

La disposición del inmueble propio, sede del hogar conyugal*

Julio C. Capparelli

Sumario:

I. Introducción II. El amparo de la vivienda familiar en el artículo 1277 III. La protección tratándose de un bien propio IV. Acto de disposición V. Naturaleza del bien: inmueble VI. Sede del hogar conyugal VII. Hijos menores o incapaces VIII. El requisito de convivencia IX. Su aplicación después de disuelta la sociedad conyugal X. Límite de aplicación de la norma XI. Publicidad XII. El caso de las uniones de hecho XIII. La norma del Proyecto de Código Civil de 1998

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1277, 2º párrafo, ley 17.711, introdujo una restricción a la disposición del inmueble sede del hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces, reforma que después de más de cuarenta años de vigencia requiere una relectura y profundización acerca de sus alcances, habiendo transcurrido también más de dos décadas desde la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación.

La disposición ha sido analizada por nutrida doctrina y aplicada por nuestros jueces. Sin embargo, quedan siempre algunas dudas con respecto a sus alcances, las que nos proponemos analizar como objeto de este trabajo.

La protección de la vivienda familiar

La protección de la vivienda familiar es un principio constitucional que surge del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Para procurar tal amparo la ley se ha valido de distintos medios. En primer lugar, regulando dentro de las normas propias del matrimonio una restricción al poder dispositivo de los cónyuges. Es una protección *ad intra*, o sea respecto de los actos que pueda realizar el cónyuge titular que pudieran resultar perjudiciales para la familia. También la ley 14.394 de bien de familia crea una pro-

(*) Este trabajo fue publicado en *La Ley* el 25/09/09.

tección *ad extra* consistente en la inembargabilidad del bien por la ejecución de las obligaciones nacidas con posterioridad a la afectación. Otras disposiciones contemplan la situación que se crea para la familia en conflicto, estableciendo la atribución del hogar provisoria durante el juicio de divorcio, la definitiva, una vez dictada la sentencia y el amparo que surge según la previsión del artículo 211 del Código Civil (ley 23.515).

II. EL AMPARO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ARTÍCULO 1277

Nos detenemos en la protección *ad intra* que tiene dos vertientes, la que surge de la primera parte del artículo 1277 del Código Civil y la que establece el segundo párrafo del mismo. El primer apartado se refiere a la necesidad del consentimiento para disponer o gravar los bienes inmuebles, muebles y derechos registrables. Esta disposición referida a los bienes gananciales incluye lógicamente el acto de disposición o gravamen del inmueble ganancial que constituye la vivienda familiar, aunque no es lo tenido en vista prioritariamente por la norma. Lo que se pretende es limitar el poder dispositivo de los cónyuges. Es un mecanismo de control que limita la gestión del cónyuge titular con relación a la disposición de los bienes y derechos registrables que son los que ordinariamente tienen mayor valor económico. El interés jurídicamente protegido es patrimonial.

La protección de la vivienda en este caso se logra indirectamente. La norma está orientada a limitar la disposición de los gananciales registrables, salvo que medie el consentimiento del otro cónyuge y abarca el inmueble afectado a vivienda familiar, pero no en razón de su carácter de vivienda sino de su carácter ganancial. De esta manera se ampara la vivienda de los cónyuges aunque no tengan hijos y también la vivienda de la familia aunque los hijos sean mayores. El manto protector de la ganancialidad con referencia a los bienes registrables sirve también para amparar la vivienda conyugal.

El segundo párrafo del artículo 1277 también exige el consentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Tal consentimiento puede ser suplido por venia judicial si el bien fuere prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Esa mención indica que el bien jurídicamente protegido no es patrimonial, sino el interés familiar.

La aplicación de la norma plantea algunos problemas con respecto a sus requisitos y alcance. Debe tratarse de un acto de disposición relativo a un inmueble sede del hogar conyugal. A esto debe añadirse que deben habitar en él los hijos menores o incapaces. La disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal. Vamos a analizar estos supuestos. También veremos si es aplicable a la familia no matrimonial.

IV. ACTO DE DISPOSICIÓN

El concepto de acto de disposición comprende en principio la venta, permuta o donación del inmueble y la constitución de derechos reales sobre el mismo¹. Un fallo de la Cámara 2ª Civil y Comercial de Mercedes, de fecha 20 de abril de 1971, en una interpretación muy literal, hizo lugar a la subasta del bien inmueble hipotecado, propio de uno de los cónyuges, a pesar de que la hipoteca se constituyó sin que mediara el asentimiento del otro, no obstante que estuviera radicado allí el hogar conyugal². El fallo resolvió que tal consentimiento se requiere para disponer pero no para gravar dicho inmueble. Discrepamos con lo resuelto por la sentencia. Bien enseña Belluscio que la expresión "disponer o gravar" es errónea, pues la constitución de gravámenes sobre los bienes es también acto de disposición³.

Puede resultar dudoso el caso de cesión de boleto de compraventa con posesión si el bien fue sede del hogar conyugal con hijos menores o incapaces. Desde lo substancial está disponiendo la vivienda familiar, sin embargo los requisitos del artículo 1277 están referidos a los casos "cuyo registro han dispuesto las leyes en forma obligatoria", lo que no ocurre en el caso, salvo que se tratase de un boleto inscripto según lo establece la ley de pre-horizontalidad, que es un caso de excepción. La restricción de la norma no comprende todos los actos de disposición aunque puedan afectar la ganancialidad o el interés familiar.

V. NATURALEZA DEL BIEN INMUEBLE

Es lo que de ordinario ocurre, aunque hay casos de familias que viven en barcos. Se trata de bienes muebles registrables cuya disposición queda sometida a la restricción del artículo 1277, si son gananciales. En cambio, la disposición del bien propio asiento de la familia sometida al consentimiento del otro cónyuge debe ser inmueble.

Además dicho inmueble debe ser el asiento principal de su residencia, no pudiendo ser considerada así una casa de fin de semana o de veraneo, aunque la familia la habite asiduamente⁴.

El carácter de bien propio no constituye ordinariamente una dificultad, ya que ello surge del título. Por otra parte, si esta calificación fuera dudosa, el carácter ganancial

(1) FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G; *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 113. BORDA, Guillermo, *Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2008, T I, Nº 406, p. 331 y nota 759.

(2) ED 44,242. La Ley 146, 464 con nota de MARTÍNEZ RUÍZ, Roberto, *Disposición del bien propio donde está radicado el hogar conyugal habitado por hijos menores o incapaces*.

(3) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 94. MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 259.

(4) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 434.

del bien amplía el campo de protección ya que ello es suficiente como para exigir el consentimiento del otro cónyuge.

VI. SEDE DEL HOGAR CONYUGAL

Lo que puede generar una primera dificultad es saber si el inmueble constituye sede del hogar conyugal en el que habiten hijos menores o incapaces. Algún autor sostuvo que se requeriría un acta de constatación acerca del estado de ocupación del inmueble⁵. Esta sugerencia resulta poco práctica y además onerosa. Los escribanos pueden otorgar escrituras referidas a inmuebles de cualquier jurisdicción, lo que implicaría el requerir el servicio de otro profesional. Además lo que puede llegarse a constatar es relativo. Si por vía de hipótesis, aprovechando las vacaciones de un cónyuge con los hijos menores, el titular vacía de muebles la vivienda, la constatación sólo establecería que se trata de un inmueble no habitado el día que se labró el acta. Acá hay que distinguir entre lo que constituye la obligación del escribano y la que pesa sobre el adquirente o sobre el acreedor hipotecario.

La práctica notarial en la Capital Federal, conforme a las exigencias del Registro de la Propiedad Inmueble que ejerce un control sobre el tema al rogarse las inscripciones, lleva a aceptar la declaración del titular acerca de que el bien no constituye sede del hogar conyugal en el que convivan hijos menores o incapaces.

El notario debe procurar que se preste esta declaración expresa, aunque surge tácitamente cuando el bien que se dispone no es el que ha declarado el transmitente como su domicilio. No es un tema que concierna al escribano porque el domicilio que se consigna es una manifestación de parte y no constituye una atestación notarial.

El otro aspecto es la obligación del adquirente o del acreedor hipotecario. El que compra una propiedad debe conocerla y saber acerca del estado de ocupación del inmueble. En las escrituras suelen manifestar que han tomado posesión del bien, lo que es consignado por el escribano. Puede ocurrir que el adquirente no haya tomado posesión efectiva a pesar de lo manifestado en la escritura. Esto obstará a la transferencia de dominio porque se habrá obtenido la escritura pero no la posesión.

De manera análoga, al adquirir un bien a una persona que declara ser casada, corre por cuenta del comprador el tomar conocimiento del estado de ocupación y si advierte de alguna manera que el bien está habitado por el otro cónyuge y hay hijos menores o incapaces deberá exigir el asentimiento. Puede ocurrir que note que está habita-

(5) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 88.

da por la familia del propietario pero que este manifieste que sus hijos ya son mayores, debiendo en consecuencia efectuar tal declaración en la escritura.

El derecho español es más preciso en este punto ya que el artículo 1320 del ordenamiento civil español establece expresamente que "la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". Queda amparado el adquirente de buena fe y se logra seguridad jurídica, que es lo que todos debemos procurar.

VII. HIJOS MENORES O INCAPACES

Se ha entendido que quedan comprendidos uno o más hijos menores del matrimonio, ya sea que los cónyuges convivan o que estén separados de hecho. Ha ofrecido alguna duda el hijo matrimonial o extramatrimonial de uno de los cónyuges. En general, la respuesta es la que ofrece mayor protección atendiendo al trato familiar que todos reciben y al hecho de que han habitado en ese hogar⁶.

Entendemos lo que afirman los autores, no así cuando esos hijos son exclusivamente del titular de dominio, ya que sólo los une con el cónyuge de su padre o madre un vínculo de afinidad. El deber de guarda o cuidado corresponde al progenitor y no se ve por qué razón su cónyuge pueda tener un interés contrario a la disposición del bien invocando el interés de los hijos del propio titular de dominio.

Parece correcta la inclusión del niño por nacer, lo que injustamente fue negado en un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás según cuya sentencia la norma exige "la presencia física de un hijo en el hogar conyugal y no la expectativa de un hijo por nacer"⁷. Parece claro que el niño en gestación nacerá en el tiempo previsto por la naturaleza y requerirá el amparo y cuidado que la ley le otorga desde su concepción.

Con respecto a los incapaces la norma comprende a los dementes. Alguna duda se ha planteado respecto de los inhabilitados del artículo 152 bis. Estrictamente no son incapaces, sino que tienen una capacidad restringida de hecho. De todas maneras, en este punto se los ha asimilado en cuanto necesitados de protección⁸.

(6) FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., op. cit., p. 115. SAMBRIZZI, Eduardo A., op. cit., p. 431.

(7) SAMBRIZZI, Eduardo A., op. cit., p. 431.

(8) FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., op. cit., p. 115.

VIII. EL REQUISITO DE CONVIVENCIA

Deben convivir en el inmueble. Si alguno estuviera ausente circunstancialmente o internado, se entiende que forma parte del grupo familiar que habita el inmueble. Parece claro que ese es incluso el domicilio que les corresponde y constituye su hogar. Quedan fuera esos casos especiales en los cuales la guarda de los menores le es confiada a otra persona, supuestos en los que ya se han arbitrado otros medios de protección y el inmueble ha dejado de ser la casa de la familia.

IX. SU APLICACIÓN DESPUÉS DE DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según la norma en análisis, la disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose de bien propio o ganancial. La mención del bien propio y del ganancial hace que este aspecto de la disposición se refiera a la totalidad del artículo 1277.

La restricción al poder dispositivo del cónyuge titular, siendo importante durante la vigencia del régimen para evitar perjuicios patrimoniales, cobra mayor relevancia aún en el caso de disolución del régimen.

Con respecto a la disposición del inmueble ganancial, estando disuelta y no liquidada la sociedad conyugal, la doctrina y jurisprudencia predominante lo asimilan al condominio, razón por la cual el acto de disposición corresponde a ambos cónyuges, siendo aplicable el artículo 1277 para preservar el patrimonio ganancial, pero mutando la naturaleza del asentimiento del cónyuge no titular, que a partir de la disolución ha actualizado sus derechos sobre los gananciales y debe por lo tanto consentir el acto⁹.

Es lógica entonces la disposición que establece la aplicación cuando el régimen de bienes se ha disuelto y aún no se ha liquidado. Menos clara resulta en lo referente al bien propio. La redacción de la norma al respecto puede calificarse al menos de desafortunada. Los bienes propios quedan fuera de la masa de bienes a liquidar. No se advierte en qué puede incidir la disolución de la comunidad de gananciales.

Con esta mención equívoca, pareciera que quiere mantenerse la protección al menos mientras subsista el hogar conyugal en el que habitan hijos menores o incapaces. Esto es así durante el matrimonio y más aún en los casos en que los padres estén separados de hecho o en trámite de divorcio.

(9) FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., op. cit., p. 116.

Durante el matrimonio el acuerdo de los cónyuges permite la disposición del bien. Son ellos los que deben velar por la vivienda de sus hijos menores o incapaces. En las crisis matrimoniales, hasta que las cosas logren un orden por efecto de la sentencia de divorcio, el asentimiento del cónyuge no titular se hace necesario para garantizar la protección de la vivienda. No mediando acuerdo, en cualquier caso podrá obtenerse la venia judicial.

Este es el marco previsto. Por lo tanto, la norma en este aspecto debió referirse a la sentencia de divorcio y no a la disolución del régimen de bienes. Al surgir el conflicto que va a concluir en una sentencia de divorcio, el bien propio que fue sede del hogar conyugal en el que habitan hijos menores o incapaces, puede ser atribuido provisoriamente al cónyuge no titular según lo establece el artículo 231 del Código Civil. La misma disposición se ocupa del otorgamiento de la guarda provisoria de los hijos y de los alimentos.

Una vez dictada la sentencia de divorcio es de aplicación el artículo 207, que en su inciso 2 se refiere a la guarda de los hijos, como pauta para fijar la obligación alimentaria, que incluye entre otras cosas cubrir también la necesidad de vivienda. El tema también está regulado por el artículo 211 del Código Civil, que en su segunda parte se refiere al bien propio y lo atribuye al cónyuge inocente, haya o no hijos.

El artículo 211 citado está previsto para los juicios litigiosos en los cuales uno sólo resulte culpable. Evidentemente el espacio real de aplicación es escaso. La mayor parte de los divorcios no son litigiosos y el tema suele resolverse en los convenios previstos en el artículo 236 del Código Civil. En estos casos, el contenido del acuerdo puede establecer un derecho personal de uso a favor del cónyuge no titular y los hijos, a menudo hasta que llegue el menor de ellos a la mayoría de edad.

Recordamos estas cosas para hacer notar que, con posterioridad a la sentencia, es otra la normativa de aplicación y que en todo caso el artículo 1277, 2º párrafo, del Código Civil, sólo puede aplicarse con respecto a ese hogar que fue de los cónyuges y cuyo uso como vivienda fue atribuido al no titular. De todas maneras, la atribución de la vivienda del artículo 211 tratándose de un bien propio es más amplia que la restricción del artículo 1277 referida al inmueble propio, lo que nos muestra que estamos ante una superposición de normas con distinto nivel de protección.

Hay que tener presente también que al sancionarse la ley 17.711 no estaba previsto el divorcio vincular y no existía la normativa de la ley 23.515 que regula los efectos del divorcio, lo que explica la voluntad de extender la protección contra un acto arbitrario de disposición del cónyuge titular, lo que no fue bien expresado en cuanto a su alcance.

X. LÍMITE DE APLICACIÓN DE LA NORMA

¿Hasta cuándo sigue rigiendo la restricción con respecto al bien propio a que alude el segundo párrafo de la disposición? La respuesta varía según los diversos supuestos:

• El caso del bien propio

Si se trata del bien propio de uno y se ha atribuido el uso de la vivienda al otro, este derecho de habitación personal debe ser amparado. Como lo señalamos precedentemente las normas aplicables a los efectos de la sentencia de divorcio son más amplias que la protección que ofrece el artículo 1277, 2º párrafo, que se limita a los casos de hijos menores o incapaces.

Mazzinghi parece querer afirmar la vigencia de la disposición con posterioridad a la sentencia de divorcio en resguardo del cumplimiento de la obligación alimentaria del disponente en el rubro habitación. Si el ex cónyuge propietario garantizara la vivienda, "el acto de disposición sería procedente, ya que no sería razonable constituir una suerte de hipoteca en beneficio de los hijos, que carecen de todo derecho sobre el bien en cuestión"¹⁰. Se infiere del texto citado que se manifiesta a favor de la vigencia en ese caso.

Extremando el alcance Bossert, sostiene, en minoría, que la restricción se aplicaría aún en caso que se vendiera ese inmueble y el titular adquiriera una vivienda de reemplazo. Se operaría a su criterio una especie de subrogación real. Afirma:

"si el nuevo bien que se adquiere tras el divorcio reemplaza a otro anterior en la función de servir de asiento al hogar familiar, se ha producido un traslado al nuevo bien, de la calidad que lo afectaba al anterior (...) esta afectación se traslada al bien que en ese patrimonio reemplaza a aquél en la función de servir ahora de asiento al hogar de la familia"¹¹.

En contra de esta posición extrema, Sambrizzi manifiesta que en todo caso la restricción ampara al "inmueble que constituye el hogar conyugal adquirido con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, pero no los futuros sucesivos inmuebles que uno de los esposos haya adquirido con bienes propios luego de producida la disolución de la sociedad conyugal"¹².

(10) MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de Derecho de Familia*, T. 2, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 314.

(11) BOSSERT, Gustavo, *Protección del hogar familiar y conflicto conyugal*, La Ley 1982-B-719.

(12) SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 436.

Vidal Taquini introduce una distinción que nos resulta aceptable: si dictada la sentencia de divorcio uno de los cónyuges vive en el bien propio del otro, estará amparado por lo dispuesto en el artículo 211, 2º apartado del Código Civil; pero si vive en el bien propio suyo "no hay razón para solicitar el asentimiento del otro que puede ser el culpable, ni siquiera en interés de los menores, pues la protección de estos juega a través de una institución propia (artículo 206)"¹³. Acertadamente remarca que la protección deviene innecesaria si el cónyuge al que se le ha otorgado la guarda de los hijos menores o incapaces habita con ellos en el inmueble propio de su titularidad.

• El caso del bien ganancial adjudicado a un cónyuge

Los autores se han centrado más en este supuesto por su interés práctico y por ser uno de los casos más frecuentes. Si se dicta sentencia de divorcio queda disuelta *ipso iure* la sociedad conyugal y nace un período de indivisión hasta que se opere la partición.

En algunos casos, el inmueble sede del hogar se substraerá a la partición y quedará indiviso. Puede tratarse de un bien de titularidad de uno de los cónyuges o de ambos. De todas maneras al haberse extinguido el régimen el bien pertenece a ambos y no podría uno de ellos disponer por sí mismo. No podría transferirse el dominio sin la conformidad de ambos. Esto es así aunque esta realidad no tenga reflejo registral por no haberse efectuado la partición. Más que un caso de aplicación del artículo 1277 en toda su extensión, estamos ante un caso de codisposición.

Otras veces, el bien en la partición se adjudica a ambos por mitades, más allá que subsista un derecho de habitación a favor de uno de ellos durante la minoridad de los hijos. La disposición del bien requiere de un acuerdo de ambos, ya no rige el artículo 1277, nuevamente es un caso de codisposición.

También puede ocurrir, aunque no es lo más corriente, que el bien se adjudique a uno y el derecho a la vivienda con los hijos menores se confiera a aquél que tiene la guarda. La situación es semejante al caso de inmueble propio de uno en el que se ha establecido el hogar conyugal durante el matrimonio. Este es el caso que requiere especial protección, para lo cual la restricción prevista resulta necesaria. El problema en orden a garantizar una protección efectiva es la falta de publicidad registral, tema al que nos hemos de referir. Lo más común es que se procure adjudicar –cuando resulta posible– el inmueble ganancial que fue sede del hogar al cónyuge a cuyo cuidado quedan los hijos menores o incapaces.

(13) VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 357.

¿Seguirá rigiendo la restricción del artículo 1277, 2º párrafo, cuando el titular de este bien que ya podemos denominar "personal" (para no confundir con propio y ganancial, categorías válidas sólo para el régimen de comunidad de bienes) quiera disponerlo? En este punto se dividen las aguas.

Según un criterio más estricto para la disposición de ese bien, se requiere el asentimiento del otro esposo, aunque sea una circunstancia difícil de controlar ya que el inmueble queda inscripto como propio y a nombre de uno de los ex-cónyuges¹⁴. Hasta ese momento regiría la restricción. No así con respecto a los futuros inmuebles que se adquieran como vivienda de reemplazo¹⁵. En este sentido, se ha manifestado la jurisprudencia al establecer que el artículo 1277, 2º párrafo, no rige para los bienes adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. El fundamento de tal postura reside en que la norma exige la radicación del hogar conyugal, supuesto que no se verifica en el caso de adquisición de nueva vivienda, que en todo caso será familiar, pero no ya conyugal¹⁶.

Un criterio distinto sostiene que en este caso ya no es necesario el asentimiento del ex-cónyuge. En este caso, la restricción carece de sentido. Por una parte, el progenitor que tiene a los menores bajo su guarda puede mudarse libremente, al menos dentro de la jurisdicción¹⁷. Distinto es el cambio de radicación fuera del país o aún dentro del territorio si esto compromete la comunicación de los niños con el progenitor no conviviente. Si esto es así en todo caso siempre podría mudarse, desocupar el bien y luego venderlo, con lo cual al momento de la disposición del inmueble ya no sería siquiera sede del hogar familiar.

Participamos de este último criterio y sostenemos como fundamento que la norma debe interpretarse a la luz de las disposiciones específicas que rigen los efectos del divorcio y la patria potestad.

El artículo 264, 2 otorga el ejercicio de la patria potestad en caso de divorcio al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia. Esta norma vuelve al criterio del Código según el cual ha de darse la tenencia de los menores al progenitor más idóneo. Este es el que convive con los hijos menores.

(14) SAMBRIZZI, Eduardo E., op. cit., T I, p. 434 y ss.

(15) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 546.

(16) Cam.Nac.Civil, Sala B, mayo 7-1969, ED 53-596.

(17) BOSSERT, Gustavo, op. et loc. cit. Este autor por un lado defiende la subrogación real cuando quien ocupa la vivienda no es el titular del inmueble, pero afirma que cuando el bien se adjudica a quien queda con la guarda de los niños esta limitación al poder dispositivo carece de sentido. Si la conducta del guardador fuera perjudicial para los niños el otro podrá solicitar un cambio de tenencia. VIDAL TAQUINI, Carlos H., op. et loc.cit. sostiene que después de la partición la previsión del artículo 1277 es injustificada ya que el tema de la vivienda está regido por los artículos 207, y conc. y por el artículo 211 del Código Civil y que en el caso que contemplamos no hay razón de solicitar el asentimiento.

Esta disposición implica un voto de confianza en cabeza del cónyuge a quien se otorga la guarda. Será él quien tendrá la iniciativa en lo que concierne al niño. El otro progenitor tiene por ley un derecho de "adecuada comunicación con su hijo". Este derecho evita la desvinculación del progenitor que no tiene la guarda, pero prescinde de su intervención a menos que juzgue abusiva y perjudicial la decisión del guardador, para lo cual tiene abierta la vía de acceso a los estrados judiciales.

Si esta confianza ha sido depositada en el progenitor que tiene la guarda y convive con el menor, no tiene asidero que en lo referente a la disposición de la vivienda adquirida por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal, o con posterioridad, se requiera el asentimiento del otro progenitor, excónyuge, que no está en ejercicio de la patria potestad. Si estando el interés de los menores de por medio la ley confía en quien tiene la guarda en todo lo que concierne a la persona del menor, cuanto más será en lo que hace a la disposición de la vivienda familiar –ya no conyugal– decidida por quien tiene a los hijos a su cuidado.

El disponente deberá manifestar en el caso en que el bien que enajena no es sede de su hogar conyugal. Esto no contraría el hecho de que constituya su vivienda familiar en la que habita con sus hijos menores o incapaces. Podrá por ende prevalerse de las ventajas impositivas previstas para los casos de reemplazo de vivienda.

XI. PUBLICIDAD

Uno de los problemas que surgen es el de la inadecuada publicidad. Se han propuesto algunas soluciones. Se ha sostenido que podrían inscribirse en el Registro de la Propiedad documentos referidos a constataciones respecto a la existencia en el inmueble asiento del hogar conyugal de menores o incapaces, o de declaraciones en igual sentido¹⁸.

En lo referente a las declaraciones por las cuales se atribuye un derecho personal de habitación, a criterio de algunos autores, serían inscribibles en virtud de lo establecido en la ley 17.801, artículo 2 a). El citado artículo se refiere a declaraciones de derechos reales sobre inmuebles y en la especie no se trata de un derecho real sino de un derecho personal de uso a partir de su afectación como vivienda familiar.

Creemos que forzando un poco la interpretación podría concederse tal inscripción y que si así estuviera establecido por ley, el supuesto está contemplado en el artículo 2 c) en forma expresa, como es el caso del bien de familia.

(18) VENINI, Juan Carlos y VENINI, Guillermina, *La protección de la vivienda familiar*, JA-IV.690.

En alguna circunstancia se procedió a la inscripción por orden judicial¹⁹. Lo importante es que en caso de registrarse la condición de sede del hogar en que hubiera hijos menores o incapaces no sea como medida cautelar, dado que tales inscripciones tienen un plazo de vigencia y se requeriría la inscripción de otra providencia cautelar.

A nuestro entender, la inscripción registral es esencial en orden a la eficacia de la protección y en pro de la seguridad en el tráfico inmobiliario. Actualmente la publicidad es no registral. Surge de la ocupación del inmueble.

Cuando el titular del bien lo ha adquirido como soltero, o estando casado por haberlo efectuado con dinero propio, o porque lo hubo por herencia, legado o donación, si al momento de vender manifiesta ser divorciado debería declarar que la disposición del bien no está contenida en la restricción. Así debe exigírsele el escribano, no obstante que declare un domicilio diferente porque el bien puede estar afectado por la restricción. Al adquirente le compete conocer el estado de ocupación del bien que adquiere para poder esgrimir su buena fe.

Cuando el bien le ha sido adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal, si habita en el mismo con sus hijos menores o incapaces, también debería declarar según la interpretación que hemos adoptado, que la disposición no está contenida en la restricción del artículo 1277, 2º párrafo. De este modo queda amparada la buena fe del adquirente.

En realidad, el fundamento es porque el inmueble es sede de su hogar familiar, ya no conyugal, porque tiene la guarda de esos hijos, porque el amparo de la vivienda está regulado en esa instancia por las normas que rigen los efectos del divorcio. Esta es la interpretación que propiciamos, que armoniza con el resto de las disposiciones a que hemos hecho referencia y que contempla la protección legal, ya que en ese caso el progenitor que cuida a sus hijos no debe protegerlos de sí mismo, de su propia conducta. El amparo legal está previsto para el caso opuesto en el que el que habita con sus hijos menores no es el titular del bien, no para este caso tan frecuente y diverso.

XII. EL CASO DE LAS UNIONES DE HECHO

La equiparación de los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, consagrada por la ley 23.264 y por las convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Nacional por el artículo 75, inciso 22, han llevado a sostener que el artículo 1277, 2º

(19) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "El artículo 1277 del Código Civil y una anotación registral", *La Ley* 1985, D-65.

párrafo, ha de aplicarse siempre que existan hijos menores, aún cuando sus padres no estén casados.

En un fallo de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil no se hizo lugar a la división de un inmueble adquirido en condominio por los concubinos hasta que la hija de ambos alcance la mayoría de edad. El fundamento según la sentencia lo constituye la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil por cuanto no deben formularse diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial²⁰.

En esta línea de pensamiento se aboga por la no distinción entre ambos tipos de familias y entre los hijos de las familias de padres no casados que carecerían de protección.

El argumento puede resultar atractivo a primera vista. Nadie es partidario de discriminaciones injustas. Pero no puede dejar de considerarse la libertad que tienen los padres de casarse o de no casarse, lo que origina un diferente acceso al emplazamiento filiatorio respecto del padre y la no aplicación del estatuto matrimonial a los que no lo desean. Evidentemente esto priva de protección a los hijos en este aspecto, así como priva a los convivientes de los derechos personales y patrimoniales propios de los esposos.

Son los padres que en ejercicio de su libertad desprotegen a sus hijos al no utilizar los recursos que ofrece la ley para mejor ampararlos. La institución del matrimonio está prevista para amparar a los cónyuges y a la familia. El preferir el ámbito de la no regulación origina estas consecuencias que favorecen las decisiones individuales en las que no se asumen responsabilidades en detrimento del bien común familiar.

En cuanto a lo resuelto en la sentencia, nos parece correcto pero no por aplicación analógica del artículo 1277, 2º párrafo, del Código Civil sino porque en el caso se requiere armonizar las normas del condominio con las que rigen las relaciones familiares. El bien no puede rematarse ni disponerse sin respetar el derecho a la vivienda que es obligación de los padres de preservar, en virtud de su obligación de cuidar a sus hijos y sostenerlos, artículo 267 del Código Civil, y del principio de protección constitucional que surge del artículo 14 bis de la Ley Suprema.

El artículo 1277 del Código Civil rige la gestión de bienes de los cónyuges que está sometida al régimen de comunidad de ganancias y el segundo párrafo preserva la vivienda familiar con hijos menores o incapaces aunque el inmueble no sea ganancial o aunque pudiera regir un régimen de separación en virtud de la aplicación del artícu-

(20) *La Ley*, 2006 D, 603 con nota aprobatoria de FAMA, María Victoria, "Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil".

lo 1294 del Código Civil o si se hubiera extinguido la comunidad por otras causas, tal como lo hemos analizado precedentemente. Nada tiene que ver con las parejas no casadas que han optado por no someterse a las normas del matrimonio. De ahí que no resulta aplicable por vía analógica una restricción que en todo caso está reservada a los cónyuges²¹.

XIII. LA NORMA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998

En el derecho proyectado está prevista la pluralidad de regímenes patrimoniales del matrimonio, lo que supone la existencia de disposiciones comunes a todos ellos. El artículo 448 expresa:

“Ninguno de los cónyuges puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda común, (...) el que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un año de haberlo conocido, pero no más allá de un año de la extinción del régimen matrimonial”.

El texto difiere bastante de la disposición del artículo 1277 vigente. Es interesante señalar que ampara la vivienda común no limitándose a la existencia de hijos menores o incapaces, lo que ofrece una mayor protección al cónyuge sin hijos y a la familia con hijos mayores que conviven en el hogar. Limita el alcance de la norma a un año a partir de haber tomado conocimiento del acto de disposición y en todo caso nunca más allá de un año de la extinción o disolución del régimen.

Nada dice sobre el beneficio de la buena fe del tercero adquirente a título oneroso como lo hace el derecho español, pero otorga seguridad jurídica al limitar con mayor claridad el término de su vigencia.

(21) SAMBRIZZI, Eduardo A., op.cit. T.I, p. 438 y jurisprudencia citada en su nota 203.