

NECESIDAD DE EXTENDER EL PLAZO PARA EJERCER EL DERECHO A LA VIVIENDA TRAS EL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL⁽¹⁾

Virginia Suiffet

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de las uniones convivenciales en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación es coherente con la existencia de diferentes formas familiares que reconoce nuestro país en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que ese artículo recepta⁽²⁾.

De los propios fundamentos al Proyecto del Código Civil y Comercial se desprende la necesidad de contemplar otras formas de familia además de la matrimonial a fin de ajustar la normativa interna a la perspectiva de Derechos Humanos a la que como Nación nos hemos obligado: el derecho a la vida familiar, a la dignidad, a la intimidad, no discriminación, libertad y solidaridad familiar.

Así las cosas, el Cód. Civ. y Com. regula específicamente a estas uniones en el título “Uniones Convivenciales”, y establece para ellas un piso mínimo de derechos y obligaciones en función del orden público (el respeto por los valores mínimos de solidaridad familiar) cuya desatención

(1) Este trabajo ha sido realizado sobre la base de una ponencia que escribí junto a las Dras. Silvana Porato y Ángeles León, y que fue presentada en las *XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal* celebradas en Junín, del 27 al 29 de octubre de 2016.

(2) Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 6º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, el art. 14 bis de la Constitución Nacional determina la protección integral de la familia, el art. 16 recepta el derecho a la igualdad y el 19 el derecho a la intimidad.

no podría nunca admitirse, aun cuando estas formas familiares se rigen esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad.

Entre los derechos humanos fundamentales que han sido enfáticamente amparados por el Código Civil y Comercial se encuentra el derecho a la vivienda. Se la protege tanto en forma general (capítulo 3, título III del Libro I) como en particular al regular las distintas formas familiares (matrimonial o convivencial).

En el título de las Uniones Convivenciales vemos que la vivienda se protege en tres normas: la de los arts. 522, 526 y 527. Los dos últimos —que se encuentran dentro del capítulo que regula los efectos del cese de la convivencia— se refieren a la atribución del uso de la vivienda en caso de ruptura (art. 526), y al ejercicio del derecho real de habitación ante el fallecimiento del conviviente (art. 527).

Ambos artículos disponen que el plazo de duración para ejercer el derecho es de dos años como máximo y sin excepción, y a su vez establecen una serie de condiciones que debe reunir el conviviente que pretende hacer uso de él, vinculadas o bien con el derecho alimentario hacia los hijos (el inc. a) del art. 526 exige la existencia de hijos menores de edad o discapacitados o con capacidad restringida), o con cuestiones que hacen a la solidaridad familiar (por cuanto el inc. b) requiere extrema necesidad y el art. 527 exige que el conviviente supérstite carezca de una vivienda propia habitable o de bienes que aseguren el acceso a ésta).

Es decir que no en todos los casos de cese de la unión convivencial se puede pretender acceder al derecho, sino únicamente en aquellos excepcionales previstos por la ley.

II. EL OBJETO DE PROTECCIÓN: LA VIVIENDA FAMILIAR

Tanto el art. 526 como el 527 evidencian una finalidad asistencial y de protección de la vivienda donde se asentó el hogar familiar, en concordancia con el mandato constitucional argentino de protección de la vivienda sin distinción que se base en el carácter o formación de la familia⁽³⁾.

El objeto de protección de la vivienda familiar que dispensa el art. 526 se vincula con la conservación del hogar donde viven hijos menores de edad o con discapacidad o capacidad restringida, que se encuentran al cuidado de uno de los convivientes (inc. a)), o bien con la extrema nece-

(3) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni. t. II, ps. 194-195.

sidad en la que puede estar uno de ellos y que obliga al otro a ceder el uso de la vivienda con fundamento en la solidaridad familiar (inc. b)).

Por su parte, el derecho real de habitación gratuito que el art. 527 otorga al conviviente supérstite tiene también una finalidad asistencial y de protección de la vivienda donde se asentó el hogar familiar, y aunque no exige para su reconocimiento la existencia de hijos, sí indica la necesidad de que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes que aseguren el acceso a ésta.

De modo que si analizamos el resguardo que estos dos artículos pretenden otorgar —que es nada menos que el derecho a la vivienda— y a su vez las específicas y limitadas condiciones que se exigen al conviviente que pretende acceder al derecho, me parece que en determinadas situaciones particulares los dos años que se han establecido como techo, sin permitir siquiera al juez ampliar el plazo en situaciones particulares, pueden llegar a ser insuficientes y no brindar una solución justa sino todo lo contrario.

Creo por eso que en vez de fijar un plazo de duración tan acotado, y que engloba tanto a las uniones convivenciales recientemente constituidas como a las que se han mantenido a lo largo de los años, debió haberse atendido al tiempo de duración de la unión y permitido a su vez al juez ampliar los plazos en situaciones que así lo ameriten.

Concuerdo con el Dr. Solari cuando afirma que “...debió dejarse librado a la apreciación del juzgador según las circunstancias del caso. No sería razonable que dicho derecho tenga como límite el plazo de dos años cuando estemos en presencia de una unión convivencial que se ha extendido por muchos más. A los efectos de determinar el derecho a la atribución de la vivienda, no es lo mismo una unión convivencial que haya durado solamente dos años, a aquella otra que se hubiere prolongado durante veinte. Determinar *a priori* el plazo máximo deviene arbitrario”⁽⁴⁾.

Piénsese por ejemplo en la enorme cantidad de parejas mayores, que han convivido durante muchos años y que a la vejez, al producirse el fallecimiento de uno de los convivientes, el otro debe dejar —transcurridos como máximo dos años— el inmueble sobre el que se constituyó la familia.

Como bien dice la Dra. Di Tullio Budassi, “La vivienda adquiere connotaciones especiales en la vejez. El derecho a poder permanecer en el hogar que compartiera con su cónyuge o conviviente fallecido, contri-

(4) SOLARI, Néstor, *Derecho de las familias*, La Ley, 2015, p. 279.

buye al fortalecimiento de la autonomía, dignidad e independencia de las personas mayores, a la vez que colabora con la efectivización de los derechos a la salud, a la intimidad, a la calidad de vida, entre otros”⁽⁵⁾.

III. LO ACOTADO DEL PLAZO PREVISTO FRENTE A LA NECESIDAD DE FIJAR UN PLAZO

Como se ha dicho el derecho a permanecer en el inmueble que fue sede del hogar convivencial no será la regla sino la excepción.

Sin embargo el Cód. Civ. y Com. da por seguro que en el brevísimo lapso de dos años como máximo esa persona que estaba en un estado de extrema necesidad o de vulnerabilidad ha podido solucionar su situación habitacional.

Y tan seguro está de ello que ni siquiera permite al juez otorgar un plazo mayor en determinadas situaciones particulares, lo que llevará inevitablemente a que no se llegue a garantizar en todos los casos una tutela judicial efectiva y obligará al justiciable a plantear la inconstitucionalidad de los plazos previstos en los arts. 526 y 527 por afectar el derecho a la vivienda de una persona en situación de vulnerabilidad⁽⁶⁾.

Ahora bien, la CSJN ha dicho reiteradamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y por eso debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos 288:325; 290:83; 290:190 entre otros).

No queda del todo claro por qué un Cód. Civ. y Com. que en general le ha otorgado amplias facultades al juez, no admitió también que puedan ampliar los plazos previstos por los arts. 526 y 527.

Coincidimos con la Dra. Beatriz Bísvaro cuando afirma que “No sería irrazonable pensar en convivencias que a veces duran veinte o treinta años, que la atribución debería considerar edad, estado de salud, posibilidad de trabajar, de conseguir un nuevo hábitat, y no dar por sentado que dos años es un tiempo justo para atribuir la vivienda y dar por terminada la ayuda que se deben”⁽⁷⁾.

(5) DI TULLIO BUDASSI, Rosana, “La protección de la vivienda en la vejez. El derecho de habitación del cónyuge/conviviente supérstite”, cita: RC D 1114/2014.

(6) En las conclusiones de las ponencias presentadas en las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín se ha resuelto por unanimidad que “Debe interpretarse que la aplicación de la norma en casos concretos habilita a la tacha de inconstitucionalidad”. Ponencia presentada por el Dr. Fernando MILLÁN.

(7) BÍSVARO, Beatriz, “Las uniones convivenciales en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 66, p. 127.

Sin embargo, no podemos desconocer que se enfrentan aquí dos derechos constitucionales, por un lado el derecho a la vivienda y por otro el derecho de propiedad. En este sentido, el establecimiento de un plazo que permita asegurar el derecho a la vivienda de una persona en situación de vulnerabilidad pero sin afectar indefinidamente el derecho de propiedad del titular del inmueble, resulta razonable.

En la ponencia que tuve la oportunidad de escribir junto a las Dras. Ángeles León y Silvana Porato⁽⁸⁾ —y sobre cuya base escribí este artículo—, propusimos equiparar los plazos previstos en los arts. 526 y 527 al dispuesto en el art. 525 para la compensación económica. Es decir, como máximo el plazo de duración de la unión convivencial en virtud de que los tres son efectos del cese de la unión convivencial y no habría razón para brindar un plazo mayor a la fijación de la compensación económica —que es una cuestión preeminentemente patrimonial— que al derecho de uso y habitación —que tienen connotaciones claramente personales—.

También podría ser que, tal como prevé el art. 443 Cód. Civ. y Com. —que regula la atribución de la vivienda al cese del matrimonio— no se fije plazo máximo alguno y quede librado a la decisión del juzgador “la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho”.

Así se ha resuelto por unanimidad en las XIV Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín: “Debe eliminarse el plazo máximo legal, facultándose al juez a que determine la vigencia temporal del derecho atendiendo a las particularidades de la relación jurídica en cuestión”.

IV. CONCLUSIÓN

La protección de la vivienda que fue sede del hogar convivencial es contemplada en el Código Civil y Comercial de una manera que en muchos casos puede resultar demasiado acotada.

A falta de pacto entre convivientes (arts. 513 a 517), el Código de fondo regula la posibilidad de que uno de ellos pueda mantenerse en el hogar donde se desarrolló la convivencia pero únicamente si se encuentra en un estado de extrema necesidad o demuestra tener a su cargo hijos menores de edad o con discapacidad o capacidad restringida.

(8) “Hacia una protección más amplia del derecho a la vivienda tras el cese de la unión convivencial”, ponencia presentada en las *XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal*, organizadas por el Colegio de Abogados de Junín, del 27 al 29 de octubre de 2016.

Y aún probado ello, sólo admite la permanencia en ese inmueble durante un plazo máximo de dos años, a determinar por el Juez.

No tiene en cuenta que pueden darse situaciones particulares que impiden que transcurridos los dos años haya concluido esa situación de vulnerabilidad y tampoco contempla que no es lo mismo una unión convivencial de pocos años de duración que aquella otra que se extendió a lo largo de la vida.

La protección en el Cód. Civ. y Com. de la vivienda que fue sede del hogar convivencial es necesaria porque:

- La vivienda es un derecho humano fundamental que ha sido reconocida por los diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos que nuestro país incorporó en el texto de su Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22.
- Es importante que el conviviente que está en un estado de vulnerabilidad vea garantizado su derecho a la vivienda, y no es lo mismo “cualquier” vivienda que “su” vivienda, especialmente cuando se trata de personas mayores que han permanecido en ese hogar durante muchos años de su vida.
- La atribución de la vivienda familiar (art. 526) o el derecho gratuito de habitación (art. 527), son consecuencias del principio de solidaridad familiar, que tiene también rango constitucional. La Dra. Kemelmajer de Carlucci afirmó que uno de los fines que recepta la reforma es la protección de los más vulnerables. En tal sentido, el principio de solidaridad familiar establece un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad —que impera todo el régimen de la unión convivencial—, y viene a impedir las injusticias que se pudieran ocasionar hacia el más débil en función de la referida autonomía de la voluntad⁽⁹⁾.

Es decir que si bien celebro que el Cód. Civ. y Com. contemple la posibilidad de permanencia en el hogar convivencial, considero que habría sido más apropiado que estableciera plazos mayores que permitan tener en cuenta situaciones particulares, y autorizara a su vez al Juez a ampliar esos plazos cuando determinadas excepciones así lo requieran.

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, t. I, ps. 79/81.