enmarcar este instituto bajo una figura clásica hizo que la doctrina se inclinara por sostener que nos encontrábamos, en el caso del bien de familia y por tanto del régimen de vivienda, frente a una institución *sui generis*, que no participa de ninguno de los moldes clásicos mencionados²²⁰.

Si bien con esta idea se admite la dificultad reseñada, no es menos cierto que no brinda una respuesta a nuestro interrogante, máxime teniendo en cuenta que la expresión *sui generis* no importa la carencia de género o especie –como se pretende denotar con esta postura –, sino una expresión singular o excepcional de ello²²¹.

²¹⁸ MOLINARIO, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, Impresora El Argentino, La Plata, 1959, p. 48.

²¹⁹ BOSSERT, Gustavo A., en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por BELLUSCIO, Augusto C. y coordinado por ZANNONI, Eduardo A., Astrea, Buenos Aires, 1986, Tomo VI, pp. 291-292.

²²⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Régimen del bien de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 30; AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, §13, pp. 36-37.

²²¹ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 997.

2.4.Límite al dominio

También se sostuvo que nos encontrábamos frente a un límite al dominio constituido por el titular en favor de los beneficiarios que designase oportunamente²²².

Esta postura fue desechada en su oportunidad sosteniendo que las restricciones o límites al dominio tienen su génesis en la ley²²³. Sin embargo, y pese a que habitualmente estos límites encuentran su fuente en la ley, no debemos desconocer que existen límites generados por la voluntad exteriorizada en un contrato o testamento, como las cláusulas de indisponibilidad en los actos onerosos o gratuitos, los establecidos en un reglamento de propiedad horizontal, y por qué no, los atinentes a la protección jurídica de la vivienda.

Así, la naturaleza del derecho del constituyente de la vivienda es la de un derecho real sujeto a los límites que regularmente enmarcan hasta al derecho real madre, es decir al dominio, pero aquí son mayores, más acentuados²²⁴.

3.- Objeto

3.1. Afectación sobre un inmueble

Una primera lectura del artículo 244 del Código Civil y Comercial nos lleva a concluir que el objeto –al menos inicial – que debe afectarse al régimen de vivienda debe ser necesariamente un inmueble. Ese inmueble, en todo o hasta una parte de su valor, tendrá por destino la vivienda del constituyente y sus beneficiarios.

La posibilidad de afectar un inmueble en parte de su valor permite al acreedor la ejecución de una parte material del inmueble, y en tal caso el adquirente en subasta pasaría a ser copropietario del inmueble afectado²²⁵.

Un primer interrogante surge de la letra del artículo 256 del Código Civil y Comercial, en tanto refiere que las disposiciones del capítulo referido al régimen de vivienda se aplican al inmueble rural.

La dicotomía entre el inmueble urbano y el rural dio lugar a dos grandes interpretaciones en el régimen velezano. Mientras que en algunos casos se apuntaba a la condición de edificado

²²² CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara, en MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Tomo III, p. 517; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, Tomo II, §353, pp. 546-547; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 351; KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

²²³ CIFUENTES, Santos, "El bien de familia. Fundamentos y naturaleza jurídica", *La Ley*, 108, p. 1058.

²²⁴ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 998.

²²⁵ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 241.

o no del inmueble –verbigracia, en la acción de deslinde –, en otros tantos se apuntaba a la ubicación física del mismo en el ejido de la ciudad o no²²⁶, tal era el caso de la regulación del bien familia o de los casos de cerramientos forzosos en materia de condominio.

Creemos entender que se apunta a la segunda idea esbozada, no sólo tomando como antecedente lo que se preveía en el régimen de bien de familia, sino también teniendo en cuenta que una de las condiciones que debe revestir ese objeto es que permita la habitación efectiva.

Sin embargo, se ha sostenido que aunque el Código refiera a un inmueble habitable, no podría descartarse la afectación sobre un terreno vacío sobre el que se constituirá el inmueble, en base al fin tuitivo de la norma y a la situación económica inmobiliaria del país²²⁷, y apoyado en la letra del artículo 249 inc. c) del ordenamiento sustancial, que refiere a los créditos por construcciones.

Compartimos aquellas observaciones en relación a la actualidad inmobiliaria que atraviesa nuestro país, en el sentido de que suele adquirirse un terreno para luego elevar sobre él una construcción que haga las veces de vivienda, y justificando con ello la admisión de la protección en tal caso.

Sin perjuicio de ello, no estamos de acuerdo con que pueda darse una afectación originaria en tal caso, y aquello en tanto el artículo 247 del CCyCN establece la obligación de habitación efectiva, lo que sería imposible en el caso de un terreno²²⁸.-

No se nos escapa que contra nuestra posición podría argumentarse que también el ordenamiento prevé la posibilidad de sustitución por sumas de dinero, y aquello formaría una excepción al requisito de la habitabilidad. Y hasta incluso podríamos argumentar favorablemente a la idea de la sustitución del dinero por otro bien no edificado, en tanto la reinversión sobre un terreno importaría asegurar tanto al constituyente como al acreedor un objeto sobre el que hacer efectiva la protección.

Sin embargo, y si bien la propuesta primigenia podría parecer tentadora, entendemos que el requisito de la habitabilidad encuentra su excepción únicamente en el caso de la subrogación por sumas de dinero, y con el fin de que el dinero obtenido por indemnización o precio sea reinvertido a *posteriori* para la adquisición de una nueva vivienda.

²²⁶ AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, §71, p. 87.

²²⁷ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 241.

²²⁸ AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 87; ORTOLANI, Luciana, “Régimen de vivienda: Principales cambios”, *Revista Notarial*, año 2016/01, N° 93.

3.2. La afectación originaria sobre un bien que no sea un inmueble

Otra de las cuestiones sobre las que se ha discurredo al respecto gira en torno a la posibilidad de constituir el régimen de vivienda sobre una suma dineraria en forma originaria, sin necesidad de que el nacimiento se produzca necesaria y primigeniamente sobre un inmueble.

Algunos autores han visto con buenos ojos esta iniciativa²²⁹, sosteniendo que aquello importa adecuar el régimen a las necesidades actuales. Así, si bien el sistema establece la posibilidad de adquirir un inmueble, afectarlo al régimen y luego sustituir el mismo por otro de igual naturaleza o bien por una suma de dinero, manteniendo en ambos casos la protección, la hipótesis planteada modifica la primera premisa y pone como bien primigenio a una suma de dinero, es decir, dejando de lado la necesidad de partir de la base de un inmueble que sea afectado.

Aquello se justifica, a tenor de la doctrina citada, en la posibilidad de brindar protección a la persona que fruto de su esfuerzo personal consigue una capacidad de ahorro en miras a adquirir *a posteriori* un bien que le sirva para adquirir su vivienda.

Sin embargo, entendemos que sin bien la protección se ha ampliado en forma considerable con el régimen establecido en relación a lo que representaba el derogado bien de familia, aquella no alcanza a cobijar esta hipótesis, en tanto se estaría forzando una interpretación legal creando dentro de una figura una nueva por medio de la cual se le brindaría al salario o renta un cariz de inembargabilidad absoluta con la sola demostración sumaria de que su destino resultará, a la postre, la adquisición de un inmueble.

Y esto no se contrapone con nuestra idea acerca del verdadero alcance de la figura y de la finalidad que debe tenerse en mira al estudiar el régimen, por cuanto no puede establecerse un régimen protectorio sin cortapisas.

3.3. Destino del inmueble

El inmueble que pretenda afectarse al régimen de vivienda debe tener un destino habitacional, dejando de lado en principio aquella posibilidad que brindaba el régimen de bien de familia por medio de la cual se autorizaba la afectación aunque el bien tuviere por destino una actividad comercial o industrial²³⁰.

²²⁹ SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.” Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación.

²³⁰ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 815.

Si bien creemos que el legislador ha querido reforzar la idea de la protección de la vivienda del constituyente, estamos convencidos de que podría afectarse al régimen de vivienda un inmueble en el cual se desarrolle una actividad tal como la expuesta y en donde al menos uno de los beneficiarios habite el mismo²³¹, en cumplimiento de lo normado por el artículo 247 del Código Civil y Comercial.

Ello no es óbice al cumplimiento del fin propuesto por la norma en tanto a más del cumplimiento de la habitación efectiva, se permitiría al titular y a los beneficiarios el ejercicio de su industria o comercio dentro del inmueble, situación sumamente habitual en nuestro país. Además, una interpretación contraria sería incompatible con la regla prevista en el artículo 251 del Código Civil y Comercial, en tanto por medio de aquel se autoriza al embargo y ejecución de los frutos que produzca el bien afectado.

3.4. Eliminación de topes

Otra diferencia en comparación al régimen de bien de familia es la eliminación de los topes cuantitativos en relación al valor del inmueble, con excepción del caso del inmueble rural (art. 256 CCyCN).

Aquella solución ya era reclamada por la doctrina, aduciendo que la fijación de los mismos –muchas veces estrechos – no contribuía a la protección buscada, y que su eliminación contribuye a efectivizar el derecho a la protección de la vivienda²³².

El ordenamiento civil y comercial ha preferido dejar a criterio del solicitante la decisión de afectar el inmueble en su totalidad o en alguna de sus partes, quedando en cabeza del acreedor la posibilidad de ejecutar aquella porción no afectada al régimen de vivienda o bien solicitar la desafectación total en base a las reglas del abuso del derecho²³³.

3.5. La afectación de un solo inmueble al régimen de vivienda

Indica el artículo 244 del ordenamiento civil y comercial que no podrá afectarse más de un inmueble al régimen de vivienda, y en caso de que alguna persona resulte ser propietaria

²³¹ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, Tomo I, p. 406; KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 241; ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, V.2, p. 77.

²³² MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 65; AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 95; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”, en *Protección Jurídica de la Persona. Homenaje al Dr. Julio Cesar Rivera*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 243/268; en contra, ROSENDE, “Bien de familia: sobre la vigencia del régimen de la ley 14.394”, *ED*, 85-712.

²³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos”, *La Ley Online*.

única de dos o más inmuebles afectados, deberá en tal caso optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

La idea, que resulta un reflejo de lo que estatúa la ley 14.394 para el caso del bien de familia, deja planteados ciertos interrogantes que no han encontrado solución hasta el momento.

Así, y sosteniendo nuestra postura de que el régimen de vivienda no resulta ser la continuación del bien de familia, podría plantearse si aquella distinción de regímenes importa que una misma persona puede tener un inmueble afectado al régimen de bien de familia y otro al de vivienda o bien si importa la desafectación automática de los primeros²³⁴.

Una solución podría encontrarse en la Disposición Técnico Registral 10-2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, cuando en su artículo noveno, y al referirse a la cuestión de la subrogación, sostiene que en la escritura de desafectación de la “vivienda/bien de familia” debe constar la expresa reserva de subrogar el beneficio.

Ello importa sostener, al menos registralmente, que el régimen de vivienda continúa al bien de familia y por tanto una persona no podría afectar un bien a cada sistema. No creemos que esto vaya en desmedro de nuestra tesis inicial que diferencia ambos institutos, en tanto esta continuidad registral no alcanza para echar por tierra las diferencias sustanciales entre uno y otro a las que referimos a lo largo de todo este ensayo.

Sentada esta primera premisa, el artículo 244 del Código Civil y Comercial establece que no puede afectarse más de un inmueble a este régimen, mas haciendo la salvedad que tal unicidad refiere a la afectación de bienes cuya propiedad única se encuentre en cabeza del afectante, lo que no obsta la posibilidad de varias afectaciones sobre bienes que no sean de propiedad exclusiva del constituyente.

Además, y conforme lo reflejado por la Instrucción de Trabajo 6/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, si la vivienda está integrada por más de una unidad funcional, las cuales se complementan conformando una sola unidad de vivienda y, así se lo declarare, es admisible su afectación conjunta. El mismo criterio se aplicará a las fincas edificadas en lotes contiguos. Las unidades complementarias del régimen de propiedad horizontal quedarán siempre comprendidas en la afectación (art. 2045 CCyC.). Asimismo, se

²³⁴ MILLAN, FERNANDO, “Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar”, *DFyP* 2015 (octubre), 07/10/2015, 39.

admitirá la afectación con la principal, de partes indivisas de unidades funcionales destinadas a cochera o baulera, exigiéndose únicamente que estén ubicadas en el mismo edificio (Art. 9).

4.- Sujetos

4.1. Legitimados

Señala el artículo 245 del Código Civil y Comercial de la Nación que *“la afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble se encuentra en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente”*.

Notamos en primer lugar alguna falla de rigor científico en la letra de la norma que puede llevarnos a confusión, en tanto refiere en primer término al titular registral y luego a los condóminos, para culminar hablando de los cotitulares registrales. Esta deficiencia entonces se manifiesta en el uso de vocablos registrales por un lado y la referencia a derechos por el otro.

Sin perjuicio de aquello, señala el artículo que los cotitulares en forma conjunta deben solicitar la afectación en caso de encontrarse el objeto en condominio, dejando clara la forma de afectación en su faz de proporcionalidad como de temporalidad²³⁵.

Asimismo, se elimina aquella exigencia que traía consigo el régimen de bien de familia por medio de la cual los condóminos debían acreditar parentesco entre ellos y según el orden establecido en la normativa²³⁶.

Creemos que la referencia legal al derecho real de condominio no debe dejar de lado la posibilidad de afectación por parte de otros cotitulares de derechos reales que admiten la comunión.

Lo mismo debiéramos sostener en caso de otros derechos que no importen tal comunión. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 celebradas en Bahía Blanca, se ha resuelto en forma unánime que el usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los artículos 244 y siguientes del Código Civil y Comercial, en tanto concurren los requisitos exigidos por aquellas normas, y con una duración que encontrará su límite en la existencia del usufructo, a menos que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario.

²³⁵ FUSTER, Gabriel A., “La vivienda en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. Entre la “torre de Babel” y “el test de claridad de la norma””, *La Ley Online*.

²³⁶ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 65.; FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 819.

Con ello no se propone la afectación en conjunto del nudo propietario con el usufructuario, sumado a una declaración por la que se manifieste que todos ellos conviven y designándose todos ellos beneficiarios, sino tan sólo exigir aquellos recaudos exclusivamente en cabeza del usufructuario, sin necesidad de establecer como beneficiario al nudo propietario ni requerir de este ninguna característica en particular²³⁷.

Se sostuvo que la inclusión del vocablo “titular registral” es lo suficientemente genérico y amplio para comprender tanto el derecho real de dominio y condominio, como así también todo derecho real que se ejerce por la posesión y que recae sobre inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda y que se encuentran expuestos a la agresión de los acreedores²³⁸.

Esta conclusión nos permite inferir que no sólo el titular de dominio o condominio está legitimado a solicitar la afectación del bien al régimen²³⁹, y que además puede resultar aceptable la afectación al régimen por parte de usuarios, habitantes, titulares del derecho real de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios en sentido estricto, propietarios superficiarios e incluso acreedores anticresistas²⁴⁰.

En materia registral, el artículo 5° de la Disposición Técnico Registral 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal ha resuelto que en caso de que sea el usufructuario quien ruegue la inscripción, deberá hacerlo conjuntamente con el nudo propietario.

Más confusa resulta la Disposición Técnico Registral 10/2016, en tanto hace referencia al titular de dominio, condominio o nudo propietario, y afirmando finalmente que en caso de dominio desmembrado, el usufructuario deberá dar su consentimiento, no previendo nada específicamente sobre la posibilidad del usufructuario como afectante.

Desde ya debemos descartar la posibilidad de constitución por parte de una persona jurídica, cuestión que había sido propuesta bajo la vigencia del régimen de bien de familia²⁴¹, pero que deviene imposible frente al deber de habitación instaurado en el ordenamiento vigente.

²³⁷ URBANEJA, Marcelo E., “Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica”, *El Derecho*, [275] - (04/12/2017, n° 14.321).

²³⁸ COSSARI, Leandro R.N., “La facultad jurídica del usufructuario de afectarlo al régimen de vivienda”, ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015.

²³⁹ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 819.

²⁴⁰ ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p.1001.

²⁴¹ ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, *La Ley*, 2010-F, p. 1144.

Se ha planteado también la posibilidad de que se permita la protección de la vivienda de quien no ha adquirido un derecho real sobre la cosa, en tanto podría ocurrir que una persona tenga título suficiente e inscripción registral y no se haya hecho aún tradición de la cosa²⁴², lo que puede ocurrir conforme nuestro sistema registral vigente.

Creemos que la situación podría presentarse pero encontraría un fuerte valladar en el requisito de acreditación de habitación efectiva por parte de uno de los beneficiarios, en los términos del artículo 247 del Código Civil y Comercial, lo que debe ser acreditado en forma efectiva e incluso en carácter de declaración jurada, conforme las disposiciones registrales locales.

4.2. Beneficiarios

Señala el artículo 246 del ordenamiento civil y comercial que podrán ser beneficiarios de la afectación el propio constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes, y en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado que convivan con el constituyente.

La norma resulta similar a lo que se preveía por el artículo 36 de la ley 14.394, mas con algunas modificaciones que merecen su atención y que se condicen con lo que se venía solicitando por la doctrina imperante en la materia.

Al igual que lo que ocurría con aquel antecedente, los beneficiarios parecieran dividirse en dos grandes grupos. En el primero, encontramos al propio constituyente – quien como sabemos puede ahora ser el único beneficiario -, su cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes, sin limitación de grados.

Se incluye en esta primera clasificación al conviviente, en una idea en un todo coherente con la protección que se le ha brindado a aquel a lo largo de todo el ordenamiento, y que comenzaba a tomar fuerza aún antes de la reforma.

Una interesante cuestión se plantea en relación al derecho transitorio en cuanto al régimen de bien de familia y de vivienda al que referimos, debiéndonos preguntar qué ocurre en caso de que una persona que hubiera afectado un bien al régimen de bien familia pretendiese ahora designar como beneficiario a su conviviente.-

Esta situación, que podrá ser habitual en los tiempos que vivimos ha dado lugar a que se sostenga la admisibilidad de la petición por la aplicación inmediata del Código Civil y

²⁴² PEREZ PEJICIC, Gonzalo, en CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián –HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, V.I, p. 417.

Comercial, encontrando la justificación en cuanto el nuevo hecho o la nueva situación jurídica es modificatoria de la situación originaria y, como tal, correspondería se rija por la nueva normativa²⁴³.

Desde ya creemos que la unión convivencial debe estar inscripta, en tanto aquello importa brindar seguridad a terceros y en el tráfico negocial. No debemos perder de vista que la idea de la inscripción de la unión aparece reflejada en el régimen de vivienda en el artículo 250 del Código Civil y Comercial al hacer referencia a la transmisión del bien, y lo mismo ocurre en materia de vivienda familiar, conforme artículo 522 de dicho ordenamiento, para hacer efectiva la garantía de la inejecutabilidad, lo que podría ser un argumento sólido para que tal requisito sea aplicable al caso del régimen de vivienda²⁴⁴.

Respecto a los descendientes, de la norma parece desprenderse que refiere a los del propietario constituyente y no así a los del cónyuge o conviviente, reflatando una discusión que se había presentado en el régimen de bien de familia y que había dado lugar a posturas contrapuestas²⁴⁵.

Estas disquisiciones se han reflatado basadas en el espíritu que anima este ordenamiento, y puntualmente en las reglas previstas en los artículos 672 a 676 del Código Civil y Comercial. Así, se propuso una interpretación amplia, sosteniendo que debieran quedar incluidos dentro de los beneficiarios los descendientes del cónyuge y del conviviente²⁴⁶.

Advertimos que no tenemos la misma seguridad, y que la redacción del artículo 246 del Código Civil y Comercial puede prestar a confusiones. Ciertamente es que el ordenamiento ha tratado el tema del progenitor afín, pero le ha brindado una obligación alimentaria subsidiaria (arg. Art. 676 CCyCN), lo que podría llevar a que se replantease el verdadero alcance que se le ha querido dar a los beneficiarios.

En un segundo grupo encontramos a los parientes colaterales hasta el tercer grado del constituyente, mas con dos limitaciones que no aplican a los del primer conjunto, en tanto se

²⁴³ ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia de las situaciones jurídicas en curso”, *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.

²⁴⁴ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 70.

²⁴⁵ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 553.

²⁴⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, Tomo I, p. 409; FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 825; ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, V.2, p. 90.

requiere para que puedan ser beneficiarios que lo sean en defecto de aquellos, y que convivan con el constituyente.

A su vez, se ha eliminado el requisito de la consanguinidad de estos colaterales que traía consigo el derogado régimen del bien de familia, lo lleva a pensar que se encuentran incluidos los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad²⁴⁷.

4.3. La mutación del paradigma

Comenzamos a observar en este punto uno de los acontecimientos entendemos sirve para fundamentar nuestro ensayo y comenzar a justificar por qué no estamos de acuerdo con quienes sostienen que el régimen de vivienda viene a sustituir o reemplazar al derogado bien de familia.

En efecto, la ley 14.394, en lo referido a este instituto hacía hincapié en numerosas oportunidades de la protección que se le brindaba a la familia del constituyente. Compartíamos sin vacilar aquella afirmación que se realizaba al analizar la figura derogada que su verdadera razón de ser era la protección del patrimonio familiar con fines alimentarios²⁴⁸, por cuanto es el sustento de la familia lo que se perseguía con la protección, siendo la vivienda uno de los elementos propios de aquella noción.

El régimen de vivienda viene a alterar aquel paradigma en tanto no resulta condición de validez la existencia de una familia por parte del constituyente, quien puede afectar un bien independientemente de su condición familiar²⁴⁹.

Compartimos que el cambio es notable y radica en la protección de la vivienda como un derecho ya no de índole exclusivamente familiar sino de la persona humana, en igual relación con el derecho de propiedad privada²⁵⁰.

No es menos cierto que el Código Civil y Comercial ha ampliado el listado de beneficiarios y ha incluido dentro la nómina al conviviente, lo que podría llevar a pensar que ha comprendido la realidad familiar moderna, y aquello resulta loable. Mas la posibilidad de que el constituyente afecte el bien a este régimen independientemente de la presencia o no de otros beneficiarios hace que la finalidad del instituto se vea trastocada. Máxime si aquello se relaciona

²⁴⁷ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 243; FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 825.

²⁴⁸ ALTERINI, Jorge H., op cit., n° 1012 bis, pp. 84 y ss.

²⁴⁹ Lo mismo que ocurría en los fundamentos del Proyecto de 1998, ver *Antecedentes Parlamentarios, Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 21.

²⁵⁰ CAO, Christian A., “¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial?”, comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pastrana Gómez, Gustavo E. s/ quiebra”, 1992-03-31, *RCCyC* 2015 (agosto), 17/08/2015, 297; FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., “La protección de la vivienda en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2013-A,658.

con la inclusión del sistema de subrogación real, con su actual redacción, y el tratamiento que se otorga al régimen de frutos.

El paradigma ha mutado, y lo que se logra con este régimen es la protección del patrimonio de la persona humana con fines alimentarios.

5.- Vías para la afectación

5.1. Por acta registral

Una primera posibilidad será la presentación espontánea por parte del titular registral ante el Registro de la Propiedad correspondiente a efectos de rogar su inscripción. Así, en el marco de la Provincia de Buenos Aires, la Disposición Técnico Registral 10/2016 establece que la afectación puede efectivizarse mediante acta administrativa (art. 1), en tanto se cumplan los recaudos previstos en el artículo 20, y lo mismo ocurre en el ámbito de la Capital Federal con la Disposición Técnico Registral 4/2016 (art. 1).

5.2. Por escritura pública

Similar solución nos brindan las mentadas disposiciones de los Registros respecto a la constitución mediante escritura pública, avalado aquello por las previsiones normativas de la ley 17.801, en tanto la afectación al régimen de vivienda importan una modificación en el derecho real inmobiliario, y aquellas mutaciones deben realizarse mediante escritura pública (arg. Art.3).

5.3. Por testamento

En forma expresa dispone el artículo 245 del Código Civil y Comercial que la afectación puede disponerse por actos de última voluntad. En tal caso el juez deberá ordenar la inscripción a pedido de cualquier de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

5.4. Por instrumento judicial

Señala la parte final del artículo 245 que la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Esta alternativa propiciada por el ordenamiento permite que la afectación pueda darse a pedido del ex cónyuge o conviviente no titulares en el juicio de divorcio o donde se diriman las cuestiones atinentes al cese de la convivencia, por lo que se puede argüir que la afectación no

solamente puede estar en cabeza del titular registral²⁵¹.

6.- Carácter de la registración

Dispone el artículo 244 del Código Civil y Comercial que la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las leyes locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

La norma no es clara en su redacción y revive una discusión que ya era mantenida bajo la vigencia del régimen de bien de familia respecto al carácter de la registración, lo que resulta sumamente importante en tanto la oponibilidad de una situación jurídica se encuentra atada al conocimiento de la misma por parte de la comunidad²⁵².

Nuevamente nos encontramos con posturas que sostienen la implementación de un sistema constitutivo por parte del Código Civil y Comercial²⁵³, pese a la claridad de la ley 17.801 al respecto.

Desde ya que los defensores de la tesis que recepta el cariz declarativo de la inscripción mantienen sus argumentos, en tanto no ha variado la situación de hecho, lo que importa hacer aplicables los efectos retroactivos de la registración en el caso de la vía de la escritura²⁵⁴.

Así, la constitución e inscripción podrán verse reunidos en un solo acto cuando se realice mediante acta administrativa, mientras que si lo hace por escritura pública, los efectos de la retroprioridad otorgada por el certificado notarial bloqueante aparecen manifiestos²⁵⁵.

7.- Habitación efectiva

Establece el artículo 247 del Código Civil y Comercial que cuando la afectación la solicitase el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble, bastando que uno de ellos permanezca en él para que los efectos subsistan.

A diferencia de lo que ocurría en el régimen de bien de familia, aquí no se prevé excepción alguna que pueda ser acordada con la autoridad de aplicación, y aquello es acorde

²⁵¹ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 819.

²⁵² MOISSET DE SPANES, Luis, "Bien de familia. Publicidad y oponibilidad", *LLC*, 2000-891.

²⁵³ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 817.

²⁵⁴ TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, Tomo II, p. 80; MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, Tomo I, pp. 409-410; KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, Tomo I, p. 401; FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., "La protección de la vivienda en el Proyecto de Código", *La Ley*, 2013-A,658; MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, "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, año VI, n° 10, p. 65.

²⁵⁵ FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 154.

con la finalidad del instituto.

Esta norma no hace más que reafirmar aquello que sostuvimos con anterioridad, instituyendo que la muerte del constituyente no configura una causal de desafectación²⁵⁶.

No debemos perder de vista que para el caso en que los beneficiarios integren aquel segundo grupo al que hacíamos referencia, estos deben convivir con el constituyente, no debiendo confundir el deber de convivencia y de habitación efectiva.

8.- Efectos

8.1. Respecto del constituyente

Una primera aclaración que deviene necesario realizar, aunque pueda resultar sumamente obvia, es que el constituyente del inmueble afectado no pierde por ello su dominio, ni los beneficiarios se convierten por la afectación en condóminos de aquél²⁵⁷.

El inmueble afectado al régimen de vivienda no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, situación que era contemplada en el artículo 37 de la ley 14.394, con la salvedad que en el régimen vigente se establece como excepción el caso en que aquello favorezca a los beneficiarios de la afectación, en tanto el bien se mantendría dentro su ámbito²⁵⁸.

Se estipula asimismo una prohibición de transmitir o gravar el inmueble en tanto no se cuente con el asentimiento del cónyuge o conviviente, según el caso, entendiendo que no importan las características de la transmisión mientras que implique por parte del titular un desprendimiento del inmueble. Para el caso en que aquellos se opongan, o falten, o sean incapaces o con capacidad restringida, será el juez quien deberá autorizar tal acto.

Se expresa claramente que el asentimiento deberá ser prestado por el conviviente o cónyuge, no pudiendo hacerse extensivo el mismo a los restantes beneficiarios, o bien pretender estos que sea requerida su conformidad²⁵⁹.

Aquella limitación se entiende no alcanza a los actos de disposición sobre los frutos que pueda llegar a generar el inmueble, en tanto aquellos encontrarán en el constituyente plena disponibilidad. Lo mismo ocurre frente a los actos de administración, que no le están vedados

²⁵⁶ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 827.

²⁵⁷ ABELLA, Adriana N., "Algunas reflexiones sobre el bien de familia", *Revista del Notariado* 825, 01/01/91, 601; FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 834; CNCiv, Sala B, 24/10/1985, LL, 1986-B-326.

²⁵⁸ TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, Tomo I, p. 120.

²⁵⁹ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por Augusto C. Belluscio, Tomo VII, p. 305.

al titular en tanto no amenazan el fin perseguido por la norma²⁶⁰.

8.2. Respeto de los beneficiarios

Los beneficiarios tendrán derecho a servirse del bien en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia con el afectante y demás beneficiarios, pudiendo habitar el inmueble y gozar de los frutos que pudiere dar²⁶¹.

Además, contarán con la facultad de reclamar que se hagan efectivas las prohibiciones que alcanzan al constituyente y a los acreedores, a saber la indisponibilidad a la que referimos anteriormente y la inejecutabilidad por parte de los acreedores, sumado a la posibilidad de esgrimir la inembargabilidad e inejecutabilidad de los frutos en tanto resulten indispensables para satisfacer sus necesidades²⁶².

Por otro lado se los exime del pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes siempre que no se desafecte el inmueble en los cinco años posteriores a la transmisión. Esta idea ya era receptada en el régimen de bien de familia, y había suscitado alguna cuestión relativa a su constitucionalidad en tanto la cuestión impositiva es materia de las provincias no delegada a la Nación, aunque nuestro Máximo Tribunal ha justificado su constitucionalidad a partir de la supremacía de las normas constitucionales y leyes dictadas por el Congreso de la Nación²⁶³.

Creemos que el beneficiario podrá renunciar a su condición, mas no en forma anticipada, en tanto una prohibición en tal sentido importaría coartar su libertad de no aceptar la designación efectuada por el constituyente²⁶⁴.

8.3. Respeto a los acreedores

a) Naturaleza y temporalidad de los créditos

Los efectos que produce la afectación del bien al régimen de vivienda los encontramos regulados en el artículo 249 del Código Civil y Comercial de la Nación. Así, se establece como principio general que la afectación será inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación, y que la vivienda afectada no será susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción.

²⁶⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 327.

²⁶¹ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, Tomo I, p. 408.

²⁶² ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I, p.1020.

²⁶³ CSJN, "C.A. de Alzaga y otros c/Provincia de Buenos Aires", JA, 66-724; Fallos: 10:380.

²⁶⁴ FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 118; en contra, GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo I, p. 178.

A fin de determinar la temporalidad de la deuda, se ha sostenido que lo relevante resulta ser el momento en que ha tenido lugar el hecho generador, la fecha en que se constituyó o nació la obligación y no la de su vencimiento²⁶⁵.

Sin embargo, el mismo artículo trae consigo causales de excepción a este principio de oponibilidad, algunas de las cuales no se encontraban previstas en el artículo 38 de la ley 14.394 y eran reclamadas fervientemente por la doctrina, a saber el tema de las expensas comunes y las obligaciones alimentarias.

Respecto a las expensas comunes, deviene lógica la excepción consagrada en tanto la afectación no podía perjudicar a un régimen que sobrevive con el pago puntual de las mismas²⁶⁶, sumado a que la obligación de abonarlas surge del mismo ordenamiento civil y comercial de la Nación así como del Reglamento de Copropiedad, lo que importaría sostener que son de causa anterior a la afectación²⁶⁷.

Algo similar ocurre respecto de las obligaciones provenientes de impuestos, tasas y contribuciones, que ya se encontraban previstas en el régimen de bien de familia, y que encuentran su justificación en tanto lo contrario importaría que quien adquiriera un inmueble no abone estos impuestos o tasas – lo mismo las expensas – y el Estado en este caso se vea privado de la posibilidad de cobrarse el crédito, perjudicándose así la comunidad toda²⁶⁸.

Respecto a los créditos alimentarios, se ha alegado que la inmunidad patrimonial no es consistente si se le confiere a quien no cumple con sus obligaciones esenciales²⁶⁹, justificándose en tanto el derecho alimentario abarca necesidades primarias, entre las que se encuentra la vivienda, la que se protegería en desmedro de las otras²⁷⁰.

Fuera de estos casos particulares, se mantienen la excepciones respecto a los créditos por mejoras o construcciones realizadas sobre el inmueble – lo que supone alentar aquello y valorizar el bien -, y las relativas a las obligaciones con garantía real, en tanto las mismas se hubieren constituido de acuerdo a las previsiones contenidas en el artículo 250 del Código Civil

²⁶⁵ CNCCom, Sala B, 21/10/81, ED, 130-330; CNCiv., Sala A, 11/05/04, DJ, 2004-2-733; CNCiv., Sala G, 07/07/98, La Ley, 1999-C,38.

²⁶⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos”, *La Ley Online*.

²⁶⁷ VILLANUSTRE, Cecilia A., “El crédito por expensas comunes frente al bien de familia. Su oponibilidad”, *LL*, 1996-D-54; KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 246.

²⁶⁸ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 325.

²⁶⁹ CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala II, 23/09/08, “Hernández, Mirta G., c/Nevyl, Héctor E.”, *LLBA*, 2008 (nov), p. 1143.

²⁷⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 325.

y Comercial.

Nada se ha resuelto respecto al tema de los honorarios profesionales, que ya eran objeto de discusión en el régimen derogado, principalmente en cuanto a su origen. Así, se encontraban quienes sostenían que nacían con el inicio del pleito, y otros que entendían los mismos se originaban en la sentencia que tenía naturaleza constitutiva. El silencio reaviva esta disquisición, pudiendo agregar que al revestir los mismos un cariz alimentario, quizás hubiera sido prudente una aclaración al menos al respecto, y desde ya aclarando que no quedarían incluidos dentro de las previsiones del inciso d) del artículo 249, no siendo los profesionales acreedores de estos emolumentos legitimados al efecto.

b) La inoponibilidad respecto de los sujetos.

Aclara el artículo 249 del Código Civil y Comercial que la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a la afectación. Estos acreedores – así como los exceptuados específicamente por la norma – tienen derecho a embargar y ejecutar el inmueble afectado y cobrarse de su producido.

Señala este artículo que, por el contrario, los acreedores que no tengan derecho a requerir la ejecución, no podrán ver satisfechos sus créditos sobre ese inmueble, ni sobre los importes que la sustituyan –cualquiera sea la causa -, como corolario del principio de subrogación real que rige en este instituto.

Lo mismo ocurre en caso de que exista un remanente cuando el bien fuere subastado, pues siendo así, el mismo se entrega al propietario del bien y no puede ser atacado por aquellos acreedores.

En caso de que se decrete el concurso o quiebra del constituyente, el ordenamiento brinda una respuesta categórica y sostiene que la imposibilidad de ejecución subsiste incluso en este caso, siendo solamente los acreedores a los que referimos anteriormente quienes pueden solicitar la ejecución del bien²⁷¹.

9.- Desafectación

El artículo 255 del ordenamiento sustancial enuncia las causales de desafectación y cancelación de la registración, las que podrán agruparse para su mejor comprensión en causales voluntarias y forzosa.

Se trata de una enumeración taxativa en tanto el bien vuelve a integrar la garantía común

²⁷¹ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 1021.

de los acreedores, aunque se deja a mano cierta flexibilidad de acuerdo a la amplitud que permite el inciso d)²⁷², y hacen cesar los efectos de la inscripción frente a todos los sujetos, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de inoponibilidad, por lo que todos los acreedores anteriores y posteriores podrán agredir el bien²⁷³.

9.1. Causales voluntarias

a) A solicitud del constituyente

El constituyente que voluntariamente ha afectado el bien al régimen de vivienda puede por tanto solicitar su desafectación, aunque deberá contar con el asentimiento por parte de su cónyuge o conviviente a fin de preservar a aquellos beneficiarios de las actividades del constituyente que puedan perjudicar el interés familiar²⁷⁴.

En caso de que el cónyuge o conviviente faltare, fuere incapaz o con capacidad restringida, la cuestión será dirimida judicialmente. Lo mismo ocurre si aquellos se niegan a la desafectación, cuestión que no tenía respuesta legal en el régimen derogado, y que el ordenamiento viene a solucionar a fin de evitar dilaciones al respecto.

b) A solicitud de la mayoría de los herederos

Esta situación se presenta ante el caso en que la constitución haya sido dispuesta por acto de última voluntad, caso en el cual la mayoría de los herederos podrán solicitar la desafectación. Mas esta posibilidad encuentra dos límites muy claros, cuales son la oposición del cónyuge o conviviente supérstite y la ausencia de sujetos incapaces o con capacidad restringida.

En caso de presentarse alguna de estas situaciones, será la autoridad judicial quien deberá resolver aquella disconformidad, y ya no la autoridad de aplicación, como bregaba el régimen de bien de familia para estos casos.

c) A requerimiento de la mayoría de los condóminos

El ordenamiento aclara en este punto que la mayoría será tomada en mérito a las proporciones que cada condómino tenga respecto de sus partes indivisas o alícuotas, y la opción adoptada se aparta de las reglas generales en materia de disposición en el condominio contenidas en el artículo 1990, que prevén la unanimidad para aquellos casos.

²⁷² MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 80; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 255.

²⁷³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”, en *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio Cesar Rivera*, La Ley, 2010, p. 243.

²⁷⁴ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014, Tomo I, p. 850.

Juegan en este caso idénticos límites a los que fueran expuestos en el apartado anterior para el caso de la solicitud de los herederos, y será en tal caso el juez quien nuevamente estará encargado de resolver los planteos que puedan suscitarse.

9.2. Causales forzosas

a) A instancia de cualquier interesado o de oficio

El inciso d) del artículo 255 del Código Civil y Comercial establece una causal forzosa sumamente amplia, tanto en su faz subjetiva como objetiva. En efecto, establece que a instancia de cualquier interesado o aún de oficio puede ser desafectado el bien si no se cumplen los recaudos previstos en el capítulo, o si fallece el constituyente y todos los herederos.

La amplitud denunciada la encontramos no sólo en cuanto a la legitimación activa, en tanto se hace referencia a cualquier interesado sin que al menos se especifique tangencialmente quienes podrían quedar incluidos dentro de la nómina, sino también en cuanto a las causales que pueden presentarse, en tanto quedarían incluidas dentro de este inciso las situaciones en donde cesa el deber de habitación, o donde los colaterales no conviven más con el constituyente, o incluso situaciones donde podría presentarse un ejercicio abusivo del derecho, principalmente en cuanto al valor del bien afectado frente a la posibilidad de afectación parcial²⁷⁵.

b) En los casos de expropiación, reivindicación o ejecución

Se trata de causales forzosas por medio de las cuales procede la desafectación incluso contra la voluntad del constituyente, en tanto se cumpla con las respectivas normativas particulares al respecto en cada caso particular, y pudiendo presentarse otras situaciones similares que podrían quedar encuadradas dentro de esta causal y que no han sido enumeradas, como el caso de la usucapión por un tercero, en cuanto ello coartaría el deber de habitación efectivo²⁷⁶.

²⁷⁵ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 81.

²⁷⁶ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo I, p. 575.

LA FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE VIVIENDA.

1.- La verdadera finalidad del régimen.

Habiendo analizado en forma pormenorizada el régimen que instaura el ordenamiento civil y comercial y concluyendo que el fundamento del mismo se encuentra en la dignidad de la persona humana, resta ahora desentrañar el otro interrogante propuesto al iniciar este ensayo: cuál es la verdadera finalidad de este instituto.

Refrendamos nuestra idea de que la finalidad es distinta a la del derecho humano a la vivienda, con raigambre constitucional y que desde ya riega al régimen del Código Civil y Comercial, pero entendiendo que no se puede confundir con la sacralidad de ese derecho en tanto el sistema del ordenamiento de fondo no garantiza el acceso a la vivienda, sino que se tutela a la vivienda a la que ya se ha accedido²⁷⁷.

En cuanto al derecho constitucional se refiere, importa para el Estado la asunción de un rol activo en pos de garantizar el cumplimiento de tal prerrogativa a toda persona que habite el suelo de nuestro país, situación distinta a la postura que asume frente a la instauración de un régimen que, como tantos otros, aportan su grano de arena en pos de proteger tal derecho fundamental, independientemente de la actuación estatal.

Tampoco creemos que el régimen de vivienda instaurado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial importe lisa y llanamente la sustitución, reemplazo o actualización del derogado instituto de bien de familia.

Y esto por cuanto hemos concluido oportunamente que la finalidad de aquel instituto derogado resultaba ser la protección del patrimonio familiar con fines alimentarios²⁷⁸.

Bastará entonces con echar un vistazo a lo que expusiéramos al analizar el régimen, sumado a las previsiones que se analizarán en torno al régimen de subrogación y el tratamiento que el ordenamiento realiza respecto a los frutos para concluir que no se apunta a la familia con esta instituto protectorio, sino más bien a la centralidad de la persona humana, a su sustento particular.

²⁷⁷ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I, p. 992; CAO, Christian Alberto, ¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial, Comentario al Fallo CSJN “Pastrana Gómez, Gustavo E. s/ quiebra”, 992-03-31; *RCCyC* 2015 (agosto) 297.

²⁷⁸ ALTERINI, Jorge H., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010, Tomo III, n° 1012 bis, p. 84.

La verdadera finalidad del régimen establecido por el Código Civil y Comercial será la “protección del patrimonio de la persona humana con fines alimentarios”.

Y la verdadera justificación la encontraremos en los párrafos que continúan y en dos figuras centrales que sirven para basamentar nuestra idea: el tratamiento que el ordenamiento realiza respecto a la subrogación real y al régimen de los frutos.-

2.- Subrogación real

La subrogación real supone una modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica mediante el cual, cuando el objeto ocupa en dicha relación el lugar que ocupaba otro, lo hace bajo las mismas condiciones e idéntica afectación²⁷⁹.

La figura de la subrogación real se encuentra receptada en el ordenamiento civil y comercial vigente en el régimen patrimonial del matrimonio (arts. 464 y 465), en los contratos de comodato (Art. 1541) y de fideicomiso (art. 1684), en materia de garantías reales (art. 2194) y en relación a los privilegios (arts. 2573 y 2584).

A su vez, la subrogación real está prevista en forma expresa en el régimen de vivienda, señalando el artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación que “*La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes, que la sustituyen en concepto de indemnización o precio*”.

La inclusión expresa de este instituto en la estructura de la vivienda conlleva un giro copernicano en la concepción del derecho en juego, que muta así de un enfoque objetivo – que prioriza el bien sobre el que se lo ejercita o predica – a uno subjetivo, que permite o tolera su supervivencia más allá de la fluctuación del o los elementos materiales sobre los cuales se ejerce²⁸⁰.

A su vez, se ha sostenido que la consagración de este principio importaría aplicar en forma oblicua el derecho a la autodeterminación que debe reconocérsele al individuo, que comprende lo relativo a sus decisiones de vida, y dentro de éstas el lugar donde decide asentar su hogar²⁸¹.

²⁷⁹ GUASTAVINO, Elias P., “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”, *JA*, 1997-III-86; Amestoy, Paola, “Bien de familia y subrogación real. necesidad de una reforma legislativa”, *El Derecho Familia* 13/-17 [2010].

²⁸⁰ SAUX, Edgardo I., *La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p.67.

²⁸¹ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 72.

2.1.La cuestión en la ley 14.394

La ley 14.394 no contenía una norma expresa que consagrara la subrogación real y lisa y llanamente establecía la desafectación del inmueble afectado en caso de expropiación, reivindicación o venta judicial (art. 50 inc e).

Esta ausencia importaba, en principio, negar cualquier posibilidad de alegación al respecto y, menos aún, de aplicación²⁸². Sin embargo esta imposibilidad de continuar la afectación originaria trasladándola a otro inmueble o al producido de la venta, indemnización o precio comenzaba a morigerarse en forma pretoriana, principalmente a partir de los precedentes comerciales que aplicaban las opiniones doctrinarias que de *lege ferenda* empezaban a ahondar sobre la necesidad de una reforma²⁸³.

La jurisprudencia imperante, sin embargo, continuaba desconociendo la idea de la subrogación real en estos casos, con un claro fundamento basado en la ausencia de previsión expresa del instituto dentro de la ley 14.394, alegando que ésta se trataba de una ley de excepción y por ende de interpretación restrictiva.

A su vez, se entendía que por el mismo carácter constitutivo de la inscripción (arg. art. 35, ley 14.394) –para quienes así lo entendían - se encontraba totalmente vedada la posibilidad de trasladar la protección que da la institución de un inmueble a otro²⁸⁴.

Mas como sostuviéramos, aquella rígida postura comenzaba a morigerarse, planteándose -ante el silencio de la ley- la posibilidad de la admisión de la subrogación real de un inmueble por otro, es decir la de transmitir el antiguo bien de familia de una propiedad a otra, respetando retroactivamente la fecha original del primero. Así, el bien subrogado recibía el mismo trato que tenía el anterior bien, por lo que era objeto sobre el cual se aplicaba el privilegio o derecho persecutorio del acreedor, o la ventaja de inembargabilidad del deudor²⁸⁵.

Algunos autores, por su parte, si bien concordaban en la necesidad de una reforma legislativa, entendían que la subrogación quizá podría fundarse en lo que, en materia de sociedad

²⁸² MARIANI de VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 2, p. 83, Ed. Zavalía, 1993. Basándose la destacada autora en la falta de previsión expresa de la subrogación legal, implícitamente niega a este instituto el carácter de principio general

²⁸³ BORDA, Alejandro, "La sustitución de un bien de familia (Necesidad de una reforma legislativa)", *LL*, 1991-E-387, comentando un caso resuelto por la sala L de la Cámara Civil de la Capital.-Guastavino, Elías P., *Bien de Familia*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985, Tomo II, n° 478, p. 253.

²⁸⁴ CNCiv., sala L, 21/5/1992, La Ley, 1992-E,386 y sigtes.; CNCiv., sala C, LA LEY, 1992-E, 388 CNCCom., sala II, 9/11/93; CCivil y Com. Concordia, 9/11/93 citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, " Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", p. 77.

²⁸⁵ BONANNI, Mariano A., "Subrogación real del bien de familia", *LA LEY*2001-B, 1154, AR/DOC/4756/2001.

conyugal, disponía el art. 1266 del ordenamiento velezano, aunque admitiendo las dudas que la aplicación analógica propuesta implicaba²⁸⁶.

El paso del tiempo hizo que aquella tendencia negativa fuera revirtiéndose y comenzaron a aflorar pronunciamientos judiciales que admitían la subrogación real pese a no estar dispuesta por la ley 14.394, fundamentando su decisión en aquel criterio doctrinario que sostenía que la subrogación se trataba de un principio general²⁸⁷, pese a que no era una idea unánimemente aceptada²⁸⁸.

Uno de los casos testigo y que ha sido constantemente expuesto como paradigma de este viraje ha sido dictado por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro, con voto preopinante de la doctora Graciela Medina, por medio del cual se determinaba que la sindicatura debía proceder a la venta de un inmueble y al pago de los acreedores a quien el bien de familia les era inoponible, decidiéndose asimismo que la inscripción del bien que sustituyera al actual tendría efecto retroactivo a la fecha de constitución del primero²⁸⁹.

Lo cierto era que un criterio razonable aconsejaba superar aquella omisión legal y mediante una reforma prever expresamente la sustitución, fijando claramente los requisitos y límites dentro de los cuales resultaría admisible, con el fin de no lesionar el derecho de los acreedores²⁹⁰.

2.2.La situación en el derecho comparado

El caso testigo y paradigmático en materia de subrogación real lo encontramos en el derecho uruguayo, en la ley 15.597 el 19 de julio de 1984. La citada normativa establece en su artículo décimo la posibilidad de enajenar el bien afectado con consentimiento del cónyuge y venia judicial, a los efectos de proceder con el precio obtenido en la venta, a la adquisición de otro inmueble con igual destino y calidad. El precio de la venta es inembargable.

A fin de poder controlar el destino que se asigne al precio obtenido, se dispone el depósito del mismo convertido en Unidades Reajustables, a la orden del Juzgado en el Banco

²⁸⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, § 10, p. 78.

²⁸⁷ SAUX, Edgardo I., *La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013; Sala I CCyC San Isidro – JA, 1997-III-796); Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, § 10, p. 78; GUASTAVINO, Elias P., “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”, JA, 1997-III-86.

²⁸⁸ CNApCiv, Sala L, “Anda, Blanca de las Nieves” 21/05/1992.

²⁸⁹ En autos:” Kipperband, J. c. Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, causa 69093 del 3/2/97 (LLBA, 1997-530).

²⁹⁰ Ponencia presentada por DIANA L. BRUSTIA Y Adriana KRASNOW en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005.

Hipotecario del Uruguay hasta la adquisición del bien que ha de sustituir al enajenado, aplicando igual solución en caso de siniestro o expropiación.

Asimismo, se estatuye la posibilidad de permutar el inmueble por otro con idéntico destino previa venia judicial fundada en la necesidad o conveniencia de la permuta.

La ley 1024 de la Republica Dominicana establece en su artículo 15 que la sustitución voluntaria de un bien de familia por otro, se hará por medio de una petición al tribunal de Primera Instancia en donde radique el inmueble que se ha de sustituir, o por declaración ante notario, manteniendo la afectación del primero hasta que la del segundo fuere definitiva.

En relación a los casos de destrucción parcial o total del bien, la indemnización deberá ser depositada en la Colecturía de Rentas Internas para quedar afectadas a la reconstrucción de este bien, durante un año contado al pago de la misma, estableciéndose entonces un sistema que prevé un límite temporal y objetivo respecto del régimen de subrogación.

Por su parte, el Código Civil Peruano estatuye en el inciso 4) del artículo 499 que el patrimonio familiar se extingue cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado, aclarando que el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar que será inembargable por el plazo de un año, y al vencimiento del plazo sin utilización por parte del dueño, se le reintegrará a aquel., aplicando las mismas reglas a los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

El régimen es análogo al establecido por el Código Civil del Distrito Federal de México, con la salvedad que el mentado reintegro, vencido el plazo, se realiza en partes iguales en cabeza de cada uno de los integrantes de la familia (arg. Art. 743).

El sistema panameño igualmente prevé la posibilidad de subrogación con obligación de depósito de las sumas por expropiación o destrucción en un banco con el fin de destinarlo a la adquisición de otro inmueble para construirlo sobre él, o a la ampliación del resto que ha quedado, para que prosiga el patrimonio anterior, en un plazo no menor a noventa días y bajo supervisión judicial, resultando aquellas sumas inembargables.

La situación es similar a lo estatuido por el artículo 851 del Código Civil ecuatoriano, quien también permite la subrogación real con la carga de depositar las indemnizaciones correspondientes en un banco oficial a fin de poder adquirir otro bien que gozará de los beneficios del anterior.

Por su parte, el régimen colombiano permite la subrogación pero bajo un estricto control por parte de la autoridad judicial en cuanto a la reinversión de las sumas y las medidas conservatorias a dictarse durante el transcurso de la adquisición, máxime si entre los beneficiarios hubiere menores.

Este breve panorama de lo que ocurre en los sistemas latinoamericanos nos da la pauta de la aceptación que ha tenido la idea de la subrogación real en materia de bien de familia o patrimonio familiar, mas estableciendo límites temporales – en algunos casos – y objetivos en cuanto al destino y control de los fondos, en pos de evitar desvirtuar la idea que se persigue con la consagración de este derecho.

3. La génesis de la incorporación del instituto de la subrogación real

3.1. La doctrina pretoriana y de los autores

La doctrina más calificada concordaba al señalar que la eficacia retroactiva de la calidad de inembargabilidad satisfacía a la necesidad o la costumbre de no permanecer siempre los individuos que componen la familia en el mismo lugar, esclavizándolos a residir indefinidamente en ese sitio, previendo así la movilidad de las familias donde quieran que vayan, pudiendo llevar con ellas el amparo legal de su morada²⁹¹.

Se planteaba un interesante argumento a favor de la inclusión del instituto en relación a las ventajas que aquel conllevaba. Así, se esgrimía que por principio la prohibición a la sustitución podría importar para el acreedor una situación de invariabilidad, encontrándose un valladar a su pretensión de cobro, en tanto el deudor no enajenaría el bien afectado para no perder la protección que el régimen brindaba.

La posibilidad de sustituir el bien afectado, por el contrario, podría importar un beneficio al acreedor, si es que el bien que se adquiriese fuera de menor valor que el que se enajenaba. En tal caso, la diferencia podía ser destinada a atender el crédito del acreedor. Si por contrario el nuevo bien hubiere sido más oneroso que el primitivo, aquel no podría superar los valores fijados para constituirlo como bien de familia. Caso contrario quedaría desafectado –siendo esta una de las causales de desafectación que estipulaba la ley 14.394 – y con ello habilitaría la posibilidad de ser atacado por el acreedor²⁹².

La permisión entonces de la sustitución del bien por otro de igual naturaleza con oponibilidad retroactiva a la fecha de constitución del primero no perjudicaba en nada los

²⁹¹ GUASTAVINO, Elías P, *Bien de familia*, p. 304.

²⁹² BORDA, Alejandro, "La sustitución de un bien de familia. Necesidad de una reforma", *La Ley*, 1992-E, 387.

derechos del acreedor, ya que para ellos la situación no varía en tanto a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo²⁹³, inclusive pudiendo beneficiarse con la sustitución pretendida.

3.2. El Proyecto de 1998

Estas ideas que comenzaron a aflorar tuvieron una primera aproximación de consagración legal en el Proyecto de Reforma de 1998, antecedente inmediato al Código Civil y Comercial vigente, que estatuyó en su artículo 238 – en relación al régimen de vivienda - que la afectación se transmitía a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización.

Si bien no caben dudas que la norma en cuestión resulta la base y antecedente inmediato del sistema establecido por el ordenamiento vigente en materia de subrogación real, no debemos pasar por alto que el sistema proyectado establecía en cabeza del titular un derecho de opción, en tanto la sustitución podía realizarse por otro inmueble de la misma naturaleza o bien sobre las sumas de dinero obtenidas en concepto de precio o indemnización.

El Código Civil y Comercial en cambio introdujo una sensible modificación en la redacción y eliminó la opción prevista en el régimen anterior, modificando la conjunción disyuntiva “o” por la conjunción propia “y”²⁹⁴, estableciendo en cabeza del titular la posibilidad de sustituir la afectación por otro bien y por sumas de dinero.

Si bien la diferencia podría parecer irrelevante, entendemos que llevará aparejada una serie de cuestiones que se suscitarán y que serán analizadas *infra*, principalmente en materia de ampliación.

4. La subrogación real en el régimen de vivienda

El Código Civil y Comercial estableció en forma expresa la posibilidad de subrogación real en el régimen de vivienda a partir de la letra del artículo 248, aceptando no sólo la posibilidad de transmisión de la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la primera sino también a los importes que la sustituyan en concepto de indemnización o precio.

Se ha sostenido que no debemos confundir la subrogación real de inmuebles frente al caso de subrogación en el régimen de vivienda, en tanto en el primer caso podemos observar una modificación objetiva de la relación jurídica en virtud de la cual, reunidos ciertos requisitos,

²⁹³ C. Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, "Botto, Dardo S. y otra", 15/10/2002, LLL 2003-115, con cita de sus precedentes que cuentan con nota desaprobatoria de Chiappini, Julio, "Subrogación del bien de familia con efectos retroactivos", JA 2003-IV-79.

²⁹⁴ CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián – HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, V.I, p. 417.

un inmueble ocupa en esa relación (patrimonial) el lugar que ocupaba otro inmueble, mientras que en la sustitución de vivienda, no necesariamente se transfiere un inmueble y otro ingresa al patrimonio de la persona, el patrimonio puede permanecer inmutable porque lo que se transfiere, lo que cambia, es únicamente el asiento de la vivienda, y lo que se protege no es el inmueble propiamente dicho sino la vivienda familiar al trasladarse la protección de ella con efecto retroactivo a la fecha de inscripción de la afectación inicial²⁹⁵.

Más aún, incluso se ha sostenido que técnicamente no estaríamos frente a un caso puntual de subrogación real, en tanto para que la misma opere ha menester la concurrencia de los siguientes presupuestos con relación a una determinada situación jurídica: a) sustitución objetiva; b) relación de causalidad entre el egreso y el ingreso de los objetos; y c) mantenimiento del sujeto²⁹⁶.

El precepto adoptado continua la línea demarcada por el Proyecto de 1998 mas ampliando el paragua protector, incluyendo la idea de la afectación del precio obtenido por la enajenación del bien, en consonancia con las previsiones del sistema uruguayo que, como se dijo, resultó paradigmático en este punto.

Si bien consideramos que esta consagración resulta loable y responde a las necesidades actuales, entendemos que se han dejado libradas a la interpretación judicial una serie de interrogantes y temas sin resolver que podrían haber sido contemplados al momento de ser legislada la norma, los que analizaremos someramente en los puntos posteriores en tanto un análisis pormenorizado exorbita el objeto de estudio propuesto en este ensayo.

4.1. Eliminación de topes temporales

El ordenamiento no establece un límite temporal al que se sujete o extienda la protección sobre las sumas de dinero obtenidas, ni la obligación de reinversión de las mismas con el fin de adquirir nueva vivienda²⁹⁷.

²⁹⁵ ZAVALA, Gastón A., “La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado”, *El Derecho*, [282] - (04/06/2019, n° 14.643)

²⁹⁶ ALTERINI, Ignacio E. – ALTERINI, Francisco J., “Alcances de la subrogación real del asiento del privilegio”, *RCCyC* 2019 (marzo), 04/03/19, 50.

²⁹⁷ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 72; FLAHL, Lily - AGUILAR, Rosana, *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo I, pp. 286/287; MAZZEI, Juana B., “Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución”, *ED* del 08/05/2017, p. 1.

Así, en caso de enajenarse el inmueble afectado y no adquirirse simultáneamente otro en su reemplazo, la protección subsistiría sobre el precio recibido hasta tanto el mismo fuere reinvertido en la adquisición de una vivienda²⁹⁸.

Estos topes temporales tampoco se encontraban previstos en el Proyecto de Unificación del año 1998, ni en el anteproyecto del Código Civil y Comercial vigente del año 2012, aunque se proponía doctrinariamente su modificación y la inclusión expresa de límites de tiempo para la reinversión²⁹⁹.

Concordamos que aquello podría importar una extensión injustificada de la tutela, modificando el panorama fáctico y jurídico a analizar y vaciando de contenido el propio derecho fundamental a la vivienda que se pretende proteger, privando a los acreedores de sus derechos cuando incluso el deudor podría haber solucionado su problema de vivienda mediante una locación o comodato³⁰⁰.

Resulta un claro apartamiento del sistema uruguayo y de la mayoría de los sistemas latinoamericanos analizados precedentemente. Lo mismo respecto de ciertos precedentes jurisprudenciales interesantes en la materia, por medio de los cuales se había resuelto la determinación de un plazo para que se presentara un informe ante el juez correspondiente y así proceder a afectarlo desde la fecha de afectación del primer inmueble, sosteniendo que los supuestos de ejercicio abusivo no debían ser resueltos eliminando el derecho, sino el abuso³⁰¹.

No compartimos aquellas ideas que entienden innecesaria la fijación de un límite temporal argumentando que el mismo no se encuentra previsto en materia de inmuebles y por ende tampoco corresponde hacerlo en el caso del dinero, o bien que entienden que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva (arg. Art. 948 CCCN)³⁰², máxime cuando estas posturas reconocen que ello supone algunas complejidades adicionales³⁰³.

²⁹⁸ REGIS, Ariel E., “Aspectos conflictivos de la subrogación real en el Proyecto de Código Unificado”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre 2012.

²⁹⁹ CAUSSE, Jorge R., “Protección de la vivienda única. Procedimiento registral inmobiliario. Propuesta de tratamiento local. Las reformas necesarias”, *Revista Notarial* N° 973 Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, 2013, p. 181.

³⁰⁰ MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 72.

³⁰¹ SCBA, “Cueca, Daniela”, 14/04/04, La Ley 2004-F, 822.

³⁰² SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. *Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación*.

³⁰³ AMIEVA NEFA, Sonia V., “La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación”, *SJA* 17/01/2018, 1; en contra, CAUSSE, Jorge R., “Protección de la vivienda única. Procedimiento registral inmobiliario. Propuesta de tratamiento local. Las reformas necesarias”, *Revista Notarial* N° 973 Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, 2013, p. 181.

Es que la inexistencia del objeto susceptible de tutela (un inmueble destinado a habitación) vaciaría de contenido el propio derecho fundamental a la “vivienda”, que es la causa para repeler las acciones de los acreedores³⁰⁴.

4.2.La posibilidad de sustitución sin adquisición

Otra cuestión que ha quedado librada al criterio judicial se da respecto a la posibilidad de sustituir un bien por otro, manteniendo la protección que brindaba la afectación del primero, mas sin necesidad de que se adquiriera este segundo inmueble, sino sobre otro de propiedad del solicitante (denominada permuta de la afectación).

Una de las primeras decisiones jurisprudenciales al respecto confirmó la resolución adoptada por Registro de la Propiedad Provincia de Buenos Aires que disponía no hacer lugar a la subrogación real entre dos bienes que integraban el patrimonio de sus titulares, basándose en una interpretación restrictiva y gramatical del art. 248 del CCyCN y afirmando que el traslado de la protección al nuevo inmueble, con efecto retroactivo a la primigenia afectación, sólo rige si existe un inmueble "adquirido" que reemplaza al que anteriormente era la vivienda³⁰⁵.

Entendemos, pese al silencio de la ley, que una interpretación amplia debe primar en este caso, en tanto el legislador ha tenido en miras proteger a la persona y a su patrimonio, dentro del cual encontramos a la vivienda, y máxime teniendo en cuenta que el código permite amplias posibilidades de sustitución en pos de lograr aquella protección.

Creemos no existe óbice para hacer lugar a la afectación en un caso como el planteado, aunque la literalidad de la norma establezca que la sustitución juega en caso de adquisición de un bien. Es que como se ha expuesto, la amplitud de estas reglas permite extremar el esfuerzo e interpretar sistémica y extensivamente el art. 248 al supuesto de la transmisión de la afectación. El fundamento, la finalidad y los valores en juego son exactamente los mismos para que la afectación de la vivienda se mantenga, sea en el inmueble que se “adquiera”, sea en el inmueble que “se tiene”³⁰⁶.

El acreedor, por otro lado, mantendrá incólume el objeto de su garantía en tanto simplemente habrá una traslación sobre el bien a ejecutarse, y en caso de haberse dictado una

³⁰⁴ TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015., Tomo II, p. 96.

³⁰⁵ Autos 264.984, "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expte. N° 2307-0001222/2016 iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia".

³⁰⁶ PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?", *RDF* 2017-IV-77; ARIANNA, Carlos A., "Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes", *RDF* 85, 10/07/2018, 215.

medida cautelar sobre el bien subrogante, la misma podrá trasladarse al bien subrogado en mérito a las reglas procesales pertinentes (arg. Art. 203 CPCCN)³⁰⁷.

4.3.El caso de la “constitución añadida”

Otra situación que se ha planteado de acuerdo a la redacción de la norma es aquella que refiere a lo que doctrinariamente se conoce como constitución añadida, y que se presentaría en el caso en donde el beneficiario no constituyente, que devino propietario, adquiere la posibilidad de ser afectante-ampliador respecto del régimen constituido por su antecesor³⁰⁸.

Aquello importaría otorgarle a este beneficiario la posibilidad de ampliar el régimen estatuido originariamente por el primer afectante en pos de resguardar el patrimonio recibido y nombrar aquel nuevos beneficiarios, abarcando a ellos dentro del paraguas protectorio.

No entendemos viable esta alternativa, en tanto la afectación originaria realizada por el primer afectante tuvo en miras resguardar a los beneficiarios que aquel entendió necesario proteger, o bien porque así lo quiso. Permitir que quien ha obtenido este “beneficio” lo aproveche y amplíe la protección a quien él considere no sólo podría contrariar el fin que tuvo en miras el primer afectante, sino que además generaría una situación de inejecutabilidad casi absoluta por parte de los acreedores de aquel primer afectante.

4.4.Precio o indemnización y reinversión

Otra situación que debiera ser objeto de análisis se presenta en el caso en que se transmite a los beneficiarios el producido de la enajenación del bien, a saber la suma de dinero o el crédito por saldo de precio. Así, por el juego del régimen sucesorio o por un acto de donación en vida, por ejemplo, cada uno de los herederos recibe una porción de esa suma subrogada y deciden, con ella, adquirir cada uno un inmueble donde habitar.

De presentarse esta situación, de un bien afectado en forma original y sustituido por la suma de dinero obtenida por la enajenación se adquieren otros bienes que sustituyen en la protección al primigenio.

Ello llevaría también a la posibilidad de que la sustitución permita la afectación de más de un bien al régimen por vía oblicua, lo que en forma directa se encuentra prohibido.

³⁰⁷ REGIS, Ariel E., “Aspectos conflictivos de la subrogación real en el Proyecto de Código Unificado”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre 2012.

³⁰⁸SZMUCH, Mario G., “Potpurri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos”, en “*Revista del Notariado*”, N° 919, nov. 2015.

No compartimos con quienes le otorgan validez a estos actos³⁰⁹, fundamentando su respuesta en la aceptación de la posibilidad de que este *pater familias* divida un inmueble en dos (p. ej., por afectación al régimen de propiedad horizontal) y done en el mismo acto cada uno de ellos a sus hijos con continuidad del régimen de vivienda.

Creemos que se trata de una interpretación forzada de la ley, desnaturalizando la esencia del régimen establecido, y perjudicando a los acreedores potenciales que se verían imposibilitados de percibir sus créditos con base en una aparente grieta legal.

Por el contrario, no debemos olvidar que la ley establece que no puede afectarse más de un inmueble a este régimen por persona. Si bien en el planteo efectuado aquella norma se respetaría, no debemos perder de vista que de una afectación originaria, y por el juego de la subrogación, podría darse la posibilidad de afectar más de un bien, en violación a la norma contenida en el artículo 244 CCyCN.

Además, aquello resulta concordante con la solución que brinda el artículo 249 CCyCN en caso de enajenación forzada, donde el remanente de la misma volverá al propietario del bien, dejando a salvo el derecho de los acreedores.

Asimismo debiéramos dejar planteada la situación en donde se transmite la protección al precio obtenido por enajenación y se adquiere un nuevo inmueble con fondos distintos a los percibidos en tal sentido y pretendido su afectación al régimen.

Alguna doctrina se ha mostrado firme en el convencimiento de que aquello resulta viable y que una observación o rechazo por parte del Registro ante la comprobación de la utilización de fondos distintos a los mencionados devendría incorrecta³¹⁰, aunque adelantamos que los argumentos vertidos no nos convencen en tanto podría presentarse una doble protección que de algún modo podría dar lugar a injusticias frente a los acreedores del deudor.

4.5. La sustitución por sumas de dinero

Ya hemos hecho referencia a la posibilidad que brinda el código de sustituir el bien afectado al régimen por la suma de dinero que se obtenga como precio por su enajenación o bien como indemnización en caso de percepción de un seguro o bien frente a una expropiación.

³⁰⁹ SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. *Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación*.

³¹⁰ ZAVALA, Gastón A., “La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado”, *El Derecho*, [282] - (04/06/2019, n° 14.643)

Se trata de supuestos en donde opera la subrogación real sin la voluntad del titular del derecho (en el caso de la sustitución por indemnizaciones) o con voluntad de aquel (cuando la sustitución recae sobre el precio por la enajenación)³¹¹.

En el primero de los casos, la indemnización tendrá por causa la expropiación por causa de utilidad pública, lo que parece lógico, aunque la misma era negada con la ley 14.394, arguyendo que la expropiación era mencionada como causal autónoma de desafectación³¹².

Si bien aquella causal continua siendo una de las enumeradas para el régimen bajo análisis como de desafectación, aquello no importa que no pueda extenderse la tutela del régimen a la indemnización obtenida en tal caso.

Lo mismo ocurre si ésta tiene origen en el pago de un seguro ante un siniestro que pueda sufrir el bien, donde la indemnización obtenida sustituirá en la afectación al bien que la padece, y nadie puede dudar de que en este caso la tutela debe ser extendida.

En todos estos casos, nos encontraremos nuevamente frente a un problema práctico cual será el de demostrar a *fortiori* que en una hipotética reinversión, el dinero utilizado proviene de aquella indemnización alcanzada por la tutela otorgada oportunamente.

4.6.La ampliación objetiva y subjetiva

Otro de los puntos que ha quedado abierto en tanto la redacción actual de la norma es el relativo a la posibilidad de ampliación objetiva o subjetiva. La ley nada dice respecto a lo que puede ocurrir si el inmueble adquirido en sustitución supera el valor del que tenía afectado el régimen de protección de la vivienda, o si se adicionaran los fondos procedentes de la enajenación del inmueble anteriormente afectado a otros fondos (ampliación objetiva).

El problema no es menor en tanto recordemos que pueden verse afectados los acreedores que están imposibilitados de ejecutar el bien ya que se encuentran alcanzados por las exclusiones legales. Así, si bien no se trata de una nueva afectación, existirán acreedores “intermedios” cuya causa o título será posterior a la afectación originaria pero anterior a la ampliación propuesta.

Creemos que en este caso y ante la presencia de intereses contrapuestos entre acreedor y deudor deberá echarse mano nuevamente a la figura del abuso del derecho³¹³. Así, sin que esto importe desconocer la importancia de tutelar la vivienda, no puede por ello desnaturalizarse y

³¹¹ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, Tomo I, pp. 1008/1009.

³¹² AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, N° 468, p. 404.

³¹³ TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015., Tomo II, p. 95.

generar obstáculos abusivos para los acreedores que tienen por norte ver satisfecho su crédito y cuya protección emana del derecho constitucional a la propiedad³¹⁴.

Nos encontramos también con el problema de la ampliación subjetiva, que importa la incorporación de beneficiarios al régimen. La situación podría plantearse en términos similares a lo que ocurre en relación a la ampliación objetiva y los acreedores intermedios.

La instrucción de trabajo 6/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal admite la ampliación –y reducción - subjetiva y objetiva en tanto se sigan los lineamientos allí previstos y las exigencias legales al respecto.

4.7.El texto del anteproyecto elevado por la comisión creada por decreto 182/2018

Si bien no compartimos la técnica legislativa utilizada, creemos positiva la propuesta de la comisión designada por el decreto 182/2018 para la elevación de un anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil y Comercial, donde se proyecta una sustitución al artículo 248 del mentado ordenamiento, el que quedaría redactado de la siguiente forma:

“Art. 248. Subrogación real. La afectación de la vivienda puede transmitirse:

a) a otra que ya pertenezca al constituyente.

b) a otra que adquiera en sustitución de la afectada.

c) a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización.

d) a los importes que la sustituyen en concepto de precio, cuando se deje constancia en la escritura traslativa del dominio que la enajenación se realiza con el fin de proceder a la subrogación real prevista en esta norma.

En los casos previstos por los incisos c) y d), el titular debe reinvertir el importe en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año”.

Si bien resulta criticable la redacción y la terminología utilizada, ñas soluciones que propone el citado anteproyecto nos parecen más acercadas a la esencia del instituto, brindando mayor seguridad a las partes y estableciendo pautas concretas de actuación y límites temporales claros para el caso de reinversión.

³¹⁴ ZAVALA, Gastón A., “La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado”, *El Derecho*, [282] - (04/06/2019, n° 14.643); MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “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, año VI, n° 10, p. 61.

En tal sentido, se resuelve un primer interrogante que habíamos dejado planteado cual es la posibilidad de sustituir la afectación sobre otro inmueble que ya se encontraba bajo la titularidad del constituyente, respondiendo en este caso por la afirmativa.

Asimismo, establece que en caso de subrogación por precio debe dejarse asentado en la escritura correspondiente que aquella enajenación tiene por fin subrogar en los términos previstos por la norma.

Se estipula un plazo de caducidad anual para la reinversión, ya habiendo adelantado que creemos correcta la implementación de plazos.

Por su parte, no se brinda respuesta a las figuras de la ampliación o reducción subjetiva u objetiva, a la figura de la constitución añadida o a la posibilidad de reinversión sobre varios bienes que tengan origen en uno subrogado.

4.8. Colofón

Hemos tenido la oportunidad de analizar el instituto de la subrogación real en tanto refiere al régimen de vivienda contenido en nuestro Código Civil y Comercial, brindando un breve pantallazo en cuanto a su evolución histórica en nuestro derecho e incluso refiriendo a proyectos de reforma que se encuentran en danza.

Asimismo, hemos remarcado algunas falencias en el tratamiento de temas que han quedado librados al azar y que pueden resultar un serio problema en la faz práctica de este instituto en caso de presentarse, lo que no será para nada descabellado que ocurra.

Pero la idea primigenia fue siempre intentar demostrar que el instituto de la subrogación real nos permite inferir que ha mutado el paradigma protectorio, que la finalidad del régimen ya no es la protección de la vivienda, y menos aún de la vivienda o patrimonio familiar, sino marcadamente la protección del patrimonio de la persona humana.

Y dijimos que aquella protección tiende al sustento con fines alimentarios de la persona, siendo la vivienda uno de los elementos integrantes de aquel concepto, mas no el único. Todo reafirmado en la posibilidad de sustituir la protección sobre otro inmueble habitable o sobre sumas de dinero por enajenaciones voluntarias o forzosas, sin obligación o plazo para su reinversión.

2.- El régimen de los frutos

El artículo 251 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “*Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios*”.

En relación a lo que ocurría con el régimen de bien de familia, se mantiene la idea de la embargabilidad de los frutos mas eliminando los topes que aquella norma fijaba, en tanto estatúa que no podía superarse el 50% de los mismos. Ahora, el parámetro a utilizarse será un tanto más subjetivo y estará atado a la dispensabilidad o no de aquellos en relación a las necesidades de los beneficiarios.

La idea de la embargabilidad y ejecutabilidad de los frutos ha sido objeto de críticas, en tanto se sostiene que la posibilidad de explotar un bien para la generación de frutos resulta incompatible con la idea de habitación efectiva³¹⁵.

Sin embargo, entendemos no existe obstáculo para que ambas situaciones puedan presentarse, en tanto pueden los beneficiarios habitar el bien y a la vez erigir una actividad productora de frutos. Máxime si la norma refiere a los frutos que puede producir el bien, por lo que se admite en forma expresa que aquello pueda ocurrir en tanto se cumpla con la regla de la habitación efectiva³¹⁶.

La ley no distingue entre los frutos naturales, industriales o civiles, por lo que en principio todas estas clases se encuentran alcanzadas por la limitación a la embargabilidad y ejecutabilidad establecida, sin perjuicio de quien en el caso de los frutos civiles habrá que estar atento al cumplimiento, nuevamente, de la obligación de habitación efectiva.

La letra de la norma reafirma la teoría que venimos ensayando en cuanto a la finalidad del régimen va más allá que la mera protección de la vivienda sino la protección del patrimonio de la persona humana con fines alimentarios.

La idea de la imposibilidad de embargo y ejecución en tanto aquellos frutos sean imprescindibles para el o los beneficiarios – nótese que la norma no habla de la familia, como en el régimen derogado – y entendiendo que puede ser beneficiario únicamente el afectante, no hace más que terminar por convencernos de nuestra idea original.

³¹⁵ FUSTER, Gabriel A., “La vivienda en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. Entre la “torre de Babel” y “el test de claridad de la norma””, *La Ley Online*.

³¹⁶ TOBIAS, Jose W., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, Tomo II, p. 107.

VII

CONCLUSIONES

Al comienzo de este trabajo nos hemos propuesto estudiar el régimen de vivienda contenido en el Código Civil y Comercial, haciendo principal hincapié en lo que respecta al fundamento y finalidad del mismo.

Estábamos convencidos desde el comienzo que para poder comprender acabadamente un instituto y poder conceptualizarlo en forma correcta se tiene que tomar necesariamente una postura acerca de su justificación, y a la inversa, la búsqueda de justificación parte del concepto que se pretenda³¹⁷.

Partiendo de aquella base, intentamos encontrar el fundamento de este instituto en las propias palabras que se desprenden de los Fundamentos del Anteproyecto, donde se hacía referencia puntual al derecho constitucional y humano a una vivienda digna y a un régimen derogado por el mismo ordenamiento vigente, como lo era el bien de familia.

Analizamos primeramente aquel derecho humano, partiendo de la base de considerar qué son realmente los derechos humanos y si la vivienda integra el catálogo de los institutos que los componen.

Aclaremos, luego de estudiar la normativa interna y principalmente internacional en la materia, que este derecho fundamental o humano no importaba para el Estado la obligación de otorgar el dominio sobre un bien a cualquier persona que lo solicitase por cuanto se trata de un derecho de goce indirecto³¹⁸.

Sentada esta primera premisa, desentrañamos lo que debía comprender la vivienda adecuada en los términos de la normativa reseñada, afirmando que importaba posibilidad de disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, la existencia de espacio adecuado, de

³¹⁷ ASIS ROIG, Rafael, "Concepto y fundamento de los derechos humanos", en TAMAYO J.J. (coord.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 1.

³¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis "Derechos Humanos y Derecho privado" en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Ed del Puerto, 2007.

seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, de una infraestructura básica adecuada y de una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable³¹⁹.

En todos estos instrumentos que hemos cotejado y reseñado nos encontramos con un patrón común que empezaba a aunar conceptos hasta allí aislados: el reconocimiento del derecho a la vivienda adecuada como un derecho humano, y que obliga a los Estados a velar por su satisfacción³²⁰.

Observamos luego que estos derechos humanos – y entre ellos la vivienda – también debían encontrar un fundamento, un axioma, un principio último e irreductible que les otorgada basamento, y lo encontramos en la dignidad de la persona humana.

Es que como fuera puesto de manifiesto por el Papa Francisco en la encíclica “*Laudato Si*” del año 2005, la posesión de una vivienda, señala, *"tiene que ver con la dignidad de las personas y con el desarrollo de las familias. Es una cuestión central de la ecología humana"*.

Comenzamos a develar nuestro primer interrogante, en tanto no estábamos tan convencidos de que el fundamento del régimen instaurado con el Código Civil y Comercial fuera el derecho humano a la vivienda. Creíamos firmemente que el fundamento era otro, además de existir una confusión entre un derechos constitucional que garantiza el acceso a una vivienda con un instituto que protege la ya adquirida.

No podíamos sino concluir que el verdadero fundamento del régimen bajo estudio era la dignidad de la persona humana, y reafirmado por el empuje que se le ha dado a esta idea en el ordenamiento civil y comercial vigente y la protección efectiva que se le brinda.

Por otro lado, la referencia que se hacía en los Fundamentos al Anteproyecto de Código Civil y Comercial al régimen de bien de familia tampoco podía considerarse como relativa a nuestro instituto vigente.

Mas bien estábamos convencidos que se intentaba buscar en aquel bien de familia un antecedente al régimen de vivienda, atento las notas particulares que se replicaban en uno y otro sistema.

³¹⁹ MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 89.

³²⁰ MARTINEZ, Jesica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017, p. 84.

Y no podemos ser tan obtusos de no ver que ambos institutos poseen nota características similares que pueden hacernos creer que se trata de lo mismo pero *aggiornado* a los tiempos que corren.

Sin embargo, a poco que comenzábamos a desgranar el instituto del bien de familia observábamos que existían diferencias de fondo que no nos permitían arribar a tal primera conclusión.

El hecho de que por ambos regímenes se protegiera bienes del afectante y se les otorgara en principio las notas de inembargabilidad y ejecutabilidad no los diferenciaba de otras tantas figuras jurídicas que tenían el mismo norte y alcanzaban los mismos efectos.

Es allí cuando notamos que la finalidad de ambos regímenes era distinta. Mientras que se sostenía que el bien de familia tendía a la protección de la vivienda o morada del afectante, notábamos que aquella idea se diluía en el régimen de vivienda con el instituto de la subrogación real que se incorporaba por el Código Civil y Comercial y el tratamiento que se hace de los frutos al respecto.

Si por el contrario tomábamos aquella postura que nos indicaba que verdaderamente se tendía a la protección del patrimonio familiar con fines alimentarios, nos encontrábamos con la innecesidad de la presencia de familia alguna para la afectación al régimen, y de alguna forma la contradicción que ello podía implicar con la ampliación en materia de beneficiarios.

Nos convencimos entonces que la verdadera finalidad de este régimen distaba de aquella que se proponía para aquel pretendido antecedente, en tanto la encontrábamos en la protección del patrimonio pero de la persona humana, lógicamente con fines alimentarios en tanto se busca el sustento de la persona.

Y como lo que se logra con ello es proteger a la persona, a sus bienes, a su patrimonio, para así poder vivir en forma adecuada, de acuerdo a sus necesidades y eventualmente la de sus beneficiarios, para poder desarrollarse en todos los planos de la vida, brota la dignidad como fundamento axiomático del régimen instaurado.

BIBLIOGRAFIA.

- ABELLA, Adriana N., “Algunas reflexiones sobre el bien de familia”, *Revista del Notariado* 825, 01/01/91, 601;
- ABRAMOVICH Víctor y COURTIS, Cristian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, Disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>.
- ABRAMOVICH, Víctor – PAUTASSI, L., “El enfoque de derechos y la inconstitucionalidad de las políticas sociales”, en ABRAMOVICH, Víctor – PAUTASSI, L., *La revisión judicial de las políticas sociales: estudio de casos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del puerto, 2009.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Cristian, *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- ABREUT de BEGHER, Liliana E., "Vigencia del derecho de habitación legal", *La Ley*, 1996-C, 353.
- ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil*, 15ª edición, Librería Bosch, S.L., Barcelona.
- ALTERINI, Ignacio E. – ALTERINI, Francisco J., “Alcances de la subrogación real del asiento del privilegio”, *RCCyC* 2019 (marzo), 04/03/19, 50.
- ALTERINI, Ignacio E., “El bien de familia frente a la empresa familiar”, *La Ley* 2010-F, 1144;
- ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018.
- ALTERINI, Jorge H., “Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación”, *Temas de Derecho Privado IV*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, Bs. As., 1993.
- ALTERINI, Jorge H., “Protección constitucional de la vivienda familiar”, *JA* 1992-IV-772.
- ALTERINI, Jorge H., “Protección de la vivienda en el caso del ultimo beneficiario sobreviviente del bien de familia, que además se convirtió en su único titular”, *Temas de Derecho Privado IV*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, *Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, Bs. As., 1993, pp. 69 y ss..
- ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* – 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- AMESTOY, Paola, “Bien de familia y subrogación real. Necesidad de una reforma legislativa”, *El Derecho Familia* 13/-17 [2010].
- AMESTOY, Paola, “Algunas consideraciones sobre el régimen de vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *El Derecho, Familia*, 2015, 66/-16.
- AMIEVA NEFA, Sonia V., “La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación”, *SJA* 17/01/2018, 1.
- ANDREUT, Armando S., “La declaración universal sobre bioética y derechos humanos y la dignidad humana”, en ANDREUT, A. (comp.), *Bioética y derechos humanos*, Córdoba, EDUCC, 2007, pp. 29-86.
- ANGULO SANCHEZ, Nicolás, “Los derechos humanos en el siglo XXI”, *Entelequia: revista interdisciplinar*, núm.12, (otoño 2010), p. 4.
- APARISI, Angela, “El principio de dignidad humana como fundamento de bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética XXIV/2013/2ª*, en <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>.
- AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- ARIANNA, Carlos A., “Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes”, *RDF* 85, 10/07/2018, 215.
- ÁRRAGA PENIDO, Mario O., “Derecho real de habitación especial del cónyuge supérstite”, *La Ley*, 2018-B, p.1006.
- ASIS ROIG, Rafael, “Concepto y fundamento de los derechos humanos”, en TAMAYO J.J. (coord.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005.
- AZPIRI, Jorge O., en BUERES, Alberto J., *Incidencias del Código Civil y Comercial*, 1ª edición, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- BADENI, Gregorio, “Acceso a una vivienda digna”, (comentario al fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, “Mamaní, Víctor; García, Eusebia c. Estado Provincial”, 2010-04-23, DJ09/12/2010, 7.
- BADRAN, Juan P., *Protección de la vivienda familiar*, 1ª edición, Córdoba, Ediciones Lerner, 2015.

- BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Astrea, Buenos Aires.
- BARZOTTO, Luis Fernando, “Los derechos humanos como derechos subjetivos. De la dogmática jurídica a la ética”, en HERRERA, Daniel Alejandro, *II Jornadas internacionales de derecho natural. Ley Natural y multiculturalismo*, 1º ed., Buenos Aires, Educa, 2008, p. 363.
- BASSET, Úrsula, en ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* – 1ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015, Tomo III, versión e book.
- BELLUSCIO, Augusto C. (dir) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- BELLUSCIO, Claudio A., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, García Alonso, 2015.
- BERBERE DELGADO, Jorge C., “La concepción no restringida de la familia en el régimen de bien de familia. Su límite y extensión”, *DFyP* 2010 (junio), 01/06/2010, 71.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna”, V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, ed. UNAM, México, 1998, p. 98.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- BOBBIO, Norberto, “El tiempo de los derechos”, (trad.) Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991.
- BOBBIO, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982.
- BONANNI, Mariano A., “Subrogación real del bien de familia”, *LA LEY* 2001-B, 1154, AR/DOC/4756/2001.
- BORDA, Alejandro, “La sustitución de un bien de familia (Necesidad de una reforma legislativa)”, *LL*, 1991-E-387, comentando un caso resuelto por la sala L de la Cámara Civil de la Capital.-
- BORDA, Guillermo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”, *E. D.*, t. 60.
- BORDA, Guillermo A., “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, *ED*. t. 57.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- BOSSERT, Gustavo A. – ZANONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, 7ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- BOSSERT, Gustavo, *Comentarios a la ley 14.394*, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo A. Zannoni, Astrea, Buenos Aires, 1986
- BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, 1ª edición, Hammurabi, 2014.
- CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara, en MENDEZ COSTA, María Josefina y D’ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Familia* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- CAFFERATA, José I., “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, *La Ley*, 1977-B, 721.
- CALLEGARI, Mariana G. – ORDOÑEZ, María V., “El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente. Aplicación temporal de la norma”, *La Ley*, 2017-C, 338.
- CAMPOS MONGE, Christian E., “*Mutación constitucional: el caso del Derecho Humano a la educación*”, Acta académica, nov. 2006, p. 122.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “La Protección Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en CERDAS CRUZ, R. y NIETO LOAIZA (Comp.), *Estudios básicos de derechos humanos I*, San José, IIDH, 1994.
- CAO, Christian A., “¿Derecho a la vivienda o bien de familia? Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial?”, comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pastrana Gómez, Gustavo E. s/ quiebra”, 1992-03-31, *RCCyC* 2015 (agosto), 17/08/2015, 297.
- CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián –HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- CARBONELL, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales, esbozo de algunos problemas”, en COURTIS C. y AVILA SANTAMARIA, R. (edits), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CASTRO HERNANDEZ, Manuel H., “Reflexiones sobre la constitucionalidad y alcances del bien de familia”, *Revista del Notariado* 863, 01/01/2001, 141.
- CAUSSE, Federico J. – TESEI, Ariel, “Bien de familia. Constitución, afectación y desafectación (apuntes a propósito del bien de familia)”, *Revista del Notariado* 845, 01/01/1996, 295.
- CAUSSE, Jorge R., “Protección de la vivienda única. Procedimiento registral inmobiliario. Propuesta de tratamiento local. Las reformas necesarias”, *Revista Notarial N° 973 Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, 2013, p. 181.
- CHIAPPINI, Julio O., “Amparo en procura de una "vivienda digna", comentario al fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz, “V., C. y otros c. Ministerio de Asuntos Sociales y otro”, 2008/02/15, *LLPatagonia* 2009 (abril), 01/01/2009, 754.
- CHIAPPINI, Julio O., “Derecho de habitación del cónyuge supérstite”, *DFyP* 2013 (noviembre), 125.
- CHIAPPINI, Julio O., *Ley de amparo 10.456 santafesina comentada*, Fas, Rosario, 2008.
- CHIAPPINI, Julio, *El Derecho Legislación Argentina*, [2015 A] - (12/06/2015, nro 9) [2015].

- CHIAVASSA, Eduardo N. –DI TULLIO, José A., “Beneficiarios del bien de familia”, *RDPrivCom.*, 2011, N°1, p. 47.
- CIANCIARDO, Juan, “*El conflictivismo en los derechos fundamentales*”, Ed. EUNSA, España, 2000.
- CIFUENTES, Santos E. (h), “El Bien de Familia. Fundamentos y naturaleza jurídica”, *Paginas de Ayer* 2004-10, 06/12/2004, 13 - LA LEY108, 1050.
- CIRUZZI, María Susana, “El concepto de persona y dignidad a la luz del prisma bioético”, *DFyP* 2011 (junio) 202.
- COMITO, Natalia, “El bien de familia y la protección de los hijos extramatrimoniales”, *El Derecho Familia* 10/-18 [2010].
- CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, 1ª Ed., Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- COSOLA, Sebastián J., “La teoría del derecho de propiedad y el ejercicio de la función notarial”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, Año 14/N°47 2017.
- COSSARI, Leandro R.N., “La facultad jurídica del usufructuario de afectarlo al régimen de vivienda”, ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015.
- COSSARI, Nelson G.A., “Bien de familia: Retroactividad de los efectos de la inscripción registral del bien de familia”, *La Ley* 03/04/2006, 03/04/2006.
- CRUZ PARCERO, J. A., “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, M., CRUZ PARCERO, J. A. y VAZQUEZ, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CRUZ REYES, Euménides, “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, *Criterio jurídico garantista*, año 2, N° 2, enero-junio, 2010, p. 71.
- DE ASIS ROIG, Rafael, “*La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba*”, Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. I, 2008.
- DE LA TORRE, Natalia, en CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- DE LUCAS, Javier, “Naturaleza y dignidad humana. Aller ser retours del discurso iusnaturalista”, *Metode* 67, otoño 2010.
- DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, “La dignidad humana, fundamento del derecho”, UNED, *Boletín de la facultad de derecho* n° 27, 2005.
- DIANÉ, Laura I., *El derecho constitucional a una vivienda digna en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Derecho efectivo o simple declaración de derechos?*, 1ª ed, Buenos Aires, RAP, 2011
- DUFFY, Virginia, “Tomando en serio el derecho a una vivienda digna: una mirada judicial de los derechos fundamentales desde su integralidad”, comentario al fallo del Juzgado Correccional y de Garantías de 5ª Nominación de Salta, 2009-06-01, “Dra. N. B. en representación de A. M. A.”, *LLNOA* 2010 (febrero), 16.
- EIDE, A., “Realization of social and economic rights – the minimum threshold approach” (N. MACDERMOT, Ed.), *The Review*, 43, 1989, pág. 41, en MARTINEZ, Jessica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017.
- ENCINA FAZIO DE BELLO, Marta - MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, La Ley, Bs. As., 2009.
- ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, 3ª ed. Actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- FAJRE, José B., en AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2001.
- FAUDA DE LOSADA, María José, “Control de convencionalidad como mecanismo de protección de los Derechos Humanos”, AR/DOC/989/2012.
- FAZIO DE BELLO, Marta E. - MARTINEZ, Nory B., “La protección de la vivienda en el Proyecto de Código”, *La Ley*, 2013-A,658.
- FAZIO DE BELLO, Marta E.– MARTINEZ, Nory B., *Bien de familia*, La Ley, Bs. As., 2009.
- FAZIO DE BELLO, Marta E., “Protección de la vivienda. El derecho de habitación del cónyuge superviviente y del conviviente. Las cláusulas de indivisión. El Proyecto de unificación”, *SJA* 15/05/2013, 3.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, Ed. Colex, 1999.
- FERNANDEZ, Bettina, “Garantizar la dignidad humana: una obligación de preeminencia para el Estado. Suscinto repaso por los derechos económicos, sociales y culturales”, *Supl. Const.* 2012 (mayo), *La Ley* 2012-C, 771.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, Dignidad Humana y Ciudadanía Cosmopolita. *Cuadernos Bartolomé de las Casas*.
- FERRER, Francisco A., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2014
- FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958
- FRAGAPANE, Héctor R., “Algunas consideraciones frente al Proyecto de Unificación de los Códigos respecto del bien de familia, la afectación de la vivienda y la inejecutabilidad de la vivienda familiar”, MJ-DOC-6041-AR
- FUSTER, Gabriel A., “El bien de familia frente a los condóminos convivientes que no son cónyuges”, *La Ley*, 2010-F, 460.

- FUSTER, Gabriel A., “La vivienda en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado. Entre la “torre de Babel” y “el test de claridad de la norma”, *La Ley Online*.
- GARCIA-HUIDOBRO, J.-MARTINEZ, J.I.-NUÑEZ, M.A., *Lecciones de derechos humanos*, Ed. Edeval, Valparaiso, 1997.
- GASPARINI, Juan Andrés, “Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires”, *LLBA* 2015 (febrero), 1 - 13/05/2015, *DFyP* 2015 (mayo), 164.
- GIALDINO, R.E., “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 37, año 2003.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho a una vivienda digna”, *La Ley*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto 2010
- GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- GRISSETI, Ricardo A. – GRISSETI, Alejandra, “Bien de familia. Constitución por concubinos a favor de los hijos menores. El “interés superior del niño”, *LLNOA* 2010 (octubre), 808.
- GUASTAVINO, Elías P., “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”, *JA*, 1997-III-86.
- GUASTAVINO, Elías P., *Bien de Familia*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985.
- GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia.*, 2ª edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985
- GUASTAVINO, Gabriel N.E. “Derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, *revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/>
- GUIBOURG, R.A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue Universidad, Buenos Aires, 2006.
- GUILISATI, Jorgelina, “El derecho real de habitación viudal en el Código Civil y Comercial. Cuestiones sobre la conveniencia de su elección”, *DFyP*, 2018 (mayo), 141 – *La Ley* 2018-D, 549.
- GUTIERREZ DALLA FONTANA, Esteban M., “El bien de familia y la protección de la vivienda familiar en caso de concubinatio o unión convivencial”, *DFyP* 2014 (octubre), 01/10/2014, 61.
- GUTIERREZ SUAREZ, Francisco J., “Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas”, Tesis doctoral, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, Madrid, Feb. 2011
- HÁBERLE, Peter. “La dignidad humana como fundamento de la comunidad estatal”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.) *Dimensiones de la dignidad*, Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005.
- HERRENDORF, Daniel E. – BIDART CAMPOS, Germán J., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 1991.
- HERRERA, Daniel A., “El Derecho Natural y el nuevo paradigma del Derecho”, *Prudentia Iuris*, N° 68/69, 73-95.
- HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1a edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. San José, IIDH, 2008a, p. 76.
- ITURBIDE, Gabriela A., en AREAN, Beatriz, *Bien de Familia*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001.
- JALLES, Juan M., “Del bien de familia a la protección de la vivienda”, comentario al fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, “P., R. R. c. A., G. D.; A., M. A. s/ Piezas pertenecientes”, 2015-08-18, *LLNOA* 2015 (noviembre), 1063.
- JUANES, Norma – PLOVANICH DE HERMIDA, Cristina, “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *DFyP* 2010 (noviembre), 01/10/2010, 40.
- JUANES, Norma y PLOVANICH, M. Cristina, “La protección jurídica de la vivienda”, *FORO de Córdoba*, Año XVII - N° 106 – 2006.
- JUANES, Norma y PLOVANICH, M. Cristina, “Un análisis del derecho a la vivienda desde la perspectiva de las garantías constitucionales”, *Lexis Nexis Córdoba*, N° 8, noviembre de 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la ley de concursos”, *La Ley Online*.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”, en *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio Cesar Rivera*, La Ley, 2010.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, *Hammurabi*, Buenos Aires, 1995.
- KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.
- KOCH, I.E., “Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demand under the European Convention of Human Rights”, Leiden, Martinius Nijhoff Publishers, 2009, p. 113, en MARTINEZ, Jessica Lorena,

Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017.

- LAFAILLE, Hector - ALTERINI, Jorge H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio Ezequiel Alterini, 2ª Edición, La Ley, Ediar, Buenos Aires, 2010.
- LAGOMARSINO, Carlos, "Desafectación del bien de familia en caso de supervivencia de un solo beneficiario", *La Ley*, 1986-D, 357.
- LAMM, Eleonora - MOLINA DE JUAN, Mariel, "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales. "Uniones convivenciales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, p. 314.
- LANDA, Cesar, "Dignidad de la persona humana. Cuestiones constitucionales", *Revista mexicana de derechos constitucionales*, ISSN-e 1405-9193, N° 7, 2002.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., "El derecho constitucional en la postguerra. El constitucionalismo social", *La Ley* 15 de abril de 1946.
- LLOVERAS, Nora – ORLANDI, Olga – FARAON, Fabián, en CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1ª edición., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- LLOVERAS, Nora, "La protección constitucional de la vivienda familiar", *La Ley*, 1993-E, 893.
- LLOVERAS, Nora, "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura. Código Civil y Comercial de la Nación", en *Suplemento Especial. Familia*. Directoras: KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2014.
- LOPEZ, Joaquín M. R, MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El cambio legislativo, Normas de Transición y de conflicto" www.derechocambiosocial (consulta 25/05/2015).
- LORENZETTI, Ricardo Luis "Derechos Humanos y Derecho privado" en ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Ed del Puerto, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª Ed., Santa Fe, 2014.
- LUTHER, Jörg, "Razonabilidad y dignidad humana", www.ugr.es/~redece/REDECE7PDF/13JORGLUTHER.PDF.
- LUVERA, Miguel A., "¿Los concubinos pueden constituir bien de familia?", *Revista del Notariado* 903, 01/01/2011, 53.
- MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2016.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 1993.
- MARTINEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M., "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLVI, n° 136, abril 2013.
- MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, Blanca, "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en BALLESTEROS, José, *Derechos humanos. Concepto, fundamentos y sujetos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- MARTINEZ PUJALTE, Antonio L., "Los Derechos Humanos como Derechos Inalienables", en Jesús Ballesteros, *Derechos Humanos: Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- MARTINEZ, Jessica Lorena, *Vivienda adecuada. Perspectivas internacionales y jurisprudencia local*, 1ª ed. – La Plata – Librería Editora Platense, 2017.
- MAZZEI, Juana B., "Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución", *ED* del 08/05/2017.
- MAZZEI, Juana B., "Constituyentes y beneficiarios concubinos en el bien de familia", *La Ley* 2014-E, 176.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Manual de derecho de familia*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- MAZZUCCO CÁNEPA, Martín, "Reconocimiento y operatividad de los derechos sociales", *LLCABA* 2014 (junio), 262.
- MEDINA, Graciela en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, "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, año VI, n° 10.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976.
- MILLAN, Fernando, "Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar", *ADLA* 2015-21, 145.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, "Bien de familia. Publicidad y oponibilidad", *LLC*, 2000-891.
- MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Protección de la vivienda familiar", *RCCyC* 2015 (diciembre), 52, 16/12/2015.
- MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del art. 3573 bis del Código Civil", *Rev. La Ley*, t. 1975-B, p. 1040, sec. Doctrina;
- ANDORNO, Luis O., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", *J. A.*, serie contemporánea, t. 29.
- MOLINARIO, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, Impresora El Argentino, La Plata, 1959.
- MORA CALVO, Hernán R., "Juan Pablo II: Apostillas filosóficas a su concepto de la dignidad humana", *Revista reflexiones*, Vol. 83, N° 2, 2004.

- MOURELLE DE TAMBORENEA, María C., “Protección de la vivienda: el bien de familia ¿subsiste luego de la muerte del titular constituyente? ”, *El Derecho Familia* 13/8 [2010].
- NIKKEN, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, 52, 2010.
- NOGUEIRA ALCALA, Norberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad”, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>.
- OLMO, Juan P., “Límite temporal de la procedencia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Bs. As., vol. 2015-8.
- ORTOLANI, Luciana, “Régimen de vivienda: Principales cambios”, *Revista Notarial*, año 2016/01, N° 93.
- PADILLA, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, 3ª ed. Ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995.
- PANDIELLA MOLINA, Juan C., “Bien de familia: cesión y efectos de la inscripción registral”, *DFyP* 2011 (marzo), 24/02/2011, 67.
- PAPAÑO, Ricardo J. - KIPER, Claudio M. - DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., *Derecho civil. Derechos reales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PELE, Antonio, “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en www.revistauniversitas.org.
- PERACCA, Ana, en CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2014.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Régimen de bien de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- PÉREZ PEJICIC, Gonzalo, “Notas para una comparación entre el derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite”, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/11/derecho-real-de-habitacion.pdf>,
- PEREZ PEJICIC, Gonzalo, en CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián –HERRERA, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- PIENDIBENE, Luis E., “Bien de Familia: constitución, registro y solicitud de registro”, *La Ley*, 1989-A-390.
- PINTO, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.-Nº1 (Enero/junio 1985) -San José, C. R.: El Instituto, 1985.
- PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.
- PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?”, *RDF* 2017-IV-77
- REGIS, Ariel E., “Aspectos conflictivos de la subrogación real en el Proyecto de Código Unificado”, *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre 2012.
- RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el Proyecto”, en *Pensar el derecho*, año 1, núm. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- RIVERA Julio - MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014
- ROLLERI, Gabriel, “Indivisión forzosa de la herencia ¿transitoria o vitalicia?”, *La Ley*, 20/09/16, 1.
- ROSENDE, “Bien de familia: sobre la vigencia del régimen de la ley 14.394”, *ED*, 85-712.
- ROVEDA, Eduardo G. – GIOVANETTI, Patricia S., en RIVERA Julio - MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Derechos fundamentales, Derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos – Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, Vol. 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.
- RUIZ - GIMÉNEZ CORTI, Joaquín, “Derechos fundamentales de la persona”, (Comentario al artículo 10 de la Constitución), en Oscar Alzaga (dir.) *Comentario a las Leyes Políticas*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- RUSSO, “Reflexiones sobre “bien de familia ”, en “*Cuadernos de Familia*”, 1982, vol. 1, N°3, p. 15.
- SAGÜES, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, 3ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2001.
- SALVIOLI, Fabian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, 39, 101-167, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “*Dignidad de la persona humana y derechos fundamentales en la Constitución Federal de 1988*”, 7ª ed. Comentada y actualizada, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009.
- SAUX, Edgardo I., *La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.

- SEGOVIA, Juan F., "Estado, Constitución y Derechos Sociales", *LL*, 1988-A-876.
- SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Persona y Derecho*, 1988, n° 19, p. 16; op. Cit en APARISI, Ángela, "El principio de dignidad humana como fundamento de bioderecho global", Cuadernos de Bioética XXIV/2013/2ª, en <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>, p. 206.
- SZMUCH, Mario G., "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación", en *Revista del Notariado N°917* (jul- sep 2017) 3- Doctrina
- SZMUCH, Mario G., "Potpurri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de Constitución, legitimación y frutos", en "*Revista del Notariado*", N° 919, nov. 2015.
- THURY CORNEJO, Valentín: "Derecho a la Vivienda e Interés Superior del Niño no son garantía de judicialización"; *La Ley*, 2012-E.
- TOBIAS, Jose W., en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.
- URBANEJA, Marcelo E., "Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial", *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.
- URBANEJA, Marcelo E., "La caducidad de la inscripción de la hipoteca, vigencia temporal de la ley y la inseguridad jurídica", *El Derecho*, [282] - (18/03/2019, n° 14.591).
- URBANEJA, Marcelo E., "Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica", *El Derecho*, [275] - (04/12/2017, n° 14.321).
- VAZQUEZ, D. y SERRANO, S., "Contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles", en CERVANTES ALCAYDE, M.-EMANUELLI, S.-GOMEZ TREJO, O.- SANDOVAL TERAN, A., *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 212.
- VERNEGO PRACK, Rómulo, "El bien de familia necesita dos personas para funcionar", *DJ* 1986-2, 593.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge", *Rev. La Ley*, t. 1976-C, p. 198.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", *Revista del Notariado*, n° 743, setiembre-octubre 1975.
- VILA CORO, María Dolores, *Introducción a la bioética*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- VILLANUSTRE, Cecilia A., "El crédito por expensas comunes frente al bien de familia. Su oponibilidad", *LL*, 1996-D-54.
- VON MUNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el Derecho constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 5, mayo-agosto 1982
- VON WINTRICH, "*Zur Problematik der Grundrechte*", (1957), citado por Fernández Segado, Francisco. 2003. "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos", en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán.
- ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, 4ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, Ed. Astrea, 2003.
- ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*, 1ª ed., Astrea, 1978.
- ZAVALA, Gastón A., "La subrogación de vivienda en la constitucionalización del derecho privado", *El Derecho*, [282] - (04/06/2019, n° 14.643)
- ZAVALA, Gastón A., "Temporalidad de la ley. Incidencia de las situaciones jurídicas en curso", *Revista del Notariado* N° 928 (abr-jun 2017), septiembre 2017.
- ZAVALA, Gastón Augusto, "El Código Civil y Comercial y el derecho intertemporal", en www.capacitacion.Jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/2017/El_CC_y_C_de_la_Nacin_y_el_derecho_intertemporal.pdf.

Jurisprudencia.-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad", CSJN, 18/06/13.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1.492
- Pajares de Olivera, María y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 02/11/10; Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios", Fallos 332:2522, 2008
- Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo, Q 64 XLVI, 24/04/12

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.-

- Calvo, José Norberto y Arrechea de Calvo, Toribia s/sucesión ab intestato y testamentaria, SCBA, 03/02/1987,
- Cueva, Daniela, 14/04/04, La Ley 2004-F,822.-

Cámaras Nacionales de Apelación

- CNApCiv., *en pleno*, 08/03/68, “C. de M, R.I. c. M, H.M.”, LL, 130-218
- CNApCiv., sala A, 18/12/1986, F., N. c. M., R., LA LEY 1987-C, 4, AR/JUR/988/1986.
- C.NApCiv., sala A, 06/08/1986, "G. de P., R. E. y otro", LA LEY, 1986-E, 309 – DJ, 1987-1, 325
- CNApCiv., sala A, 24/03/1998, "Poltarak, Alfredo suc.", LA LEY, 1998-C, 738.
- CNApCiv., Sala A, 11/07/2000, "R., P. D. c. I. G. J.", JA, 2001-II-73.
- CNApCiv., Sala A, 26/09/00, “Cons. De Prop. Edif. Art Tower c/Mayo Marcos D. y otro”, La Ley online.-
- CNApCiv., Sala B, 25/08/1981, "Rivera Dahlgren, Inga c/ Registro de la Propiedad Inmueble", ED 96-420.
- CNApCiv, Sala B, 24/10/1985, LL, 1986-B-326
- CNCiv., Sala B • 19/05/2017 • R., M. F. c. R., C. A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo • LA LEY 18/08/2017
- CNApCiv., Sala C, 31/03/1986, “*Fernández, Maximino y otra, sucs.*”, La Ley 1986-D-362 – DJ 1986-2,930; SCBA, 03/02/1987
- CNApCiv., Sala C, 15/6/72, LA LEY, 148-90.
- CNApCiv, sala E, 23/10/78, ED, 81-749
- CNApCiv., sala E, 25/10/1982, Rainstein, Irene c. Registro de la Propiedad Inmueble, LA LEY, 1983-A, 239.
- CNApCiv., Sala E, 21/09/93, “Barrutti Lanús, Rafael c/Romano, Miguel”, La Ley Online.
- CNApCiv., Sala E, 23/08/95, “Consorcio de Propietarios Ayacucho 1735/43 c/Lozada Ocampo, Juan y otro”, La Ley, 1996-A, pág. 686.
- CNApCiv., Sala E, 31/03/99, “Banco Río de la Plata S.A. c/Paladini, Fabrizio Hernán y otros”, La Ley online.-
- CNApCiv, sala G, 1/10/81.
- CNApCiv., sala H, 28/05/2010, Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez, LA LEY 2010-D, 561 - DFyP 2010 (octubre), 113 - LA LEY, 2010-F, 459
- CNApCiv., Sala H, 25/03/1997, LL, 1997-E.446.
- CNApCiv., Sala I, 15/03/2005, “R., M. L. c/Construcciones Pasco S.A.”, La Ley 2005-C, 633.
- CNApCiv., Sala J, 28/08/1997, “*Mateu de Nagues, Claudia c/Pulian de Smetana*”, La Ley 1998-C, 176.
- CNApCiv., sala K, 20/06/1996, "N. de B., L. G. c. B., J. M.", LA LEY, 1997-F, 310 - DJ, 1998-1-507;
- CNApCiv., Sala K, 24/04/09, “Consorcio de Prop. Vedia N°1650/1654 c/Matta de Puga, Lucía”, DJ, 28/10/09, pág. 3071.
- CNApCiv, Sala L, “Anda, Blanca de las Nieves” 21/05/1992, LA LEY, 1992-E,386 y sigtes.;
- CNApCiv., sala M, 16/5/14. "C., J. c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/recurso directo a Cámara. El Derecho Digital (75818).
- CNApCAyT, Sala II, C.A.B.A., “*Agüero, Carmen Rosa y otros c/GCBA s/amparo art. 14 CCABA*”,(Expte. 8714/0), 26/08/05
- CNApCom., Sala A, 29/02/96, “Herrera, Ramón s/Quiebra”, La Ley, 1996-D, pág. 49.
- CNApCom., Sala D, 13/08/1984, “*Burokas, Roberto c/Canale, Rodolfo L.*”, La Ley 1985-B, 249

Cámaras de Apelaciones Provinciales.-

- CCivil y Com. Concordia, 9/11/93
- CCivil y Com. Mar del Plata, Sala II, 23/09/08, “Herández, Mirta G. c/Nevyl, Hector E.”, LLBA, 2008 (noviembre), pág. 1143.-

- CCivil y Com. Rosario, Sala I, 13/10/1997, Q., A.R.A. y otra, LLLitoral, 1998-1,552
- CCivil y Com. Rosario, sala 1ª 15/10/2002, "Botto, Dardo S. y otra", LLL 2003-115, con cita de sus precedentes que cuentan con nota desaprobatoria de Chiappini, Julio, "Subrogación del bien de familia con efectos retroactivos", JA 2003-IV-79.
- CCivil y Com. Salta, Sala III, "P., R. R. c. A., G. D.; A., M.A. s/piezas pertenecientes, 18/08/05, ED, 264, pág. 271.-
- CCivil y Com. San Isidro, sala I, 26/03/1996, "G. de R., C. c. R., R. J.", LLBA, 1996-432;
- CCivil y Com. San Isidro, Sala I, 03/02/1997, "*Kipperband, Jacobo c/Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires*", LLBA 1997,530
- CApel.Civ,Com.yGarantías en lo Penal, Necochea, 29/03/2001 "Gómez, Horacio R. c. Corapi, Francisco", LLBA, 2001-980.
- C.Fed.Apel.Civ.yCom., Rosario, Sala I, 23/05/2003, "*Bittar, Miguel y otra*", LLLitoral 2004 (junio), 577.-
- .CCivil, Com. y Contencioso Administrativo, San Francisco, 04/11/1997, Cooperativa Agrícola Freyre Ltda. c/Forni, Adrián A., LLC, 1998-223.-

Superior Tribunal de Justicia

- "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA) s. recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. n° 6754/09,12/05/10.

Legislación internacional.-

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°4, 1991.-
- Asamblea General de las Naciones Unidas, (A/RES/42/191)
- A/70/270, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sra. Leilani Farha, 4 de agosto de 2015, párrafo 12.-
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. San José, IIDH, 2008a, pág. 76.-
- Resolución 32/130 de fecha 16 de diciembre de 1977 (www.un.org).
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "*Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo N° 33*", Ginebra, Naciones Unidas, 2009.-
- Observación general N° 4 – Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. 1991.-

Mensajes Papales y Encíclicas.

- Mensaje Papal para la Jornada de la Paz, 15 de diciembre de 1998.-
- Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, p. 81, pág. 135.-