**La interpretación del art. 526 del CCyC existiendo hijos menores de edad[[1]](#footnote-2)**

La vivienda es un derecho humano imprescindible de toda persona humana y a partir dela sanción del ordenamientoCivil y Comercial en el año 2015 queda amparada –con diversas modalidades- en todas las formas y relaciones familiares, poniendo fin a abultados debates doctrinarios y jurisprudenciales y revelando la constitucionalización/convencionalidad del derecho de las familias.Todo ello, sin dudas en base a una clara y progresiva ampliación de derechos.

El Código Civil y Comercialestablece como uno de los efectos post cese de la unión convivencial–ante falta de pacto en contrario- la atribución de la vivienda familiar a uno de los convivientes por un tiempo determinado fijado por el juez y que no puede ser superior a los dos años contados desde el cese de la unión.Este plazo es una de las diferencias de lo que sucede en la disolución matrimonial donde la atribución no tiene un plazo máximo fijado legalmente.

Para decidir si procede o no, el juez cuenta con criterios objetivos establecidos por la norma (artículo 526*): “…si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata”.*

Cierta doctrina –minoritaria por cierto- ha pretendido remarcar que el artículo 526 establece una franca diferencia entre los hijos nacidos de uniones convivenciales respecto a los matrimoniales –por el límite temporal de la atribución- esbozando una supuesta inconstitucionalidad de la norma. Quienes se encuadran en esta posición yerran, a mi criterio, en el encuadre legal pretendido.

Cuando hablamos de atribución de la vivienda respecto de “los hijos” -de una unión convivencial o matrimonial- obligadamente nos tenemos que referir al artículo 659 y no al 526 del Código Civil y Comercial.

El propio Código en su estructura ubica ambos artículos en títulos diferentes porque están destinados a regular situaciones distintas.

El artículo 526 está dirigido a normar las relaciones entre los convivientes (adultos) y no la obligación alimentaria de los progenitores de proporcionar una vivienda a sus hija/os. Es por ello, que se fija a la atribución un plazo máximo de dos años, para garantizar al conviviente que no se le ha otorgado el uso del inmueble que su derecho no se vea limitado por un tiempo excesivo, sino hasta que el otro logre proporcionarse por sus propios medios una vivienda.

Sin embargo, cuando existen niña/os menores de edad, el límite en el plazo fijado por la norma no debe ser tomado en cuenta ya que debe priorizarse principalmente el interés superior de éstos y, en consecuencia, se les debe garantizar la vivienda hasta su mayoría de edad por sobre el derecho de propiedad que poseen los progenitores, siendo en consecuencia aplicable el artículo 659 que detalla el contenido de la obligación alimentaria:*“La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio…”*

Como puede observarse en el Código Civil y Comercial dicha obligación se encuentra incluida dentro del Título VI de la “Responsabilidad Parental” en el Capítulo 5 referente a los “Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos”.

El derecho de los alimentos de las niñas, niños y adolescentes constituye un presupuesto esencial para la realización de todos sus derechos. Los derechos alimentarios de los niños/as y jóvenes deben ser comprendidos y dimensionados hoy a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

La vivienda es uno de los principales derechos que deben garantizar los padres para lograr que las niñas, niños y jóvenes crezcan en un ambiente digno y acorde a sus necesidades conforme lo prevé en su artículo 27 inciso 3) la Convención sobre los Derechos del Niño, integrante del bloque constitucional.

De este modo se han manifestado Kemelmajer de Carlucciy Molina de Juan (2015):

…Este límite no rige cuando hay hijos menores de edad o con capacidad restringida, porque en este caso, ellos son los verdaderos beneficiarios de la atribución del uso… La protección de la vivienda de los niños, niñas y adolescentes receptada en el nuevo Código Civil y Comercial se nutre de un plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional argentino, cuales son la dignidad de la persona, la igualdad real de oportunidades y el derecho humano a la vida familiar…(Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015, p.110/11).

De la misma manera Pellegrini(2019):

Ello no obsta a que en caso de existir descendencia, el uso de la vivienda integre la prestación alimentaria del conviviente a quien no se le asigne el uso y, en tal caso, se trata de un derecho de los hijos, para los que no rige el plazo máximo legal de dos años (CCCom. de San Salvador de Jujuy, sala 2da, 11-11-2005, S., R.T. c/C., S. S/DESALOJO” RubinzalOnline, RC J 818/16) (p.359).

Si entendiéramos que el plazo máximo establecido en el artículo 526 resulta aplicable existiendo hijos menores de edad, ello implicaría que el nuevo Código Civil y Comercial en el punto en cuestión, pese a sus grandes avances en materia de familia dejaría un gran vacío y desigualdad referente a la protección de la vivienda para los hijos nacidos de éstas uniones. Claramente existiría una inequidad o injusticia del sistema que se manifestaría en la discriminación y trato desigual entre hijos extra o matrimoniales que arduamente la doctrina y jurisprudencia actualizada venían pregonando por su total eliminación.

Además, entender el artículo de ese modo conllevaría a considerarlo inconstitucional ya que atentaría contra el principio de igualdad ante la ley que plasma el artículo 16 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional artículo 75 inciso 22) de la misma, en especial el artículo 2 inciso 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, esta interpretación se contradeciría también con el propio Código ya que el principio de igualdad de los hijos se encuentra reconocido expresamente en el artículo 558.

La Jurisprudencia se ha ido expidiendo al respecto:

*“Se modifica la sentencia apelada en lo que respecta al plazo de dos años fijado para la atribución de la vivienda familiar, otorgada a la madre y los hijos menores de edad, por cuanto ese plazo dispuesto por el art. 526, Código Civil y Comercial, rige para las relaciones entre los convivientes adultos, pero bajo ningún aspecto puede comprender a los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, puesto que el contenido de la prestación por alimentos que se fija a su favor, debe comprender expresamente el rubro habitación (art. 659, Código Civil y Comercial), de ahí que en estos supuestos, para la atribución de la vivienda familiar, no corresponda establecer plazo alguno. Cabe agregar, que al respecto el art. 14 bis, Constitución Nacional, que garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna; en igual sentido los arts. 2, 18 y 27, Convención de los Derechos del Niño, de los que se deriva que la decisión adoptada -de no establecer un plazo para la atribución de la vivienda familiar- resguarda debidamente el "interés superior del niño"…”.[[2]](#footnote-3)*

Similar análisis efectúa el Juzgado de Familia NºSeis de la Provincia de Buenos Aires en autos “S.M.L. C/R.M.A. S/MATERIA A CATEGORIZAR”, Registro Nº 121-S Folio Nº612/639, 16 de mayo de 2018.

Bacigalupo de Girard, M. (2004) mucho antes de la sanción del Código Civil y Comercial referenciaba en palabras de Cecilia Grosman:

 La tutela constitucional de la familia, que abarca su amparo social, económico y jurídico, exige regulaciones y políticas públicas que aseguren dicha protección, trátese de una familia originada en el matrimonio o de una convivencia de pareja. Por ello, la atribución de la vivienda cuando hubiese hijos de la unión debe recibir el mismo tratamiento que en el supuesto del matrimonio (Grosman C., 2004, p.209).

Ahora bien, más allá de la normativa de fondo mencionada y los comentarios y falloscitados, existe un plexo de derechos consagrados a nivel internacional con reconocimiento constitucional, que hacen necesaria su aplicación operativa más allá de estas disyuntivas. La aplicación de las normas de derecho internacional no es una facultad para los jueces sino un deber impuesto (artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial).

En virtud de ello, cobra relevancia el tan mentado interés superior del niñoreceptado por el Código Civil y Comercial (artículo 639), Convención de los Derechos del Niño y Ley N°26061.

En el Congreso Internacional de Derecho de las Familias Niñez y Adolescencia se sostuvo de lege lata que: “En virtud de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2° inc.2), los arts. 2, 558 párrafo segundo y 659 del Código Civil y Comercial corresponde interpretar que el límite de dos años previsto en el art. 526 no rige cuando la vivienda se atribuye al ex conviviente que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad” y “Se reputa inconstitucional el plazo de dos años establecido respecto del inc. a) del art. 526 por considerarlo discriminatorio respecto de los hijos matrimoniales –frente a los cuales no se computan plazos- y de los habidos en unión convivencial”.[[3]](#footnote-4)

Claramente la interpretación integral y sistemática del Código Civil y Comercial desde la perspectiva del derecho internacional constitucional/convencional y en consecuencia de los derechos humanos, no deja lugar a dudas que la atribución del uso de la vivienda cuando cesa la unión convivencial existiendo hija/os menores de edad, debe ser resuelto a la luz de la obligación alimentaria en el marco de la responsabilidad parental de sus progenitores.

No obstante la ampliación de derechos mencionada, tal extensión normativa exige un correlato que aprecie el aspecto sociológico de las normas y tiene que ver con su eficacia, su práctica, la interpretación y aplicación de las mismas que efectúan los operadores jurídicos. Por ello, este Código obliga a éstos a llevar a cabo una interpretación y aplicación del ordenamiento no descontextualizada, es decir, teniendo en cuenta fundamentalmente los artículos 1, 2, 9 y, en el derecho de familia: 706, 709 y 710.

**Bibliografía citada:**

 GROSMAN, Cecilia, 2004, *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Ed. Universidad.

 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aída y Mariel F. MOLINA DE JUAN, 2015, “La Protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial”. *Actualización Jurídica Iberoamericana, núm. 2*.

 PELLEGRINI, María Victoria, 2019, *Código Civil y Comercial explicado, Derecho de Familia, Tomo I*, Lorenzetti, Ricardo Director General, Herrera Marisa Directora, RubinzalCulzoni.

1. *Silvana Rodríguez Musso* [↑](#footnote-ref-2)
2. M., C. M. y otros vs. D., D. A. s. Alimentos, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D, 08-09-2017; RC J 6752/17, RubinzalOn line. [↑](#footnote-ref-3)
3. Conclusiones Comisión n°5, en Congreso Internacional de Derecho de las Familias Niñez y Adolescencia, Mendoza, 9 y10 de Agosto de 2018, www.congresoderechodefamiliasmendoza.com/conclusiones/. [↑](#footnote-ref-4)