RÉGIMEN DE AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA: TENSIÓN CON OTROS REGÍMENES PROTECTORIOS Y EL NECESARIO DIALOGO DE FUENTES.[2]

María Gabriela Calvo[3]
Maria Laura Estrada[4]

Resumen: El derecho humano a la vivienda es reglamentado por el Código Civil y Comercial de la Nación en varias normas como el régimen del art. 244 y ss. (Libro I, parte general), pero también en normas del Libro II relativo a las relaciones de familia, como el art. 456 y 522, sobre cuya extensión y juego sistemático no hay acuerdo. A este panorama se suma la posible colisión con otros regímenes protectorios como los del trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional. Se presenta una fuerte tensión valorativa y normativa entre el régimen protectorio del trabajador (acreedor laboral) y el empleador (deudor) que invoca la protección de su derecho humano a la vivienda, respecto de cuyas soluciones jurisprudenciales trata este trabajo. La existencia de soluciones contradictorias, nos interroga sobre la necesidad de profundizar y definir la interpretación normativa del objeto de protección del derecho humano a la vivienda, o enfrentarnos a soluciones valorativas y casuísticas contrarias a la seguridad jurídica.
Palabras claves: Protección- Trabajador- Vivienda-

ABSTRACT: The human right to housing is regulated by the Civil and Commercial Code of the Nation in various regulations such as the new regime of art. 244 et seq. (Book I, general part), but also in regulations of Book II related to family relations, such as art. 456 and 522, on whose extension and systematic play there is no agreement. Added to this panorama is the possible collision with other protective regimes such as those of the worker, subject of preferential constitutional protection. There is a strong evaluative and normative tension between the protective regime of the worker (labor creditor) and the debtor who invokes the protection of his human right to housing, regarding whose jurisprudential solutions this work deals with. The existence of contradictory solutions questions us about the need to deepen and define the normative interpretation of the object of protection of the human right to housing, or face evaluative and casuistry solutions contrary to legal certainty
Key words: Protection- Right To Housing – Worker-

1. INTRODUCCIÓN

Con el proceso de reforma del Código Civil y unificación con el Código de Comercio se recepta el llamado proceso de humanización del derecho privado bajo la inclusión del dialogo de fuentes (art 1 CCC) y la preeminencia de los Tratados de Derechos Humanos

2 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DERECHOS HUMANOS Y VIVIENDA: La protección de la vivienda a la luz del paradigma social de la propiedad como garantía de una tutela efectiva en el ordenamiento Jurídico argentino aprobado y financiado por la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas Y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis (convocatoria Presentación de Proyectos I+D+i 2023 Resolución de aprobación RR 214/2023) dirigido por Mag. Maria Gabriela Calvo.
3 Magister en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario. Directora Proyecto de investigacion convocatoria I+D+i 2023 Resolución de aprobación RR 214/2023. Profesora Adjunta efectiva responsable de la asignatura Derechos reales y por extensión de Derecho Privado II de la Facultad de Ciencias económicas, jurídicas y sociales de la Universidad nacional de San Luis. Villa Mercedes, Argentina. Mail: abogadamgcalvo@gmail.com.
4 Especialista en Derecho de los Negocios, por la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora Proyecto de investigacion convocatoria I+D+i 2023 Resolución de aprobación RR 214/2023. Profesora Adjunta efectiva responsable de la asignatura Derecho Privado Parte General y por Extensión en Derecho del Trabajo y la Seguridad social de la Facultad de Ciencias económicas, jurídicas y sociales de la Universidad nacional de San Luis. Villa Mercedes Argentina Mail: estradamarialaura@hotmail.com.

incluyendo en su texto el orden de prelación ya reconocido en la Constitución de 1994.
El nuevo cuerpo legal es innovador al receptar el paradigma constitucionalizador y establecer una comunidad de principios entre el Derecho Público, la Constitución y el Derecho Privado y en este marco se incorporan como fuentes los Tratados internacionales, en general, y los de Derechos Humanos, en particular con todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad.
El texto del art. 1 del CCC vino a saldar una disociación entre la Constitución Nacional y el derecho de fondo pero obligó al ordenamiento jurídico a reformular y adecuar muchos de sus institutos en base a las fuentes adoptadas regulando normas que hicieran efectivas las garantías constitucionales y convencionales tal el caso de derecho a la vivienda.
La vivienda goza de tutela constitucional (art. 14 bis, párrafo final) y convencional por lo que los legisladores dedicaron todo un Capítulo del CCC a su proteccion con una clara diferenciación respecto del régimen anterior.
El régimen vigente a partir del año 2015 comprende un modelo superador del sistema de la ley 14.394 al receptar los nuevos modelos de familia y la noción de proyecto individual de vida de la persona que cuentan con el reconocimiento de su derecho a la vivienda (Calvo-Bertres, 2021).
Este trabajo conjuga el estudio teórico propuesto con el análisis de de los fallos BEJARANO y ASSI[5] para determinar si es posible compatibilizar el régimen de protección y afectación de la vivienda del CCyC con otro gran bloque protectorio como lo es el resguardo del crédito laboral.
Los fallos de marras son disimiles, vacilantes y contrapuestas. En sus soluciones estas autoras identificamos una fuerte tensión valorativa y normativa pues resultan enfrentados dos regímenes protectorios entre la tutela del trabajador (acreedor) y el derecho a la vivienda invocado por el empleador (deudor). Se muestran dos vulnerabilidades, cuyas aristas y adecuada compatibilización serán objeto de análisis.

2. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONALIZADOR.

La garantía constitucional de la propiedad privada con sus caracteres de inviolable, ilimitada y absoluta (arts. 14bis y 17 CN) basada en el paradigma liberal colisiona desde la reforma constitucional del 1994 con la concepción social del derecho a la vivienda contemplada en los tratados de derechos humanos.
No obstante, y por efecto de la constitucionalización del derecho privado, la distinción entre este y el derecho público se diluye, teniendo a la persona como eje y centro del sistema jurídico y dotada de aquellas garantías propias de nuestro sistema constitucional, donde en el art. 14 bis se asegura el derecho a una “vivienda digna”.
Con estos contenidos refundantes, el nuevo código regula el régimen de afectación y protección a la vivienda, a lo largo de sus arts. 244 a 256, dando así con su posición sistemática, un primer elemento de análisis a destacar: recordemos que en la legislación anterior del siglo XX, el régimen de protección era a través de una ley especial, la 14.394, a la que se sumó luego la 24.441.
El CCyC genera un marco protectorio de la vivienda de la persona más allá de la existencia o no de familia que incluye un inmueble en dicho régimen, en el entendimiento de que la misma resulta ser la base de su desarrollo económico, social, personal y familiar. El sistema 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

[5] Fallos: “Bejarano, Gastón Cristian vs. Sánchez, Héctor Orlando s. Incidente de inoponibilidad del régimen de protección a la vivienda”, Cámara Civil, Comercial y Laboral, Reconquista, Santa Fe; 15/08/2023; Rubinzal Online; RC J 3415/23; y "Assi Ricardo Alfredo C/ Cruz Angelica Ramona y otros S/ Incidente" (Expte. Nº 1494/SL). Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Entre Rios - Sala II Laboral; Sentencia del 27 de Abril de 2020 Magistrados: Vicente Martín Romero, Alberto Adrián Welp y Fabián Arturo Ronconi. Id SAIJ: FA20080068.

que subyace del régimen la noción de protección del derecho a la vivienda, como derecho humano reconocido en nuestra Carta Magna (De Garay Lanus; 2019).

> *Los llamados derechos humanos configuran la base o el cimiento en el cual debe reposar cualquier construcción jurídica que se elabore para el gobierno de la vida comunitaria.*
> *Su avasallamiento destierra y torna vana cualquier pretensión de justicia (Hines; 1987).*

La adopción del nuevo paradigma en materia de vivienda se asienta en la exclusion del requisito de existencia de una familia para su procedencia. Ya no es necesaria una estructura familiar de convivencia para que el titular pueda acceder a la protección de la vivienda (arts. 245 y 246 CCyC).
También resulta una muestra el cambio de denominación del régimen que suprime la otrora mención de Bien de familia y la reemplaza por vivienda dejando claro la mutación en el objeto de protección que ya no es la familia sino el reconocimiento del derecho humano de toda persona a la vivienda.

3. ASPECTOS CENTRALES DEL RÉGIMEN PROTECTORIO DE LA VIVIENDA.

Teniendo en cuenta el cambio en el objeto de protección ya no es el bien de familia sino la vivienda protegida se consagra nada menos que el principio de autonomía personal y neutralidad moral del estado: el respeto al proyecto de vida individual, tan respetable como el familiar.
La protección puede recaer en un inmueble urbano o rural destinado a vivienda al que el régimen protectorio le otorga en principio el carácter de inejecutable por acreedores por deudas de fecha posterior a su constitución.
El inmueble afectado podrá ser embargado pero no ejecutado, salvo por las excepciones previstas legalmente por la naturaleza del crédito, por las cuales si podrá ser ejecutado: a) obligaciones por expensas comunes e impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble constituida de conformidad a lo previsto en el art 250; c) obligaciones originadas en construcciones o mejoras sobre el inmueble; y d) obligaciones alimentarias del titular hacia sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida. (Abella- Regis; 2015).
Siguiendo a Szmuch (2018) la afectación se puede hacer por la totalidad o una parte del valor del inmueble, si el valor que se incluye excede lo necesario para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, el juez puede morigerarla.
En cuanto a la legitimación, el código reconoce la posibilidad de afectar la vivienda a este régimen de protección por voluntad del titular registral (art. 245 CCYC), esto es, el titular dominial o condominal, o de derechos reales sobre vivienda propia que resulten asimilables, como la propiedad horizontal o el conjunto inmobiliario. Si se trata de condóminos, estos deberán por unanimidad decidir la afectación, ahora bien, para desafectar se requiere mayoría absoluta. (art. 255 CCYC)
Una segunda forma de afectación es por acto de última voluntad, es decir por un acto mortis causa, el testamento, es decir un acto negocial que va a tener efectos luego de producida la muerte de la persona, y donde esta decide que un bien sea protegido como vivienda. En tal caso el código obliga al juez a petición de cualquiera de los beneficiarios, del Ministerio Publico o aun de oficio -si aun alguno de los beneficiarios fuere incapaz o con capacidad restringida- a ordenar la afectación. Repárese que el código obliga al juez, no lo faculta.
Una tercera forma, es también por disposición judicial y siempre a petición de parte, pero en resoluciones de atribución de vivienda tanto en juicios de divorcio o de conclusión de convivencia, siempre que haya beneficiarios con incapacidad o capacidad restringida (art. 245). La doctrina ha vacilado si esta convivencia de que habla el código

debe ser registrada, y por virtud de la interpretación sistemática con el art. 256 que regula la atribución de uso entre ex convivientes que no exige registración, se podría pensar que también es este el caso.

4. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AFECTACIÓN

El régimen beneficia en primer lugar, al propio constituyente, que puede ser una persona sin estructura de pareja o hijos, es decir, simplemente por su designio individual de proteger su propio derecho humano a la vivienda.
Ahora bien, en caso que el constituyente tenga una estructura familiar o relacional que cohabite con él en la vivienda, el propio código establece quienes podrán beneficiarse con el régimen protectorio instituido: a) el propio constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes. Repárese que al hablar del conviviente no exige registración sino cohabitación efectiva (247). Asimismo, se pueden prevaler del beneficio, en defecto de los anteriores, los parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.
Los beneficiarios podrán invocar el beneficio siempre que la habitación sea efectiva (art. 247), bastando que uno de ellos permanezca habitando el inmueble.
El beneficio es, sin dudas, la inejecutabilidad del bien durante el período de afectación a vivienda por parte de los acreedores; y consecuentemente, también resistir los pedidos de estos para desafectar el bien del régimen de vivienda protegida.
Para especificar esta consecuencia jurídica debemos entonces definir qué jurídicamente es el período de afectación y qué derechos confiere.
El período de afectación es una suerte de paraguas temporal y espacial desde cuyo inicio la vivienda es inejecutable por deudas de causa o título posterior a la afectación.
Así entonces, como efecto principal de la afectacion el art. 249 establece que no podrán ejecutar la vivienda los acreedores de título o causa posterior a la afectación, excepto: a) obligaciones por expensas comunes e impuestos que gravan directamente el inmueble; b) obligaciones con garantía real que el propio constituyente pudo haber constituido pese a la afectación; c) obligaciones con origen en mejoras o construcciones de la propia vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.
Tampoco podrán ejecutar los importes que sustituyan a la vivienda en concepto de indemnización o precio. Esto se conoce como principio de subrogación real, es decir que aun cuando el bien protegido se venda o se sustituya por una indemnización - porque por ejemplo ocurrió un siniestro, este dinero está también igualmente protegido y fuera del alcance de los acreedores.
Los acreedores de causa o título anterior a la inscripción, sí podrán ejecutar la vivienda, es lo que jurídicamente se reconoce como inoponibilidad del régimen a los acreedores de causa anterior a la afectación, dando lugar procesalmente a los incidentes de inoponibilidad del régimen de vivienda protegida.

5. ASPECTOS TEMPORALES DE LA AFECTACIÓN:

Hemos referido que la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a la inscripción.
Es así que en cada caso particular habrá que estar a la causa fuente del crédito que se considere.
Particularmente en los acreedores laborales (trabajadores) se ha decidido, al igual que en anteriores regímenes de protección, que las deudas laborales, cuando se trata de ejecutar algún bien del demandado que está afectado al régimen de protección de la vivienda, tienen como causa no el momento de celebrarse el contrato de trabajo bajo cuyo amparo se hubieran devengado los créditos, sino la fecha de su extinción.
Esto es la extinción de la relación laboral, que da nacimiento a los créditos contractuales u originados en un ilícito contractual. -

Si el trabajador tomara en cuenta la posición económica del empleador para concertar con él contratos de empleo, el mismo criterio deberá llevar a postular que la posterior venta por el empleador de cualquier inmueble de su propiedad es una injuria laboral o bien inválida si no cuenta con la conformidad de los trabajadores preexistentes.
Desde esa perspectiva, ninguna duda cabe que los créditos salariales e indemnizatorios receptados en juicios laborales donde se condena al empleador, se tornan exigibles a partir de la fecha de rescisión del vínculo habido (despido indirecto o indirecto habido) y no desde el comienzo de la relación laboral[6].
Así lo ha resuelto jurisprudencia reciente ya citada sobre el nuevo régimen del código civil, utilizando los precedentes habidos a la luz de las disposiciones de la Ley 14394 y en esto sí la misma es unánime.

6. OBJETO Y FACULTADES:

Todas son novedades en cuanto al objeto protegido, y dotan al sistema de una flexibilidad que los anteriores no tenían. Una primera novedad del régimen en análisis es que puede someterse a protección toda la vivienda o una parte de su valor. Otra ventaja del nuevo sistema es que nos e requerir que sea una vivienda única, sino que el constituyente puede tener varios inmuebles, pero afectar solo uno a vivienda (244 CCYC) Ello se suma a la novedad del principio de subrogación real, que protege de los acreedores los importes que sustituyen a la vivienda como previo o indemnización. Y otra no menos importante novedad es que el constituyente podrá constituir al inmueble protegido como garantía, claro está que si hay cónyuge o conviviente este deberá prestar el asentimiento, y si este se opone, falta es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.
Pero lo cierto es que el inmueble no queda impedido de ser ofrecido como garantía, como en anteriores regímenes. Claro está que, para ese crédito, perderá la protección como es lógico. Y finalmente una última novedad es que a diferencia de regímenes anteriores no se exige para inmuebles urbanos un valor mínimo, lo cual da cuenta de la mayor amplitud que ha querido dársele a este instituto. Sí se lo exige para inmuebles rurales, sujeto a lo que disponga la reglamentación local, y siempre que haya posibilidad de vivienda habitable.

7. TENSIONES Y COMPATIBILIDADES CON OTROS SISTEMAS PROTECTORIOS. EL CRÉDITO DEL TRABAJADOR.

Otra de las consecuencias de la mentada oponibilidad del régimen de afectación, es que el mismo puede hacerse valer incluso en un proceso concursal del titular. Así el art. 249 sostiene que en un proceso concursal la ejecución de la vivienda solo puede pedirse por los acreedores exceptuados enumerados en el 249. Esto da la pauta de la amplitud de la garantía. La vivienda afectada no es ejecutable tampoco en el proceso concursal, salvo por aquellos acreedores y con el régimen legal de privilegios especiales y generales de la ley de concursos y quiebras.
En el caso tipo que motiva este análisis, no se trata de un proceso concursal sino de ejecución individual de un crédito de un trabajador. En el mismo, luego del triunfo de la acción por el trabajador, se pretende ejecutar el inmueble del empleador afectado al régimen de protección de vivienda, para lo cual se articula un incidente de inoponibilidad del régimen de protección a la vivienda.
Así en el fallo BEJARANO el informe registral daba cuenta de tal afectación con fecha 12/03/18, fecha “posterior” a la causa de la deuda laboral del demandado para con el

---

[6] (Torrilla, Paula Andrea vs. Halfon, José Eduardo s. Otros reclamos. CNTrab. Sala X; 14/03/2023; Rubinzal Online; RC J 4002/23C.N.A.T, SALA III, SI 74.224 del 24/6/97, "MOREL RUIZ DE LEGUIZAMON Gabina c/ BERAJA SALMON s/despido"); (C.N.Civ. Sala H en L.L. 1998-B-141- 96784; C.N.Com. Sala A en L.L. 1999 E, 125-99287 y, en igual sentido, CNAT Sala X, SI Nº 9378 del 28/03/03, in re "Guerrero Caballero Felix c/ Baez Romero Pastor").

trabajador, que databa de 2014. De modo tal, que dicha afectación aparecía en principio como inoponible.
Es allí que el ejecutado invoca la protección con fundamento en el art. 456, último párrafo, del CCCN. En efecto, en razón de la concepción de que el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano y merced a la constitucionalización del derecho privado en general, y de familia en particular, los arts. 456 y 522 del CCCN contemplan que "la vivienda familiar queda protegida, aun cuando no se la haya afectado en los términos del art. 244 y siguientes", salvo que se trate de deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro. De tal guisa, si el inmueble que se le ha embargado al empleador constituye su hogar familiar (matrimonial en el caso de autos) aquél resulta inejecutable.
La cámara hace lugar a tal planteo, confirmando la inoponibilidad del régimen de protección de la vivienda por ser "de fecha posterior a la causa del crédito del trabajador"; no obstante, amplia la protección declarando la inejecutabilidad del bien embargado mientras siga siendo la vivienda familiar del empleador. No obstante, la Cámara dispone que el embargo podrá ser mantenido porque en caso de cambiar la situación del inmueble, éste podría ejecutarse: "El acreedor embargará, pero no podrá ejecutar su crédito y proceder a la realización en subasta pública si no acredita alguna causal de exclusión de dicho beneficio...".[7]
Se observa entonces, que el régimen de protección de la vivienda permite así la embargabilidad, pero no la ejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores, demostrando así una superioridad frente al crédito del trabajador.
El fallo se aparta del régimen de excepciones establecido por el art. 250 CCC lo que demuestra que el análisis jurisdiccional fue más allá de la letra de la ley en una interpretación convencional de la misma y ponderando el reparto de derechos y la distribución de intereses que necesariamente debe realizar el derecho.
En palabras de CIURO CALDANI el derecho debe ocuparse de intereses y de fuerzas, el derecho se desenvuelve según lo que se llaman adjudicaciones de lo que favorece o perjudica la vida.[8] En términos del ordenamiento jurídico esto determinara cuales son bienes que reciben protección y como se distribuyen las garantías cuando colisionan dos protecciones.
La lucha en las distribuciones y reparto de derechos y protecciones genera coaliciones y tensiones entre derechos y la necesidad de compatibilizar los mismos en resguardo de los individuos.
El art. 244 señala que la protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales de igual naturaleza tuitiva como pueden ser la atribución del uso de la vivienda como uno de los efectos derivados del divorcio (arts. 443 y 444); la atribución del hogar común, en caso de ruptura de la convivencia (art. 514), la protección de la vivienda familiar como efecto de las uniones convivenciales durante la convivencia (art 522); atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial y atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes (arts. 526 y 527) y los regímenes protectorios de otras ramas del derecho, como el caso en análisis, las del derecho laboral.
Por su parte en el fallo ASSI también en análisis, si bien el resultado es idéntico en cuanto a dar preeminencia a la protección a la vivienda, la contradicción entre los

[7] Esto último se decide en función de un presente citado por el mismo órgano que resuelve, que es el de la CNCom., Sala F, 15/09/16, Gómez, Alberto A. y ot. c. Sama Explotaciones Agrícolas SRL y ot. s. Ejecutivo, Legaldoc ID44878, aclarando que si bien el fallo refiere al régimen de afectación registral, su inteligencia es aplicable a la protección del art. 456 del CCCN. Pero mientras no haya cambio perdurará la inejecutabilidad. La misma inejecutabilidad dispone el art 522 del código para la convivencia, registrada

[8] Ciuro Caldani en ocasión de participar en la Exposición "Perspectivas trialistas de la cultura jurídica" señaló que la idea de reparto se apoya en la idea de libertad porque hay conducta. La dimensión sociológica del derecho se basa en las distribuciones y repartos. Hay una cantidad de disciplinas de las que la dimensión sociológica puede tomar elementos. La dimensión normológica capta esa realidad social con sus horizontes también de metodología, de lingüística y la dimensión axiológica. Las tres dimensiones que constituyen lo que sería común al derecho. https://www.youtube.com/watch?v=Va8w9-5vu5Y

votantes es más fuerte, contraponiéndose claramente en el fallo la pregunta: " el valor alimentario de la indemnización del trabajador es de carácter superior al del derecho del patrón a conservar su vivienda?".
El fallo decide denegar la protección al trabajador y amparar la vivienda, pudiendo distinguirse tres posturas sobre el objeto o alcance del objeto protegido en el derecho a la vivienda, que es en definitiva la lectura profunda que debe hacerse del caso:

a) **La postura amplia – que en la colisión da preferencia al derecho a la vivienda por sobre el crédito del trabajador:**

Esta postura es sostenida en el fallo por Welp, que considera que el nuevo CCC prevé dos campos específicos de protección de la vivienda familiar:

1º) frente a los efectos de los contratos celebrados por uno de los cónyuges, el art. 456 del CCC, y con las excepciones allí previstas, esto es para la materia contractual y dentro del régimen matrimonial; La norma del 456 in fine, consagra una cláusula de inejecución legal de la vivienda familiar y demás bienes enunciados, asimilable a lo que conocíamos como bien de familia, pero de fuente legal y sin exigencia de registro previo alguno, si la deuda se originara después de la celebración del matrimonio y no estuviera consentida por ambos, o fuera asumida la obligación por el titular dominial sin el asentimiento del otro cónyuge no titular, no requiere ningún tipo de publicidad jurídica, es una protección basada en la situación de hecho de vivienda familiar y persigue evitar que, a través de la asunción de deudas por uno de los cónyuges, se llegue la disposición forzosa de la vivienda: el bien no podrá subastarse ni judicial ni administrativamente. Pero se recalca que "Esta exigencia y limitación solo será aplicable a las obligaciones que nazcan después de la entrada en vigencia de éste Código".[9]

2º) fuera de lo contractual, un régimen de afectación similar al anterior, que muestra el art. 244 del CCC, el que sí requiere inscripción y publicidad.
Pero también, existe una regla general clara y potente: la protección de la vivienda familiar como principio que guía toda la interpretación y que el legislador ha dejado bien claro.
De allí que para la vivienda familiar los arts. 456 y 522 del CCyC constituyen un régimen particular respecto de la inejecutabilidad de la vivienda familiar, en cuanto a que establecen excepciones a la regla general de la inejecutabilidad del art. 244 del mismo cuerpo legal.
En palabras de quien fundara y representa esta postura en el fallo: “hoy día en el derecho argentino la vivienda única familiar es inejecutable”. El fundamento estriba en tutelar la vivienda familiar, entendida como un derecho humano (CSJN, fallos: 335:452). La ley protege la vivienda en general, el derecho de las familias y el de las personas.[10]
Para esta postura AMPLIA, ante la colisión de derechos (Trabajador –Vivienda) se propugna "apelar a una interpretación integradora de las normas protectorias vigentes para ambas partes”. Así considera que el derecho a la protección de la vivienda única está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio. Tal reglamentación está dada no sólo en los arts. 242, 244 y 249 del CCC, sino también por los arts. 456, 462, 522 y 638 del CCC.
Cuando el crédito del trabajador es de fecha anterior a la inscripción y dicha protección de vivienda protegida le es “inoponible”, entra a jugar la aplicación, del art. 456, último párrafo, del Código Civil que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015.
Este dispositivo debe leerse en el marco de la estructura general del Código en la

[9] Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado, Clusellas - coordinador-, Tomo 2, Astrea, FEN editora notarial, pág. 418.
[10] (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias, Tomo 2, Hammurabi, pág.184, comentado dirigido por Bueres).

materia. A su entender, con cita de Sal[11] , el nuevo Código Civil y Comercial ha instalado un nuevo paradigma, se trata de un código de principios y no de reglas casuísticas, propio de un Estado de Derecho Constitucional donde la norma se aplica dependiendo del contexto, debiendo el Juez para resolver los conflictos ponderar todo el ordenamiento jurídico para resolver con razonabilidad y justicia. Es la interpretación "integradora".
Los casos se resuelven atendiendo el valor justicia social, el dar a cada uno lo suyo de la visión aristotélica evitando resultados antisociales, propugnando el bienestar general (cfr. Preámbulo de la Carta Magna, art. 11 LCT, CSJN en "Escalona c. RENATEA, del 13/05/2021) y teniendo en cuenta la función social del juez en el nuevo código civil y comercial (cfr. Mario Masciotra, Revista La Ley, del 26/05/2016).
Es clara la intención de tutelar la vivienda familiar y la intención de consagrar la idea de la vivienda como un derecho humano (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo III, Lorenzetti -Director-, Rubinzal Culzoni, pág. 46). Puesto en esta categoría, el derecho del acreedor a hacerse de su crédito, por más que sea un trabajador - resguardado especialmente por las leyes- queda en segundo término. El Estado pone encima la protección de la única vivienda por sobre el tradicional concepto de patrimonio como prenda común de los acreedores, al menos como principio, de allí que no sea necesaria la inscripción ni publicidad registral, bastando que se dé el supuesto fáctico de vivienda familiar efectiva.

b) La postura restringida – que en la colisión da preferencia al derecho del trabajador por sobre el derecho a la vivienda:

En el fallo citado se refleja en la postura del magistrado Roncoroni. En efecto, para esta postura del enunciado normativo que provee la última parte del art. 456 del C.C.C., no puede válidamente extraerse la consecuencia jurídica de inejecutabilidad de la vivienda.
Desde esta perspectiva, a diferencia de la anterior, el nuevo Código Civil Comercial aborda la reglamentación relacionada con la “vivienda familiar” desde dos ángulos.
Por un lado, los arts. 244 y ss. reemplazaron la vieja ley 14.394 y establecieron los requisitos a cumplir para inscribir un inmueble como bien de familia, sustrayéndolo del radio de acción que puede alcanzar el poder de agresión de los acreedores.
Por otra parte, en los capítulos que el nuevo ordenamiento destinó a regular los derechos y deberes de las partes dentro del matrimonio y las nuevas uniones convivenciales se establecieron normas, como el mentado art. 456 (o el art. 522 que lo reproduce para ese último supuesto).
La finalidad del art. 456 in fine es evitar que se produzca la pérdida de la vivienda familiar por el endeudamiento de uno de los esposos sin el consentimiento del otro. En otras palabras, persigue evitar que una actitud arbitraria del propietario deje sin techo al resto del grupo familiar (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída; “La Protección Jurídica de la Vivienda Familiar”, Edit. Hammurabi, 1995, pág. 179).
En efecto, en razón de la concepción de que el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano y merced a la Constitucionalización del derecho privado en general, y de familia en particular, los arts. 456 y 522 del CCCN contemplan que "la vivienda familiar queda protegida, aun cuando no se la haya afectado en los términos del art. 244 y siguientes".[12]
En consonancia con ello, en su parte final, el artículo indica que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, aunque establece dos excepciones: la primera, que la deuda haya sido contraída por ambos miembros de la pareja, y la segunda que lo haya sido por una de ellas con el asentimiento de la otra.

---

[11] Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado, Clusellas - coordinador-, Tomo 2, Astrea, FEN editora notarial
[12] Fallo: García de Ghiglino, Silvia en CCCN y Normas Compl., Anál. Doc. y Jurisp., Bueres-Dir., T. 2, Hammurabi, 1° ed., 2016, pág. 190

“Resulta imposible pasar por alto, como un real punto saliente de la norma en comentario, la terminología que ella emplea, toda vez que al demandar el 'asentimiento' conyugal se deja en claro que quien lo presta no resulta parte en el negocio jurídico concluido por su pareja…” (op. cit., Ed. Rubinzal Culzoni, 1ra. Edición, 2015, Tomo III, pág. 44)

Para esta postura queda explícito, pues, que la finalidad y el propósito del legislador fue regular relaciones entre cónyuges o convivientes (en caso del art. 522 CCC) y no establecer un blindaje para la vivienda familiar frente a cualquier tipo de acreedor.

Por eso es que triunfa el derecho del trabajador a ejecutar la vivienda si no se efectuó la inscripción como vivienda protegida en términos del art. 244 CCYC.

Es que el caso de las deudas laborales, las mismas son de fuente contractual y atento ello debe tenerse por otorgado el “asentimiento” de la -conjetural- pareja cuando se asumió la obligación lícita de cumplir con el débito que el contrato de trabajo que celebró un trabajador le impuso.

En palabras del votante: “Alegar, que no poner la vivienda familiar por encima de todo acreedor, incluso de aquellos que reclaman créditos considerados “alimentarios” (vgr. trabajadores, niños, abuelos u otras personas en estado de vulnerabilidad) violaría el catálogo de pactos de DDHH constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 C.N es una interpretación forzada y voluntarista. Alegar, subestimando la inteligencia del legislador, que el bien dónde se asienta la "vivienda familiar" ha dejado de ser "garantía común" de los acreedores en los términos que contempla el art. 743 CCC, porque la enumeración de la que allí se habla ha quedado ampliada "por otra ley", representada en este caso -esa “otra ley”- por un precepto no explícito contenido en el mismo ordenamiento al momento de ser sancionado es otro forzado voluntarismo”.

Desde el punto de vista sistemático, asimismo, para esta postura restringida resulta incorrecto pretorianamente sacar del comercio un bien inmueble por puro paternalismo estatal sin aclarar ni discriminar si existirían créditos exentos, como por ejemplo los asentados en obligaciones originadas en impuestos, tasas o contribuciones, expensas, construcciones o refacciones realizadas en el mismo inmueble, o alimentos adeudados a sujetos hiposuficientes como menores, incapacitados o ancianos.

En critica a la postura amplia, la postura restringida sostiene que estirar la interpretación del art. 456 del CCC para llevarlo a decir lo que no dice implica un exceso de jurisdicción y trastoca la división de poderes pensada por el constituyente. No parece válido razonar que el novel legislador olvidó “automatizar” la afectación de la vivienda única familiar como bien no susceptible de ser considerado incluido dentro de la prenda común de los acreedores.

Finalmente se señala que optar por la postura amplia a más de desentenderse de preservar la coherencia del sistema, podría acarrear consecuencias negativas en razón del mensaje disvalioso que se ofrece a la comunidad, dado que en un país en el cual los ejemplos de quebrados fraudulentos condenados penalmente brillan por su ausencia, se estaría alimentando la patología social que representa el trabajo “en negro”.

c) La postura intermedia – que da preferencia alternativamente al derecho del trabajador o al derecho a la vivienda según la casuística:

Para esta postura se renuncia a dar preeminencia in abstracto a alguno de los derechos en pugna, propulsando optar por la solución más justa para la situación fáctica ventilada en cada caso.

Parte de considerar que si bien la protección del art. 456 comprende a la familia en una concepción más amplia que al matrimonio propiamente dicho -pues utiliza el termino vivienda familiar y no conyugal-, no en todos los casos la vivienda única sería inejecutable, como tampoco que la protección comprendería al titular dominial aun cuando viviere solo.

En tal entendimiento no toda vivienda única queda amparada por el sistema, porque

sólo considera que la protección convencional, constitucional y legal, está referida a una vivienda adecuada o necesaria para que la familia pueda cumplir con sus necesidades básicas de subsistencia en condiciones de dignidad, quedando excluidas, por ende, aquellas viviendas lujosas, opulentas o suntuosas.
Lo de la vivienda digna o adecuada no resulta antojadizo, sino que surge de las expresiones "vivienda digna" -art. 14 bis, CN- y "vivienda adecuada" -del art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, y que la CSJN en Q.C.S.Y c Gobierno ciudad de Bs As. 24/4/2012, por mayoría entendió como aquella que posee condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral de sus habitantes.
Con tales aclaraciones, habrá de darse preeminencia al derecho a la vivienda sólo cuando se cumplan tales características excepcionales.

8. RELACIÓN ENTRE VIVIENDA, ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE. CAUSALES DE DESAFECTACIÓN

Del análisis efectuado resulta que ambos derechos puestos en juego: crédito alimentario del trabajador, derecho a la vivienda del empleador, en ambos casos jurisprudenciales citados, ha triunfado el segundo de ellos.
Resta analizar si aún vencido en la contienda incidental, al acreedor laboral le quedan recursos para probar circunstancias que enerven el régimen de protección, como seguidamente exponemos.
Nos preguntamos entonces, si no se escapan circunstancias que puedan amparar injusticias o fraudes. Es así que analizamos que herramientas le quedan al trabajador una vez que se le ha declarado a su respecto la inejecutabilidad de la vivienda de su empleador.
En un avance en relación al régimen de bien de familia anterior, el código no exige un máximo de valor económico para afectar la vivienda. Nos preguntamos entonces, si frente a tal extensión del derecho acordado al constituyente, puesto en la dinámica de protección con el trabajador, si fuera posible plantear alguna figura como el abuso del derecho o el fraude a la ley.
Sería el caso que la vivienda del empleador sea de un valor excepcional de mercado, o el caso que no habite la misma.
En efecto, nuestro código no ampara el ejercicio abusivo de derechos entendiendo por tal aquel que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros.
Contamos con un concepto normativo, pues el propio Código en su art. 10 indica que debe considerarse ejercicio abusivo a aquel que: a) contraría los fines del ordenamiento jurídico; b) excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Ambos supuestos, que aluden a conceptos que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto, deben ser valorados en forma dinámica, pues la determinación de lo que es o no abusivo no puede quedar cristalizada al tiempo de la sanción de la norma.
De acuerdo a lo determinado en el último párrafo del art. 10, ante la verificación de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debe:
a) Adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la perduración o concreción de los efectos de tal ejercicio abusivo, sea que este provenga de un acto concreto o se presente como una situación jurídica abusiva (art. 1120 CCyC). La disposición constituye un supuesto específico de ejercicio de la función preventiva regulada en los arts. 1710 a 1715 CCyC.
b) Si correspondiere por ser ello aún posible y razonable, procurar la reposición de las cosas y circunstancias al estado de hecho anterior al ejercicio abusivo; y
c) También si correspondiere —porque deben reunirse los factores exigidos para el ejercicio de la función resarcitoria (Título V, Capítulo I, Libro Tercero)—, fijar una

indemnización.
En ese marco, podría pedirse la ejecutabilidad si el valor excesivo de la propiedad se pone en cuestionamiento de modo fundado y razonable con las circunstancias del caso, pese a que como dijimos no es una exigencia legal.
Asimismo, el trabajador puede recurrir siempre a las normativas sobre fraude a la ley del art. 12 del Código. La estipulación contempla la existencia de un determinado acto, realizado bajo la cobertura de una norma, pero destinado a soslayar o burlar una prohibición establecida por otra, de carácter imperativo.
Asimismo, las posibilidades de invocar la inoponibilidad de la afectación por fraude (338 y ss. CCyC), cuyas posibles complejidades serían extensas de analizar en el presente trabajo.
Finalmente, si se tratara de un caso de vivienda inscripta, le quedara al trabajador pedir la DESAFECTACION (art. 255 inc. D): a instancia de cualquier interesado (en este caso el trabajador) si no subsisten los recaudos previstos en este capitulo o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios.
Sería entonces a cargo del trabajador probar, por ejemplo, que el constituyente no habita efectivamente la vivienda utilizando a la inscripción como una mera mascara para burlar los derechos de sus acreedores.

9. CONCLUSIONES:

El diálogo de fuentes del art. 1 y sgtes del CCC incorporó un nuevo diálogo de fuentes propio del paradigma constitucionalizador adoptado por el cual el ordenamiento debía reformular muchos de sus institutos en base a las fuentes adoptadas con normas que hagan efectiva las garantías constitucionales y convencionales como el derecho a la vivienda.
El régimen protectorio del 2015 es regulado con una mirada superadora del sistema de la ley 14.394 receptando los nuevos modelos de familia, la noción de proyecto individual de vida de la persona y su derecho a la vivienda
Esta herramienta del régimen de afectación constituye una herramienta segura y flexible, que permite adaptar a las necesidades de su titular el grado de afectación y contempla muchas de las garantías y perspectivas o paradigmas del nuevo código.
El régimen de afectación de la vivienda del libro primero del código civil y comercial, se complementa con la protección a la vivienda del art. 456 ultima parte, en una extensión tal que lo elevan a la categoría de derecho humano. La extensión de la garantía entra a cuestionarse cuando se enfrenta a derechos de sujetos de preferente tutela constitucional como lo son los trabajadores y los créditos alimentarios de que son titulares.
Los casos jurisprudenciales, aunque con soluciones de preferencia a la vivienda, tienen argumentaciones diversas y vacilantes en cuanto a la extensión del derecho humano a la vivienda reglamentado en el código civil y comercial, y se enfrentan al dilema de soluciones valorativas o soluciones normativas. -
En efecto, desde una perspectiva se señala que el trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional" y que se estaría negando protección a un sujeto que trabajó tal vez en forma clandestina, cobrando salarios por debajo de las escalas, retaceados sus derechos, sin cobertura por accidentes de trabajo, sin aportes al sistema previsional, sin cobertura de salud para él y su familia, sin el reconocimiento de sus derechos básicos reconocidos por la Constitución Nacional.
Pero no deja de considerarse, que muchas veces no estamos muy lejos de un conflicto entre iguales, donde los empleadores poco tienen de la empresa o del empresario que tiene en mente la LCT, propio del modelo fordista, sino que más bien muchos casos se parecen a la lucha entre quienes poco tienen.
Ha dicho al respecto Nino: la definición de las indeterminaciones entre derechos constitucionales en pugna es un paso ineludiblemente valorativo, por más que se lo intente superar con operaciones en teoría neutras.

Allí aparece entonces el análisis normativo del caso, donde la postura amplia sostiene que el legislador argentino ha sido contundente en proteger la vivienda familiar, casi sin excepciones -las que son taxativas- poniendo por encima de todas las demás protecciones la de la vivienda de la familia, base y esencia de la sociedad.
Por tanto, en tal entendimiento la defensa del bien de familia es imperativo constitucional y para que no sea una enunciación jurídica sin posibilidades prácticas de aplicación se requiere un criterio interpretativo amplio de las normas que tienden a posibilitarlo.
Su utilización empero, no puede amparara fraude o abuso, existiendo la posibilidad siempre de argumentar razonablemente y probar elementos exceptuantes de la protección como el abuso del derecho (valor excesivo) o desafectación por no cumplirse los recaudos de habitación efectiva de los beneficiarios.
Entendemos que más allá de la casuística, es preciso unificar el criterio interpretativo en un tema que traduce innegable impacto en la seguridad jurídica y que involucra derechos humanos fundamentales como los aquí tratados.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Abella Adriana N., Regis Ariel, (2015) Código Civil y Comercial comentado Comentario artículo 249. Coordinador Eduardo G. Clusellas. T° 1 Astrea Bs As 2015 p. 644

Calvo Maria Gabriela – Bertres Maria del Valle (2021) "Derechos humanos y vivienda: Tensiones entre el dominio privado y la función social de la propiedad" en XXI Congreso nacional y XI latinoamericano de sociología jurídica (SASJU) UNR https://www.fder.unr.edu.ar/

Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado, Clusellas - coordinador-, Tomo 2, Astrea, FEN editora notarial Año 2015/2019

De Garay Lanús, Inés (2019) "La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana". Tesis de maestría. Universidad Católica Argentina. Link:https://repositorio.uca.edu.ar/

Hinés Luisa Maria (1987) La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos Revista de derecho publico Fundación de derecho administrativo SAIJ: DACA870173.

Szmuch, Mario Modelos de escritos Derechos Reales Roberto Malizia. 1ª ed. Rubinzal-Culzoni. Bs As Año 2018. p 762