



La protección de la vivienda frente a los acreedores de la persona humana en el Código Civil y Comercial Argentino

-Trabajo final de graduación-

Autor: Valsecchi María Celeste

2017

Abogada

Resumen

La vivienda es un derecho fundamental de la persona humana y se encuentra protegida en el Código civil y comercial de la nación, sustrayéndola del patrimonio como prenda común de los acreedores. Tiene que existir la voluntad del propietario del bien de acogerse al régimen de vivienda ya que el mismo no es automático.

La protección de la vivienda se rige en sentido amplio, con independencia del tipo de familia de quién o quiénes la habiten. Se inscribe la afectación del inmueble en el Registro de Propiedad Inmueble, quedando así inejecutable para los acreedores posteriores a la inscripción, salvo algunas excepciones.

El presente trabajo de investigación busca analizar las condiciones que hacen que la vivienda quede protegida legalmente y no pueda ser objeto de agresión por parte de los acreedores.

Analizando opiniones doctrinarias y fallos jurisprudenciales se concluye que las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva regulación del Congreso, que el interés y la protección integral de la familia son principios constitucionales que deben prevalecer sobre la ley en algunas circunstancias. La protección de la vivienda única no puede convertirse en un pretexto que permita a deudores maliciosos evadir el cumplimiento de sus obligaciones.

Palabras claves: Régimen de vivienda. Afectación y desafectación. Subrogación real. Inejecutabilidad de la vivienda.

Abstract

Housing is essential to meet man's basic needs and is protected in the civil and commercial code of the nation, removing her heritage as a common pledge of the creditors. The will of the owner has to follow the regime of housing since it is not automatic.

Housing protection is governed in broad sense, regardless of the type of family live in it. Is inscribed the affectation of the property in the Registration of Property, leaving thus unenforceable for creditors subsequent to the registration, except some exceptions.

This work will analyze the conditions that make that housing is legally protected and cannot be object of aggression by creditors.

Analyzing opinions doctrinal and jurisprudential failures it is concludes that relations between creditor and debtor can only be object of the exclusive regulation of the Congress, that the interest and the integral protection of the family are principles constitutional that must prevail on the law in some circumstances. The protection of the housing only not can convert is in a pretext that allow to debtors malicious evade the fulfillment of their obligations.

Key words: housing scheme. Involvement and deallocation. Subrogation real unenforceability of the housing.

Índice

Introducción	5
Capítulo 1: Historia del “bien de familia”	7
1.1 Antecedentes históricos.	9
1.2 Bien de familia en la ley 14.394	12
Capítulo 2: Vivienda en el Código Civil y Comercial de la República Argentina	18
2.1 Afectación del inmueble	20
2.2 Legitimados	22
2.3 Beneficiarios	25
2.4 Beneficiarios en las uniones convivenciales	27
Capítulo 3: Efectos de la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble	31
3.1 Efectos de la afectación de la inscripción	32
3.2 Transmisión de la vivienda	43
Capítulo 4: Desafectación y cancelación de la inscripción	47
4.1 Desafectación	48
4.2 Subrogación real de la vivienda	54
Referencias	64

Introducción

La familia es una institución básica y fundamental de la sociedad. Por lo tanto, todo aquello que genera posibilidades para su protección resulta de alto impacto social.

La vivienda que habita la familia tiene un papel preponderante en la vida de las personas, ya que es el lugar que le ofrece refugio, habitación, protección de las inclemencias del clima y de cualquier otra amenaza. La vivienda es una necesidad primordial del ser humano. Sin vivienda, no hay hogar, sin hogar no hay calor para que la vida crezca, no hay pasado ni futuro, no hay memoria ni esperanza.

La vivienda es uno de los derechos fundamentales de la persona humana, motivo por el cuál ha sido debidamente receptada por los instrumentos internacionales y con rango constitucional en el art. 75 inc.22 de la Constitución Argentina. Un régimen parecido de protección a la vivienda está vigente en muchos países de América, citando como ejemplo, EE.UU., Canadá, México, Brasil, Colombia, Perú, Uruguay, Paraguay y con diversos alcances y matices en la legislación europea como en Francia, Italia, Portugal, Suiza, Alemania.

Teniendo en cuenta lo expresado, en este trabajo se analiza las distintas circunstancias en donde las leyes protegen a la vivienda y esta no puede ser ejecutada por un acreedor para el cobro de su crédito.

A los fines de concretizar la investigación, se expone el siguiente objetivo general de este trabajo que es analizar de manera exhaustiva las leyes vigentes para determinar en qué casos la vivienda queda protegida frente a la agresión de los acreedores. Al hacerlo se tendrá en cuenta los siguientes objetivos específicos, analizar los casos en los cuales se podría aplicar la subrogación real, evaluar los efectos para el propietario de la vivienda que produce la inscripción al régimen de vivienda en el Registro de Propiedad Inmueble, determinar la afectación objetiva y subjetiva de este instituto, analizar la vivienda como bien social y su protección por las leyes.

La estrategia metodológica a utilizar es de tipo cualitativa, la cual permite una comprensión e interpretación profunda de los hechos o normas que regulan

la problemática planteada .debido a que no se pretende una exhaustividad estadística sino más bien, profundizar en aspectos teóricos que refieren al tema.

De acuerdo al problema planteado y a los objetivos elaborados, el presente Trabajo Final de Graduación consta de cuatro partes fundamentales.

En el Capítulo 1, que se titula Historia del bien de familia, se muestra la historia del derecho a la vivienda en Argentina. La incorporación del derecho a la vivienda en la Constitución Nacional Argentina en el artículo 14 bis, desde la reforma constitucional del año 1957. Se analiza la ley 14394 del año 1954, que reguló el instituto del bien de familia con un claro propósito de defender al núcleo familiar de los posibles avatares patrimoniales que pudieran sobrevenir por la pérdida del bien inmueble que fuera asiento de la familia.

En el Capítulo 2, se examinan los artículos del Código civil y comercial de la República Argentina que consagra la protección de la vivienda como un derecho humano esencial de las personas. La protección de la vivienda la puede constituir el titular dominial, aun cuando no tenga familia y viva sólo. No es necesario para el caso de los condóminos que sean parientes, solo es requisito para mantener la afectación al régimen de vivienda que un beneficiario la habite.

En el Capítulo 3, se investiga los efectos de la inscripción de la vivienda al régimen en el Registro de la Propiedad Inmueble conforme a las reglas locales. Se examina la prioridad temporal prevista en la ley nacional del registro inmobiliario. Análisis jurisprudencial nacional.

El Capítulo 4, versa sobre el modo de desafectar y cancelar la inscripción analizando las consecuencias y la opinión doctrinaria al respecto. Análisis de la subrogación real del inmueble afectado al régimen, prevista en la ley a fin de evitar graves perjuicios a quienes habitan el suelo argentino.

Capítulo 1: Historia del “bien de familia”

El ser humano siempre ha tenido la necesidad de refugiarse para contrarrestar las condiciones adversas de vivir a la intemperie. En la prehistoria, para protegerse del clima adverso o las fieras, solía refugiarse en cuevas naturales con su familia. Con el pasar del tiempo los materiales y forma de construirla han ido cambiando pero siempre la vivienda es una edificación cuya principal función es ofrecer refugio y habitación a las personas.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre que nace de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad, esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute¹.

La vivienda adecuada fue reconocida como el derecho que tiene el hombre a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El derecho a una vivienda adecuada incumbe a todos los Estados, puesto que todos ellos han ratificado por lo menos un tratado internacional relativo a la vivienda adecuada y se han comprometido a proteger ese derecho mediante declaraciones y planes de acción internacionales o documentos emanados de conferencias internacionales. Varias constituciones protegen el derecho a una vivienda adecuada o declaran la responsabilidad general del Estado de asegurar una vivienda y condiciones de vida adecuadas para todos. Los tribunales de varios sistemas jurídicos también han fallado sobre casos relativos al disfrute de ese derecho, abarcando por ejemplo los desalojos forzosos, la protección de los locatarios, la discriminación en materia de vivienda o el acceso a servicios básicos en esta esfera (Observación general N° 4 del Comité, 1991).

El derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad, puesto que se relaciona con derechos no vinculados con la propiedad y tiene como fin asegurar que todas las personas humanas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad.

¹ Comisión N 2 (1992). Conclusiones de las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático. Junín, Argentina.

1.1 *Antecedentes históricos.*

Expone Borda (1993), que la esencia del instituto del bien de familia es el aseguramiento y protección de la sede del hogar doméstico bajo un mismo techo. Se pretende salvaguardar el patrimonio o parte del patrimonio que le interesa a la familia.

En Argentina se han registrado regímenes de fomento a la propiedad urbana y rural, como fueron la concesión de tierras públicas para ganadería prevista en la ley 1501 del año 1884, las llamadas casas baratas contempladas en la ley 9677 del año 1915, y el lote de hogar, regulado por la ley 10284, del año 1917 (Luna, 1998).

Cuando se reforma la Constitución Nacional en 1949, una constitución sancionada durante la primera presidencia de Juan Domingo Perón (1946-1952), dentro de la corriente jurídica del constitucionalismo social, se garantiza el bien de familia protegiendo la vivienda única de los juicios por deudas. Algunas palabras que marcaron el obrar durante el gobierno fueron “La vivienda no es un privilegio del hombre que puede, sino uno de los derechos del hombre de pueblo”². Durante su mandato se creó el Banco Hipotecario Nacional para facilitar préstamos sobre hipotecas, los fondos fueron orientados principalmente a viviendas de carácter popular.

El concepto de vivienda única³ utilizado en varias normas de protección a la vivienda y en circulares de bancos y organismos oficiales, es aquella que constituye el único inmueble del titular, destinado a vivienda y de ocupación permanente, entendiendo por este último concepto el lugar de residencia de la

² Perón, J. (1952). Discurso del 01/05/1952. Disponible en www.jdperon.gov.ar/1952/10/discursos/ fecha de consulta 05/05/2016.

³ Medina, G. (2003). Protección constitucional de la vivienda familiar. Con especial referencia a las modernas constituciones provinciales *Revista de Derecho de Familia*, 7(2), 40.

mayor parte del año, y que guarda relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar.

La ley 14.394, promulgada el 14 de diciembre de 1954, permitió constituir bien de familia a un inmueble rural o urbano, propiedad del constituyente, y que el valor del mismo no exceda las necesidades de sustento y vivienda de la familia. El inmueble así protegido no podía ser embargado o ejecutado por deudas posteriores a la inscripción como tal. Esta ley ha regido por más de sesenta años, hasta la sanción del Código civil y comercial de la nación en el año 2015 (Kemelmajer de Carlucci, 1995).

En 1956 fue derogada la Constitución de 1949 y en las reformas constitucionales del año 1957, se agregó a la Carta Magna el artículo 14 bis, en el cual se prevé que por leyes especiales se debe dar protección integral de la familia; entre otras cosas por la defensa del bien de familia.

Bidart Campos (1992), expresa que con la reforma de la Constitución Nacional, en 1994, los tratados internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22 gozan de jerarquía constitucional. Esa lista puede engrosarse con otros tratados internacionales de Derechos Humanos que suscriba Argentina y a la vez aprobados por el Congreso, consigan, en una segunda votación, dos tercios del total de miembros de cada Cámara. Por tal disposición, múltiples tratados internacionales, tomaron jerarquía constitucional, citando a manera de ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho a la vivienda se recoge como uno de los derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, apartado 1 y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

sociales y culturales (PIDESC). La Convención de los Derechos del Niño da un marco tutelar de protección integral, en el artículo 27 se consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, social, la obligación de los padres u otras personas encargadas del menor de proporcionar los medios económicos que sean necesarios para el desarrollo del niño. A los Estados, de adoptar medidas apropiadas para ayudar a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo (Bidart Campos, 1992).

Se puede enunciar que la reforma constitucional argentina de 1994 insertó al país en un movimiento más innovador y progresista respecto del tratamiento de los tratados dentro del ordenamiento interno y de la jerarquización constitucional de aquellos que se refieran a los humanos.

Desde agosto del 2015 con la vigencia del Código civil y comercial de la nación se ha dejado de lado la expresión “bien de familia” reemplazándose por “vivienda”, un régimen que comprende la protección de la misma en un sentido mucho más amplio. Jerarquiza un derecho fundamental de todo ser humano, como es el de disponer de una vivienda, con independencia de su estructura familiar, por lo que es un instituto independiente de la familia, aunque no ajeno a ella.

Naturalmente que al reemplazarse una regulación por otra, surgen algunas diferencias de interpretación, generando los llamados conflictos de leyes en el tiempo, lo que conlleva a una posible colisión durante la vida de las relaciones humanas, que surgen en un determinado momento y se extinguen en otro. Es tarea del juez analizar normas de dos etapas diferentes, utilizando las llamadas normas de transición o de derecho transitorio⁴. El artículo 7 del Código civil y comercial de la nación manifiesta que se aplicará el mismo a las consecuencias aún no agotadas de las relaciones y situaciones jurídicas existentes a partir de la entrada en vigencia, agosto 2015. Las nuevas leyes

⁴ Fuente: El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme (20/04/2015). Diario La Ley. Recuperado en, AR/DOC/1330/2015 45.

supletorias no son de aplicación a los contratos en ejecución, con excepción de la más favorable al consumidor en las relaciones de consumo.

1.2 *Bien de familia en la ley 14.394*

Como se señaló anteriormente, la ley 14.394, que introducía modificaciones al régimen de los menores y de la familia estuvo en vigencia por más de sesenta años desde 1954 que fue sancionada. En los artículos 34 al 50 refería específicamente a todo lo relacionado con el bien de familia, glosando su artículo 34 que “toda persona puede constituir en "bien de familia" un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”⁵.

Para la ley y teniendo en cuenta la evolución social del momento de la sanción de la misma, la familia se constituía por el propietario y su cónyuge, sus descendientes (hijos, nietos, etc.) o ascendientes (padres, abuelos, etc.) y sus hijos adoptivos, aunque no vivan con el propietario.

En la ley 14394 se detallan los siguientes requisitos para la constitución del bien de familia:

1) El constituyente del bien de familia debe acreditar su propiedad mediante presentación del título pertinente. Debe ser dueño del inmueble. Si hubiere condominio, el Art. 43 de la ley 14394 exige la decisión unánime de todos los condóminos, requisito que coincide con el art 2682 que rigen el condominio en el Código de Vélez, según el cual los actos de disposición deben ser realizados con el consenso de todos los copropietarios. Además, debe tener capacidad para disponer a título oneroso. En el caso de una persona casada, se sostiene que es necesario el asentimiento del cónyuge si pretende afectar un

⁵ Ley 14394. Disponible en <https://www.google.com.ar/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=texto%20completo%20ley%2014394> fecha de consulta 15/08/2016.

inmueble ganancial, o uno propio en tanto sea el asiento del hogar conyugal y existan hijos menores o incapaces, incluso disuelta la sociedad conyugal.

Debe justificar la existencia del cónyuge, ascendientes, descendientes, hijos adoptivos o parientes colaterales dentro del tercer grado de consanguinidad, con las partidas correspondientes. La convivencia de éstos últimos beneficiarios debe ser acreditada mediante declaración jurada tal como lo prevé el art. 1 del Decreto 2513/60⁶, modificados por los Decretos 38/63 y 2528/66, que convivan con él.

2) El propietario o su familia debe habitar el inmueble o explotar por cuenta propia la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas. Este es un requisito fundamental para que subsista la afectación del inmueble. En cuanto a la explotación, se ha considerado que la locación del inmueble es una forma de explotación del mismo.

3) Si alguien resultare ser propietario único de dos o más inmuebles beneficiados por este régimen, debe optar por la subsistencia de la inscripción del beneficio para uno solo de ellos, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido primero.

4) La inscripción del bien de familia se gestiona, en jurisdicción nacional, ante la autoridad administrativa del Registro de Propiedad Inmueble y contra sus decisiones hay un recurso de apelación ante el juez civil. En el caso que el inmueble este situado en las provincias, el bien de familia se inscribe en el Registro de Propiedad Inmueble correspondiente a su ubicación geográfica y es la provincia quien reglamenta el modo de realizarlo.

Es obligatoria la instrumentación de la inscripción del bien de familia por escritura pública en el supuesto de constitución por donación. También se constituye por cualquier tipo de testamento y posterior inscripción registral por orden del juez del sucesorio, cuando es pedido por el cónyuge o por la mayoría

⁶ Decreto 2513/60 Disponible en <http://legislacion.16mb.com/normas/decreto-nacional-2513-60-10-3-1960-23259012.html> fecha de consulta el 15/08/2016.

de los interesados. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio.

El trámite de la inscripción es gratuito, tanto en lo que concierne al pago de tasas y sellados, como al asesoramiento administrativo.

Las personas que decidan afectar un inmueble a bien de familia personalmente, debe realizarlo ante el Registro de Propiedad Inmueble, por acta administrativa, cumplimentando con los siguientes requisitos⁷

1- Acreditar mediante declaración jurada la existencia y composición de la familia. Manifiestar la identidad de los parientes colaterales que conviven con el propietario en el supuesto final del art. 36 de la ley 14394. No tener otro inmueble afectado al régimen, ni tampoco tener en trámite la afectación de otro inmueble. Que el propietario o su familia habitan personalmente el inmueble o lo explotan por cuenta propia.

2- Acreditar los parentescos que se declaren a tal fin con las respectivas partidas o resoluciones judiciales.

3- Justificar la situación jurídica del inmueble y su valuación fiscal.

4- Si hubiere condominio, la petición de acogimiento deberá ser hecha por todos los condóminos, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36 de la ley 14394.

Desde la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad Inmueble correspondiente, el bien de familia es oponible a los terceros, no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal. Solamente por la publicidad que da la inscripción es que los terceros que realicen alguna transacción económica con el propietario del inmueble pueden conocer si el bien podrá ser embargado o ejecutado en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas.

⁷ Documentación requerida en la Provincia de Córdoba para constituir el bien de familia <http://portaldetramites.cba.gov.ar/ver/tramite/673> fecha de consulta 25/07/2015.

La constitución del bien de familia produce efectos diferenciales y sólo la inejecutabilidad, se produce a partir de la inscripción en el registro; los otros efectos, consentimiento conyugal⁸, exención impositiva⁹ y rebaja arancelaria¹⁰ son autónomos respecto de la inscripción y tienen efectos pre o pos registrales. La desafectación del inmueble como bien de familia se puede realizar a solicitud del propietario, con la conformidad del cónyuge, o de oficio. Cualquier interesado, también puede pedir la desafectación cuando el inmueble ya no es de propiedad del constituyente, cuando los beneficiarios dejaren de convivir con aquél o no cumplieren con la obligación de habitar en el mismo.

⁸ **ARTICULO 37.** – El "bien de familia" no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm> fecha de consulta 01/10/2016.

⁹ **ARTICULO 40.** – El "bien de familia" estará exento del impuesto a las transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el artículo 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión. **ARTICULO 46.** – Todos los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del "bien de familia" estarán exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm> fecha de consulta 01/10/2016.

¹⁰ **ARTICULO 47.** – La autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del "bien de familia". Si ello no obstante, los interesados desearan la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del 1% de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial. **ARTICULO 48.** – En los juicios referentes a la transmisión hereditaria del bien de familia, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar al 3 % de la valuación fiscal, rigiéndose por los principios generales la regulación referente a los demás bienes. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/103605/texact.htm> fecha de consulta 01/10/2016.

Existen diversas concepciones y opiniones respecto a la definición de la vivienda, lo cierto es que definiciones restrictivas son insuficientes y que en los países en desarrollo las definiciones más comunes reconocen que la carencia de hogar incluye un elemento de exclusión social.

El derecho a la vivienda no exige que el estado construya viviendas para toda la población, el derecho a la vivienda no es lo mismo que el derecho a la propiedad. El bien de familia es un instituto de raigambre netamente social, que se encuentra estrechamente vinculado con la protección de la familia como unidad primaria de la sociedad, a su vez, tiene relación con los derechos humanos de la persona, como es el derecho a una vivienda digna, garantizado por la Constitución Nacional en el artículo 14 bis. El bien jurídico a proteger, es la vivienda, que tiene destacada importancia que el bien de familia funda una institución que trasciende el marco de la legislación Argentina para constituirse en un instituto del derecho internacional. Se encuentra contemplado en las leyes con diversos alcances y matices de la legislación europea y americana. Es por ello, que en las cuestiones que con él se vinculan se encuentra involucrado el orden público desde el punto de vista de los intereses condicionados y garantizados por la Constitución Argentina.

La organización institucional argentina tiene la peculiaridad de que el Congreso de la Nación sanciona la legislación de fondo, entre la que se encuentra el derecho civil, mientras que las provincias se han reservado la legislación procesal y de carácter administrativo. De esta manera el dictado de la ley sobre bien de familia, es potestad del congreso de la Nación, mientras que la regulación de los trámites de inscripción, por tratarse de normas de procedimiento, corresponde a cada provincia.

En cuanto a las normas locales que pretenden crear un privilegio de inejecutabilidad de la vivienda pueden ser consideradas inconstitucionales por ser materia propia de la Nación según el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional y esto produce deficientes resultados finales, por afectar el debido proceso sustantivo. El cumplimiento de las normas provinciales debería estar en armonía con la aplicación de la ley nacional.

Algunas provincias argentinas han consagrado en sus leyes locales, normas protectoras de la vivienda familiar, que pueden ser tachadas de inconstitucionales. Los acreedores se sienten perjudicados al ver que se sustrae ese bien de la garantía que es el patrimonio del deudor. En el caso de la Constitución de Córdoba de 1987, por ejemplo, el artículo 58 ha establecido la inembargabilidad de la vivienda única, sin la exigencia de la publicidad registral, lo que ha provocado numerosos conflictos.

**Capítulo 2: Vivienda en el Código Civil y Comercial de la
República Argentina**

La vivienda constituye uno de los derechos fundamentales de la persona humana. A nivel nacional se encuentra el Código civil y comercial de la nación que ha previsto en el Libro Primero, Título III, Capítulo 3, la regulación del derecho a la vivienda, contemplando una idea más amplia de familia y limitando la afectación al régimen de vivienda a un sólo inmueble por un valor parcial o total del bien. Como consecuencia de ser considerada derecho fundamental, son exigibles frente a los poderes públicos, obligan también en las relaciones entre particulares. Gozan de la protección del Derecho Civil y de la Constitución.

Todos los habitantes de Argentina gozan de un derecho constitucional de acceso a la vivienda digna¹¹, sinónimo de vivienda adecuada¹², entendido no como el derecho a tener su propiedad, sino como el de vivir con seguridad, paz y dignidad en algún lugar físico adecuado. Por lo que es importante no pasar por alto la repercusión del ordenamiento internacional en el derecho interno, contemplado a través de un sistema normativo dual, en el cual el ordenamiento normativo internacional y el interno convergen armoniosamente (Cassese, 2003).

El profesor Agustín Gordillo argumenta:

Ya no basta con que la administración esté sometida a la ley, y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno esté sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas (...) Estas normas constituyen no solamente derecho

¹¹ Gelli (2003) “cuando hablamos de vivienda digna nos referimos a un concepto integral que comprende no sólo el albergue de la persona, de su familia y del núcleo conviviente sino también los servicios sociales y de infraestructura que hacen a educación y salud –todo esto vinculado con el medio- y que deben existir en la zona circundante”

¹² El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación N 4 expresa sobre la vivienda adecuada: “disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuada, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

supranacional sino también y cuanto menos, al mismo tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto estas no tengan un contenido manifiesta e indiscutiblemente pragmático (Gordillo, 2000, pp. 6, 22, 23).

2.1 Afectación del inmueble

De acuerdo al artículo 244 del Código civil y comercial de la nación para que un inmueble pueda afectarse al régimen de vivienda el destino del mismo debe ser vivienda y debe inscribirse en el Registro de Propiedad según corresponda por la ubicación del inmueble y de acuerdo a la reglamentación de cada provincia.

El requisito que el inmueble tenga destino de vivienda, implica decir que debe ser ocupado habitualmente como casa, por lo tanto si el inmueble está destinado exclusivamente a actividades profesionales o comerciales, y no como vivienda, la afectación no es posible.

La afectación puede hacerse por el valor total o parcial del inmueble. Es decir que se puede inscribir por una parte de su valor económico, permitiendo la libre disponibilidad del resto. En cuanto al valor del inmueble para inscribirlo no está limitado en la ley, salvo cuando se trata de un inmueble rural, ese valor no debe exceder lo que en la región se considera una unidad económica. El Registro de Propiedad Inmueble, en este aspecto, no suele ser demasiado exigente en la apreciación del valor del bien porque si algún acreedor formula objeciones; el problema será resuelto por los tribunales que procederán a desafectarlo cuando resulte notorio que se pretende colocar fuera del alcance de los acreedores una vivienda muy valiosa (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

Si se permite afectar una parte del valor del inmueble, el resto podría ser utilizado por el propietario como respaldo de eventuales actos jurídicos.

Podría ocurrir una afectación total de un inmueble urbano muy lujoso, que claramente superara las necesidades de sus beneficiarios, situación en la que los acreedores podrían plantear judicialmente reducir la protección a una

parte del inmueble, ante un supuesto de abuso del derecho. Lo que sí limita el Código civil y comercial de la nación es que sólo puede afectarse un inmueble, criterio que ya existía en la ley 14.394.

El valor que se inscribe el inmueble, no debe exceder las necesidades básicas de sustento y vivienda de la familia. El valor tope del inmueble lo fijan las autoridades administrativas de cada provincia eligiendo su propia fórmula para considerar el valor económico del inmueble. Muchas lo hacen fijando como tope máximo cierta cantidad de salarios, otras han tomado como valuación del bien la que establecen los organismos recaudadores de impuestos.

La ley 6074 de la provincia de Córdoba, es la que regula la inscripción de bien de familia en la provincia, establece que el inmueble urbano no excede las necesidades de vivienda cuando existe relación entre la capacidad habitacional del mismo y el grupo familiar que lo habita. Considera el departamento en propiedad horizontal con su cochera, baulera, servidumbre y demás locales de servicio del mismo, como un sólo inmueble a los fines del bien de familia.

Para la valuación del inmueble rural se tiene en cuenta la unidad económica y en Córdoba el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentos de Córdoba a través de la Resolución 194/2012¹³ actualizó los criterios para la determinación de las unidades económicas en zonas rurales. Así se fijó una superficie mínima de 5 hectáreas para la explotación agropecuaria intensiva y deberá contar con mejoras atinentes a los trabajos; en aquellas destinadas a la explotación ganadera, con mejoras, la superficie mínima será de 30 hectáreas; las parcelas destinadas a una explotación agrícola extensiva, con sus mejoras, deberán contar con una superficie mínima de 15 hectáreas; y finalmente, en los predios sin mejoras, la superficie mínima será de 100 hectáreas. Estos parámetros vinculan solamente la extensión del inmueble a la actividad, pero se tiene que considerar variables como, la ubicación de los predios, los índices de productividad, la aptitud agrícola de los suelos, las mejoras y especialmente la

¹³ Resolución Ministerial 94/2012. Boletín Oficial 13/09/2012.

tecnología aplicada al campo con el objetivo de determinar el valor económico a tomar para la constitución del régimen de vivienda.

Al momento de solicitar la afectación al menos uno de los beneficiarios tiene que habitar el inmueble, se exige que si el único beneficiario es el titular registral, éste debe habitarlo. Esta situación no sólo debe presentarse al momento de solicitar la afectación, sino que es condicionante para que subsista la afectación del bien (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

Se puede afectar un inmueble en la zona urbana o rural, siempre que sea vivienda para el constituyente al régimen. La ley argentina no fija un plazo de duración, de manera tal que la inscripción conservará vigencia y el inmueble mantendrá su condición de bien de familia mientras no medie su desafectación.

La afectación del inmueble al régimen del bien de familia, cuando se constituye a través de instrumento notarial, debe tenerse por operada desde el momento en que se solicita el pedido de certificado de dominio y no a partir de que el Registro de Propiedad Inmueble practica el asiento sobre el folio real correspondiente (Guastavino, 2010).

Cabe destacar que el certificado de dominio informa el estado jurídico de bienes o personas, con reserva de prioridad, para autorizar documentos relacionados con actos voluntarios de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Esta certificación produce el efecto de una anotación preventiva a favor de quien requiera en el plazo legal la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiera solicitado. La expedición de un certificado registral genera la reserva de prioridad y el consecuente bloqueo registral (Papaño y Kiper, 2004).

2.2 Legitimados

La vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto se brinda protección a la misma estando fuera o dentro de una familia.

Menciona Medina (2003) que existen diversas formas de organización familiar, entre las que se puede distinguir

a) La familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que se compone de padre, madre e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

b) La familia extensa o consanguínea: se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, nietos, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos. Todos conviviendo bajo el mismo techo.

c) La familia monoparental: es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada que se le llama la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

d) La familia de madre soltera: es la familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su responsabilidad paterna por diversos motivos.

e) La familia de padres separados: familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

Según lo normado por el Código civil y comercial de la nación, el titular registral de un inmueble puede solicitar la inscripción de la vivienda, y para el caso de ser un condominio, todos los propietarios deben solicitarla. Esto ha beneficiado a muchas personas que antes de la entrada en vigencia del Código

civil y comercial de la nación se veían imposibilitados de hacerlo por no constituir una familia según lo establecía la ley 14394 o en el caso de los condóminos se tenía que justificar el parentesco entre ellos.

Siguiendo a Delfina Borda (2008), otro modo de constitución al régimen de vivienda puede ser por actos de última voluntad a través del testamento. El juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Existe dos formas de testamento, el testamento ológrafo y testamento por acto público. El primero es aquel totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador; y el testamento por acto público es el que se realiza en escritura pública, ante escribano y con dos testigos. El testador puede entregar al escribano sus disposiciones por escrito o dictarlas verbalmente para que éste las redacte en la forma correspondiente. Se da lectura al mismo en presencia del testador y de los testigos y firmarán con el otorgante y el escribano. En los casos en que el testador no sabe firmar o no puede hacerlo, lo hará por él otra persona o alguno de los testigos a ruego. Todas las personas capaces al tiempo del acto pueden ser testigos salvo que sean ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente del testador. Tampoco pueden serlo los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, los beneficiarios de algunas de las disposiciones del testamento. El testamento puede ser revocado por la voluntad del testador en forma expresa otorgando un nuevo testamento o en forma tácita, por ejemplo, enajenando el objeto legado.

El testador puede disponer un executor del testamento, llamado albacea; por lo general una persona humana de entera confianza del disponente; pudiendo serlo también, una persona jurídica, cuyo encargo no puede ser delegado. Si le es permitido al albacea obrar por mandatario designado por su cuenta y riesgo. El albacea realiza el inventario de los bienes, vela por la seguridad de los mismos. Paga las deudas del testador y rinde cuentas de su gestión a los herederos. El Código civil y comercial de la nación establece la obligación de comunicar la existencia de un testamento por parte de quienes han participado

en su otorgamiento o en cuyo poder se encuentra el instrumento una vez acaecida la muerte del testador.

El notariado argentino a través de los Colegios de Escribanos de cada provincia, creó los registros de actos de última voluntad, donde se registran los testamentos. Iniciado el juicio sucesorio de una persona el Juez interviniente solicita al Colegio de Escribanos informe si existe testamento registrado a nombre del causante. (Córdoba, 2016).

Agrega Borda (2003) que la afectación también puede ser decidida por el juez, aunque no de oficio, sino a través de la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en la que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia. Ello permite que la afectación pueda disponerse a pedido del ex cónyuge o ex conviviente no titulares. En estos supuestos, el titular del inmueble en los hechos no puede comprometer el bien con sus deudas personales.

También, puede solicitarlo en las mismas oportunidades el Defensor de Menores e Incapaces atento la existencia de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Cuando se realiza la primera afectación al inmueble se denomina constitución, las posteriores se le llama por subrogación. Se identifica como afectación objetiva a la incorporación de un bien al régimen de vivienda. La afectación subjetiva es cuando en el momento de la constitución se expresa quienes son los sujetos beneficiarios por el régimen de vivienda, también puede ampliarse los beneficiarios con posterioridad.

2.3 Beneficiarios

Al referirse a los beneficiarios de la afectación, los mismos pueden ser el mismo propietario que constituye la afectación, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes. En el caso de nombrar como beneficiarios a los parientes colaterales dentro del tercer grado, los mismos tienen la obligación de

convivir con el constituyente para poder ejercer el derecho. (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

En este sentido se debe tener en cuenta que antes de la entrada en vigencia del Código civil y comercial de la nación en la práctica se inscribían como bien de familia casos en que condóminos convivientes designaban como único beneficiario a descendientes menores habidos en común, a pesar de encontrarse en franca violación con el artículo 43 de la ley 14394. Este era un criterio limitativo existente en la ley 14394 que consideraba como únicos beneficiarios a los descendientes menores habidos en común, lo que excluía a los hijos de matrimonios precedentes u de otra unión anterior.

Acaecida la muerte de un cónyuge, el otro miembro de la pareja goza de derecho real de habitación vitalicia y gratuita sobre el inmueble que constituyó el último hogar conyugal. Es decir, puede habitarlo hasta su muerte y sin necesidad de pagar alquiler a los demás herederos. Respecto a las uniones convivenciales, el conviviente que aún vive y que carece de vivienda o de posibilidades de obtenerla, también goza del derecho real de habitación gratuito, pero por un plazo máximo de dos años (Iñigo, 2014).

Añade Iñigo (2014) que eventualmente los herederos puedan pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permitan procurarse una vivienda suficiente para sus necesidades, o si el inmueble, por sus dimensiones o características, excede notoriamente las necesidades habitacionales del mismo. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante, es decir nada impide el derecho que tienen los mismos sobre los bienes indivisos.

Esta restricción al derecho de propiedad cuando se da por atribución de la vivienda se por una razón de solidaridad familiar. Se trata de una afectación a soportar por el cónyuge o miembro de la unión convivencial a quien no le es atribuido el uso de la vivienda familiar porque se encontraría en mejor situación para poder proveerse otra. En definitiva, se trata de proteger al más débil o vulnerable. Los hijos son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores y el rubro vivienda integra tal obligación.

2.4 Beneficiarios en las uniones convivenciales

En distintas legislaciones mundiales que han tratado el tema de las uniones convivenciales lo han hecho desde la perspectiva de dar mayor seguridad jurídica a los miembros. Los integrantes de la unión convivencial, sean del mismo sexo o no, hacen vida en común, comparten techo, intiman y se asisten mutuamente, es decir se comportan como si fueran cónyuges. La manera de convivir es coincidente con la que los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. De tal manera, se daría a entender que bajo la unión convivencial se realizan las mismas funciones que en el matrimonio, es decir, la pareja asume el propósito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el afecto, el respeto y la protección recíprocos, y, eventualmente, la perpetuación de la especie. El Código civil y comercial de la nación admite estas uniones como una realidad de la sociedad y las incorpora, dejando atrás el criterio anti secular de ignorarlas.

La comunidad de vida que implica la unión convivencial genera situaciones que exigen consideración y solución por parte de los poderes del estado. El elemento subjetivo de la unión convivencial es similar al del matrimonio, dos personas libres de impedimentos, de igual o diferente sexo, pero el Código civil y comercial de la nación marca las siguientes diferencias. En la unión convivencial los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad indispensablemente¹⁴, en el matrimonio la falta de edad nupcial es dispensable¹⁵.

¹⁴ ARTICULO 510.- Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

a) los dos integrantes sean mayores de edad. Disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/uniones-convivenciales-arts-509-a-528/> fecha de consulta 25/09/2016

¹⁵ ARTICULO 404.- Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede

Los integrantes de la unión convivencial deben mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años para acreditar frente a terceros los caracteres de estabilidad y permanencia de la pareja, al efecto de su reconocimiento oficial e inscripción en Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La inscripción de la unión convivencial prueba *erga omnes* que la unión convivencial ha sido reconocida oficialmente, y genera una presunción *iuris tantum* de su existencia y legitimidad (Gonzalo Perez Pejic, 2015).

La unión convivencial no genera parentesco por afinidad, sin embargo sí da lugar al vínculo denominado progenitor afín¹⁶, aquel padre o madre no biológico del niño con el que convive en un mismo hogar familiar y de los cuales surgen las principales cargas familiares, ya sean de alimento o el deber de contribución. El Código civil y comercial de la nación ha incorporado una obligación alimentaria subsidiaria¹⁷ del progenitor afín con respecto al hijo afín que rige con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín (Solari, 2010).

Así mismo, si se tiene en cuenta el interés superior del niño, cuyos derechos y garantías son reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, se podría tomar como beneficiario del régimen de vivienda al niño antes de que su progenitor cumpla el plazo de convivencia

contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. [...] . Disponible en <http://www.codigocivilonline.com.ar/etiquetas/articulo-405/> fecha de consulta 25/10/2016.

¹⁶ ARTÍCULO 672. Progenitor afín Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Disponible en http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf fecha de consulta 25/10/2016.

¹⁷ Art. 676. "...la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario..."

Opera subsidiariamente a la del progenitor aún con posterioridad al cese de la convivencia. Correlativo a los Art. 536: Parentesco por afinidad. Art. 669: Alimentos impagos. Art. 672: Progenitor afín. Art. 676: Alimentos debidos por el progenitor afín. Disponible en http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf fecha de consulta 27/10/2016.

de dos años con el progenitor afín. El no considerarlo sería discriminar al niño, niña o adolescente por esa opción de vida de su progenitor. Enseña el maestro Bidart Campos (1992), que el interés y la protección integral de la familia son principios constitucionales que deben prevalecer sobre la ley cuando en un caso concreto sus circunstancias conducirían a una solución legal pero intrínsecamente injusta. De esta manera se recepta que también sería aconsejable que también puede designarse beneficiario al conviviente, es decir, al progenitor del hijo afín que todavía no cumplió dos años de convivencia con el progenitor afín.

En los casos de las uniones convivenciales no inscriptas, el conviviente puede ser beneficiario del régimen de vivienda ya que la inscripción de la unión convivencial es sólo a los fines probatorios. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier otro medio de prueba y a los fines del régimen de vivienda la confesión que hace el constituyente es prueba suficiente. El Registro de Propiedad Inmueble admite tal designación basándose exclusivamente en una manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Una vez inscripto como beneficiario se exige el asentimiento del conviviente no inscripto para la transmisión o desafectación de la vivienda, pese a que los artículos 250¹⁸ y 255¹⁹ del Código civil y comercial de la nación, se refiere al conviviente inscripto.

¹⁸ ARTÍCULO 250. Transmisión de la vivienda afectada El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente. Disponible en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) fecha de consulta 02/11/2016

¹⁹ ARTÍCULO 255. Desafectación y cancelación de la inscripción La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se

Es necesario aclarar que la prueba del cese de la convivencia no puede consistir en la mera declaración del constituyente en sede administrativa para desafectar la vivienda porque se estará violando la exigencia del asentimiento, máximo si se tiene en cuenta que la vivienda que es asiento del hogar puede ser atribuido judicialmente al conviviente no inscripto cuanto está a cargo de los hijos menores o con capacidad restringida o discapacidad, o manifestara la necesidad de permanecer en la vivienda por no tener la posibilidad de obtener una en lo inmediato.

Cuando cesa la convivencia de los miembros de la pareja, cualquiera de las partes puede pedir el uso de la vivienda, con independencia si la misma es un bien ganancial o propio. El Juez decide la atribución del uso a uno de los cónyuges, teniendo en cuenta quién tiene a su cargo el cuidado de los hijos, quién tiene menos posibilidades económicas de proveerse de una vivienda, el estado de salud y edad de los cónyuges y los intereses de los miembros del grupo familiar. También establece el plazo del uso de esa vivienda y puede dictaminar que se abone una renta compensatoria a cargo de quien tiene el uso del inmueble. La atribución de uso de la vivienda en el caso de finalización de la convivencia de las uniones convivenciales debe estar expresa en el contenido del pacto de convivencia firmando por ambos (Lorenzetti, 2013).

opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente(...). Disponible en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) fecha de consulta 02/11/2016.

Capítulo 3: Efectos de la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble

La consecuencia principal de la afectación al régimen de vivienda es que el inmueble, aunque no sale del patrimonio de su dueño, deja de ser prenda común de los acreedores. El principio de que el deudor responde con todos los bienes no está en un artículo expreso del Código Civil y comercial de la nación, pero surge de sus disposiciones. Todos los bienes del deudor son garantía de los acreedores salvo algunas excepciones otorgadas por la ley por razones de dignidad de las personas, el legislador ha considerado conveniente que no se prive a una familia de lo mínimo e indispensable para su subsistencia. La posibilidad de afectar un inmueble destinado a vivienda es otra de las excepciones de los bienes que no forman parte de la garantía ya que pasa a ser inejecutable por las deudas posteriores a su inscripción.

3.1 Efectos de la afectación de la inscripción

La afectación es un acto jurídico por el cual luego de su inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble se confiere a un inmueble la protección del régimen de vivienda. Se caracteriza por ser optativa ya que el propietario, aun cuando estén dadas todas las condiciones, no está obligado a afectar su inmueble. No prescribe la posibilidad de someterse al régimen, se puede afectar sólo un inmueble propio al régimen de la ley. Es inajenable, es decir no se puede vender ni ser objeto de mejoras luego de su inscripción al régimen de vivienda.

Cuando el constituyente del inmueble inscribe la afectación, no pierde el dominio de la vivienda, ni tampoco constituye un condominio sobre el mismo, entre él y los beneficiarios, ni surgen partes indivisas de la propiedad. Sólo quedan limitadas las facultades del propietario, tomando el dominio características especiales. Los beneficiarios no adquieren facultades de administración, ni mucho menos de disposición del inmueble (Lorenzatti, 2015).

La vivienda inscrita en el régimen no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, salvo excepciones²⁰ como son, las

²⁰ ARTÍCULO 249. Efecto principal de la afectación

obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente el inmueble, obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda, las obligaciones con garantía real sobre el inmueble, siempre que las mismas tengan la conformidad del cónyuge o del conviviente, y las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Es razonable la inclusión de la excepción en la reforma para los créditos de expensas comunes, teniendo en cuenta la solidaridad de todos los copropietarios para hacer frente a los gastos comunes de mantenimiento. Es una novedad muy justificable esto de incluir a las deudas por expensas, en defensa del régimen de propiedad horizontal, lo que posibilita su cobro. De otra manera, el no pago de las expensas por parte de alguno de los copropietarios, complicaría la situación a todo el consorcio.

En lo referente al derecho del acreedor hipotecario prevalecerá, pudiendo ejecutar el inmueble, si cumple con los requisitos del artículo 250 del Código civil y comercial de la nación. Ello implica que la constitución del gravamen hipotecario debió contar con la conformidad del cónyuge o el conviviente con unión convivencial inscripta. Si hubiese oposición de ellos o fueran incapaces o

La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

- a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;
- b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;
- c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
- d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida (...) Disponible en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf) fecha de consulta 15/10/2016.

tuvieran capacidad restringida, es necesaria la autorización judicial para constituir válidamente la hipoteca.

La excepción para los créditos por construcciones y otras mejoras, se observa con mayor claridad que constituyen una deuda como cualquiera otra que pueda contraer el deudor. Solo se justificaría en los casos en que ambos cónyuges expresaran su conformidad. Es razonable la inclusión de esta excepción ya que implican un beneficio para el inmueble.

La excepción a las deudas alimentarias cabe sostener que con buen criterio fue establecido en el Código civil y comercial de la nación, ya que el deudor alimentario no puede escudarse en este instituto de la vivienda. Se tuvo en cuenta lo vulnerable que son los hijos menores de edad, o los incapaces o con capacidad restringida. Ante distintas circunstancias, se fue atenuando esta solución que puede ser muy gravosa respecto del acreedor alimentario, acudiéndose en algunas oportunidades a la desafectación del inmueble.

Claro está que este régimen de protección de la vivienda no perjudica en nada el derecho de acreedores de fecha anterior a la inscripción en el registro correspondiente, con lo que en nada se lesiona su derecho y es inoponible a los mismos.

Debe destacarse que un inmueble hipotecado o embargado puede ser afectado al régimen de vivienda. La afectación es inoponible al acreedor embargante o hipotecario que registró su derecho antes de la inscripción, ya que tienen un mejor derecho en virtud de la prioridad temporal. Así también, el embargo puede ser trabado perfectamente en el inmueble afectado al régimen donde se asienta la vivienda familiar. 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, como por ejemplo, ser acreedor anterior, que la vivienda ya no es familiar, que se trata de acreedor excluido. (Medina, 2010).

La posibilidad de embargar el bien afectado al régimen de vivienda, es un buen criterio del legislador ya que si se considera que la afectación significase no solo su inalienabilidad sino también la imposibilidad de darlo en garantía de

préstamos, desaparecería del patrimonio del deudor un elemento útil y necesario muchas veces para el desenvolvimiento del grupo familiar.

La constitución al régimen puede realizarse directamente en donde la autoridad registral suscribe el formulario en el mismo acto. El bien de familia se puede constituir por escritura pública, cuyo otorgamiento exige el cumplimiento del trámite regulado legalmente, pedido de certificado por parte del escribano, firma de la escritura y la posterior presentación para que tome nota el Registro (Kemelmajer de Carlucci, 2011).

En materia de responsabilidad extracontractual, habrá que cotejar la inscripción al régimen con la fecha del acto celebrado, porque es en ese momento que surge el deber de reparar el daño provocado si lo hubo, y en cuanto a la responsabilidad contractual, lo determinante va a ser la fecha en que se celebró el acto jurídico antecedente de la obligación. En algunos casos la inscripción al régimen de vivienda puede ser considerada inoponibilidad respecto de un crédito surgido a posteriori, ya que la afectación puede ser parte de la maniobra fraudulenta para perjudicar al acreedor.

En armonía con lo expuesto precedentemente, para el supuesto de un contrato de cuenta corriente bancaria, si se tiene en cuenta la fecha de origen de la relación jurídica, se puede considerar que la afectación posterior a la apertura de la cuenta corriente no puede oponerse frente al banco, por ser ese el momento en que la entidad crediticia cotejó las condiciones de solvencia del cuentacorrentista. Así lo considero la Suprema Corte de Buenos Aires²¹

Si a la fecha de constitución del bien de familia el saldo de la cuenta corriente bancaria era cero, esa conducta constituye pauta apreciable (CCom: 218-4) de que dicha afectación no estuvo predeterminada a evitar el cumplimiento de las obligaciones que con posterioridad emanaran de dicha cuenta (C.S.Bs.AS., 1999)

Considerando de que se trata de un contrato que tiene una gran fluidez. En realidad, es un acto generador de actos posteriores, que se origina en el

²¹ C.S Buenos Aires, “BANCO BISEL SA C/ ARHEX, JUAN P”. (1999), Lazzari en disidencia.

acuerdo de voluntades pero luego cobra existencia con la dinámica misma de la relación, provisión de fondos, extracciones, etc., en algún momento el cuentacorrentista podrá estar con saldo a favor, otras veces con saldo negativo, si tiene autorización para girar en descubierto, pero se observa que todo esto toma finalmente relevancia jurídica definitiva al momento del cierre de la cuenta. Lo expresado anteriormente lo sostuvo la Cámara Comercial²²

Resulta oponible al ejecutante de un certificado de saldo deudor en cuenta corriente la afectación como bien de familia de un inmueble del ejecutado, toda vez que la inscripción como tal es anterior a la expedición del certificado ejecutado, sin que obste a ello el hecho de que la firma del contrato de cuenta corriente bancaria sea anterior a la afectación; ello así pues, al momento de la apertura de la cuenta no existía deuda exigible, y dentro del marco del juicio ejecutivo, en el que está vedado indagar la composición del saldo, no resulta posible establecer el origen temporal de cada uno de sus componentes y, es solo con el cierre de la cuenta que aparece cristalizado el saldo definitivo, que puede venir de múltiples relaciones y que equivale al monto de la obligación de restituir que pesa sobre el cuentacorrentista; máxime, cuando no surge de la solicitud para autorizar la apertura de dicha cuenta (Ed 6.10.04, f. 52991).

. Se trata de un criterio el indagar acerca de cuándo tuvieron lugar las operaciones. Si apareció como deudor de acuerdo al movimiento de la cuenta antes de la inscripción, entonces, la posterior afectación no podría hacerse valer frente al banco. Esta postura intermedia parece satisfacer en mejor medida los distintos intereses en juego (Aréan, 2001).

En cuanto al contrato de fianza, la posterior inscripción del inmueble por el fiador al régimen del bien de familia, obviamente, no será oponible al

²² C.Com, Buenos Aires, sala C, “BANCO DEL BUEN AYRE SA C/ GLUIJ, PERLA ELENA S/ EJECUTIVO”. ED 6.10.04 (2004).

acreedor. El titular puede renunciar a la afectación para una operación determinada, y en ese caso sería inoponible la afectación. En los contratos de locación, muchas veces está plasmado en una cláusula. Se debe tener en cuenta si corresponde el asentimiento para el caso de ser la vivienda familiar.

Se sabe que no hay derecho a reclamar honorarios respecto de la contraparte mientras no medie una condena en costas. Tal condena, desde este punto de vista, vendría a ser constitutiva del derecho a reclamar honorarios de la contraparte. En función de este criterio, la Corte Suprema de Santa Fe, la Cámara Contencioso Administrativo de esta Capital Federal, la Cámara Civil de Mercedes, Sala 3, y otras han entendido que si la condena en costas es posterior a la afectación del inmueble como bien de familia, no podía entonces el letrado ejecutar el inmueble. Desde otro punto de vista se consideró que igualmente tenía derecho el acreedor a agredir el inmueble. En este sentido se dijo que la causa del deber de responder no puede considerarse representada por la condena en costas, sino porque las tareas fueron realizadas con anterioridad a la inscripción. Expreso la Cámara de Comercio²³

Resulta improcedente que el accionante -a quien se ejecuta por honorarios-, solicite el levantamiento de embargo con invocación de la ley 14394: 38, cuando - como en el caso- se verifica que los trabajos profesionales fueron realizados con anterioridad a la inscripción del inmueble. en tal hipótesis, carece de relevancia la fecha de regulación de los honorarios, la cual se limita a reconocer la índole, calidad y extensión de las tareas llevadas a cabo en la causa, pues lo ponderable es cuando comenzaron tales trabajos (Sentencia 1999).

En concordancia con lo anterior fallo la Cámara Comercio, sala B²⁴.

²³ C, Com , sala B, "RAMA, GUSTAVO C/ IGUAZU CIA. DE SEGUROS SA S/ ORD." (1999)

²⁴ C. Com, SALA B, "ROSAS DE DIAZ, MARIA C/ DORSI, HUGO J.M. S/ ORDINARIO" (2001).

Si la única vivienda del deudor, ha sido adquirida a través de un crédito otorgado por el Banco Hipotecario Nacional, el inmueble goza de los beneficios de inembargabilidad e inejecutabilidad consagrados por el artículo 35 de la ley 22.232; Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional.

El artículo 35 de la ley 22232 reza que:

No puede trabarse embargo ni ejecutarse los inmuebles gravados a favor del banco por préstamos otorgados para vivienda única, hasta los montos que determine la reglamentación. Sólo puede constituirse sobre ellos otros derechos reales con motivo de créditos para la construcción, adquisición, ampliación, refacción.

Lo antedicho constituye doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵ que ha juzgado que las condiciones de inembargabilidad e inejecutabilidad subsisten aún con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario, mientras se mantengan la condición de ser vivienda única y construida con créditos del Banco Hipotecario. Criterio que se ajusta al objetivo social y a la naturaleza de orden público que tiene las normas legales que consagran aquel carácter.

Por otro lado, igual posición adoptó la Corte de la Provincia de Santa Fe²⁶ respecto a las renunciaciones tácitas, declarando la intangibilidad de la inembargabilidad en tales supuestos, como lo señalara el voto del Dr. Barraguirre “el beneficio de la inembargabilidad de las viviendas construidas con préstamos del Banco Hipotecario Nacional y destinadas a vivienda propia no se extingue al cancelarse la totalidad de la deuda, sostiene que la desafectación no puede ser tácita”. Claramente en miras de proteger a la vivienda familiar y no el interés del Banco Hipotecario Nacional, que ya estaría protegido por la hipoteca a su favor.

²⁵ CSJN, "Jaralambides, Teófilo c. Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N.", fallo del 30/10/86, LA LEY, 1987-A, 494.

²⁶ C.S. Santa Fe, “Vicini, Héctor Hubo c. Pettinari, Elio Enrique O. s. Ejecución Hipotecaria s. Recurso de Inconstitucionalidad”, A. y S. T° 131, f° 222/226, (1996).

Se analiza a continuación si es posible la finalización de la protección otorgada por la ley 22.232, por voluntad del beneficiario; es decir, si el titular del inmueble, una vez cancelado el crédito con el Banco Hipotecario puede renunciar a la protección dada por la ley y constituir una nueva hipoteca, o si por el contrario, por ser la norma legal de orden público, no puede ser renunciada libremente por el beneficiario.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil,²⁷ sostuvo que:

en tal caso no se puede avalar el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio del acreedor. En este caso los derechos en conflicto son el interés particular del deudor e idéntico derecho de propiedad del acreedor, la renuncia de derechos disponibles y la tutela y estabilidad de la buena fe. Por tratarse de derechos patrimoniales entre deudor y acreedor, no estando involucrado el interés público ni social, debo resolver a favor de quien obró con buena fe. (T131, 222-226).

En este juicio el demandado en forma voluntaria y libre firmó un mutuo hipotecario y luego no pudo alegar la inembargabilidad del inmueble con fundamento en que se trata de un bien adquirido con un crédito del Banco Hipotecario Nacional, ya cancelado al momento de constituir la garantía. No podía desconocer las consecuencias que asumía ante el incumplimiento del pago.

Mantener el supuesto de la inembargabilidad del bien, implicaría admitir a favor del deudor el uso abusivo de un derecho. El abuso del derecho se da porque el deudor ejecutado, al tomar el préstamo, garantiza su devolución con el inmueble adquirido mediante un crédito otorgado por el Banco Hipotecario Nacional, y frente al incumplimiento, recurre a las referidas normas tuitivas para eludir cumplir con su obligación y que se ejecute su bien. De este modo se protege la seguridad jurídica dinámica, es decir, la del tráfico, y el derecho de

²⁷ C.N.Apel.Civ, Sala H, “Lando, Raúl C. Y otro c/ Patri, Héctor L. Y otro”, L.L., 2002-D, (2002).

propiedad del acreedor que prestó dinero y tuvo la diligencia de pedir una garantía.

Aceptar la inejecutabilidad aún después de cancelada la hipoteca a favor del Banco Hipotecario es admitir que ese bien prácticamente está fuera del comercio, lo cual perjudicaba la seguridad dinámica. Si el crédito originario ya se encontraba cancelado, resulta una consecuencia lógica que pueda renunciarse expresamente a la cláusula de inembargabilidad para que el bien pueda resultar libremente disponible ya sea para su transferencia o bien para la constitución de nuevos derechos reales.

Es importante destacar que la desafectación expresa de un inmueble a la protección dada por la ley 22.232 requiere del asentimiento conyugal e implica que es una formalidad requerida para el levantamiento de la inembargabilidad del inmueble con crédito hipotecario de fomento de la vivienda única (ley 22.232) ya que, indiscutiblemente, la disminución de la garantía constituye un acto que excede la mera administración y necesariamente debe calificarse como acto de disposición. (Kemelmajer de Carlucci, 1995)

Este requerimiento para desafectar el inmueble coincide con lo dispuesto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul²⁸, donde se resolvió:

Toda vez que el cónyuge titular del inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal mediante un crédito del Banco Hipotecario Nacional para vivienda única, solicitó el levantamiento de la inembargabilidad establecida en el art. 35 de la ley 22.232 sin solicitar el consentimiento del cónyuge no titular, conforme lo exige el art. 1277 del Código Civil, debe concluirse que ese acto de renuncia al derecho protectorio de la vivienda resulta inoponible a este último, siendo tal formalidad exigible en virtud de las normas que rigen el instituto análogo del bien de familia (Expte. 54100, p.728).

²⁸ C.Apel.Civ.Com. Azul, Sala I, “Vitrano, Roberto Donato s/quiebra”, Expte. 54100, (2010).

Continuando con los efectos de la inscripción del inmueble, se puede decir que una vez afectado el inmueble al régimen de vivienda es oponible, para decir que es oponible se debe tener en cuenta el momento del nacimiento de la obligación, por ejemplo en las obligaciones a plazo nacen desde el momento de su constitución, aunque la mora del deudor pueda ser posterior a la fecha de inscripción del inmueble, lo que hace inoponible esta figura de protección. Debe distinguirse la fecha de origen del crédito y la fecha de exigibilidad y constitución en mora del deudor. Porque si erróneamente se entendiera como fecha de la obligación, el momento en el que el derecho es exigible, por cumplimiento del plazo por ejemplo, la vivienda sería ejecutable.

La interpretación correcta es considerar la fecha de la causa de la obligación, por ejemplo, el momento de la firma del contrato. Ése es el momento generador de la obligación, no siendo determinante la fecha del incumplimiento contractual, ni la fecha de la demanda y menos aún la de la sentencia que ordene su pago. Es justamente en ese momento en que el acreedor analiza la solvencia de su deudor y situación en la que el inmueble no estaba inscripto, lo que permitía su libre ejecución.

La necesidad de inscripción de la afectación para su oponibilidad a terceros es indispensable, ya que al tratarse de una limitación al derecho de dominio del constituyente se está alterando el patrimonio como garantía común a los acreedores.

El efecto principal de la afectación de la vivienda es la inoponibilidad a los acreedores de causa anterior a la misma. Inoponible implica decir que la protección de la vivienda no produce efectos a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la inscripción del inmueble.

La fecha exacta de inscripción en el Registro Propiedad Inmueble, tiene mucha relevancia, planteándose distintas opiniones sobre la naturaleza de la inscripción en el registro. No fue unánime el criterio para establecer si se requería una inscripción de carácter declarativa o constitutiva, con sus consecuencias relativas a la prioridad temporal.

Según el criterio de lo indicado en las XXII Jornadas de Derecho Civil llevada a cabo en el año 2009, se dejó sentado que la registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos. En el supuesto de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo.

Frente a un proceso concursal del deudor que tiene la vivienda afectada al régimen, la ejecución del mismo sólo puede ser solicitada por los acreedores de causa anterior a la afectación del inmueble. La normativa concursal se asienta en principios de orden público que intentan proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor. Se ordena el ejercicio de las pretensiones contra el mismo deudor mediante un procedimiento obligatorio para todos los acreedores, de carácter colectivo y universal, que atañe a la totalidad del patrimonio del deudor, prenda común de todos los acreedores y garantía de satisfacción de sus créditos. Los acreedores deberán insinuarse en condiciones igualitarias de reconocimiento ante el Juez de la causa, y su pago ha de concretarse respetando la situación especial o particular según las disposiciones legales preestablecidas, lo que encuentra sustento en la norma básica del ordenamiento jurídico que protege el derecho de propiedad y de igualdad del conjunto de los involucrados (De la Fuente, 2008).

En el caso de Concurso y Quiebra según el nuevo ordenamiento de régimen de vivienda, no corresponde que la desafectación del régimen de bien de familia beneficie a toda la masa sino tan solo a los acreedores de obligaciones anteriores a su inscripción y en caso de efectuarse la subasta del bien el remanente volverá a manos del fallido. Los acreedores sin derecho a pedir la ejecución de la vivienda afectada no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que lo sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Más aún, si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble, así lo

sostuvo, antes de la entrada en vigencia del Código civil y comercial de la Nación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial²⁹:

en tal contexto, el argumento referido a la necesidad de respetar la par conditio creditorum mediante la aplicación de pautas igualitarias a todos los acreedores, no puede servir de fundamento para admitir la incorporación del inmueble al activo del concurso, sin meritar los alcances de la referida norma especial que, al mantener la oponibilidad del bien de familia frente a algunos de los acreedores del constituyente, impone la necesidad de distinguir según la situación en la que cada uno se encuentra. Apuntaron también que respecto de esta cuestión debe valorarse la eventual aplicación del principio general consagrado en el art.1266 CCiv., admitiendo en su caso la subrogación real sobre el producto del bien subastado y en consecuencia el derecho del fallido a retener el eventual saldo que pudiere existir (Sentencia, 2008).

Se admitió la subrogación sobre el remanente no reglada en la ley 14394, sostener la exclusión del remanente del desapoderamiento del deudor es equilibrar los derechos de los acreedores anteriores con respecto a los acreedores posteriores de la inscripción del bien de familia.

Referido a los frutos que produce el inmueble, se puede observar que son embargables y ejecutables sin límite, pero siempre que no sean indispensables para satisfacer las necesidades básicas de los beneficiarios.

3.2 Transmisión de la vivienda

El espíritu fundamental de la incorporación al derecho vigente del asentimiento para realizar ciertos actos fue prevenir el abuso o el fraude de uno de los cónyuges o conviviente y preservar el patrimonio común, del empobrecimiento que pueda derivarse por ligereza, mala fe o imprevisión. Es una restricción al poder de disposición de uno de los cónyuges. El cónyuge o

²⁹ C.N.Apel.Com., sala A, “Quintero Francisco Antonio s. quiebra s. inc. de subasta“, (2008).

conviviente no titular de la vivienda da con su asentimiento plena eficacia al acto, realiza una declaración de voluntad destinada a integrar la facultad dispositiva del cónyuge titular. Esta manifestación hace a la perfectibilidad del contrato antes que a la validez del negocio. Su conformidad no integra el acto a realizarse, sino que lo habilita.

Se exige el asentimiento respecto a ciertos actos como son la cesión de derechos y acciones de un plan de viviendas, un boleto de compra venta, donación, permuta, gravar el inmueble. Este asentimiento debe realizarse para cada acto, y no es válido hacerlo en forma general y anticipada. No se puede otorgar un poder al otro cónyuge o conviviente para que pueda darse a sí mismo el asentimiento. Se hace hincapié que el asentimiento debe ser prestado sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, precio, garantías, plazos, etc., por lo que no es posible otorgar un asentimiento general anticipado para que el cónyuge titular pueda disponer de los bienes gananciales o bajo el régimen de protección de la vivienda .(Borda, 1999).

La exigencia de asentimiento se extiende no sólo al inmueble, sino a la disposición de derechos sobre los muebles indispensables de la vivienda. Con ello, se garantiza el uso de elementos indispensables para un mínimo desarrollo y evita el vacío de la vivienda familiar.

Cuando se realizan actos sin el asentimiento exigido, la parte damnificada puede pedir la nulidad o la restitución de los muebles, hasta seis meses después de haberse extinguido el régimen matrimonial. En el caso de las uniones convivenciales registradas, puede se puede pedir la nulidad mientras se mantenga la convivencia siempre que lo sea dentro de los seis meses de haber tomado conocimiento del acto de disposición que no contó con el correspondiente asentimiento. Un acto realizado sin el asentimiento correspondiente adolece de nulidad relativa, y puede ser confirmado por el cónyuge no titular.

Si se niega dar el asentimiento para algún acto o existe incapacidad o con capacidad restringida, es necesaria la autorización judicial. Esta autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero no deriva ninguna obligación personal a su cargo. Entonces, de esta manera se

limita el poder de disposición del propietario y es frecuente que el titular del bien interprete esta exigencia legal como una limitación inaceptable, sin comprender que lo que busca la ley es preservar la seguridad de la vivienda de los hijos menores.

El Código civil y comercial de la nación amplía lo que establecía la ley 14.394, que autorizaba la recurrencia al juez sólo para pedir autorización para gravar el inmueble y este podía autorizar el gravamen solicitado cuando hubiese causa grave o manifiesta utilidad para la familia, en cambio el Código civil y comercial de la nación deja al juez amplia libertad para decidir ante el pedido del interesado.

El propósito de protección a los menores obliga al progenitor que está a cargo de la tenencia de sus hijos menores, y que vive con ellos en un inmueble de su propiedad, a requerirle al otro progenitor el asentimiento para disponer de la vivienda.

Las disposiciones sobre el asentimiento se aplican a todos los matrimonios, cualquiera sea el régimen patrimonial elegido, de comunidad o de separación de bienes y sin importar que el bien sea propio o ganancial. Si se afecta la propiedad bajo el régimen vivienda, y alguna vez se desea vender la propiedad, previamente deberá desafectarla y para ser levantada necesita la conformidad del cónyuge o conviviente, o la autorización del juez si correspondiere (Borda, 1999).

Cuando el inmueble es sometido al régimen de protección de la vivienda limita las facultades del titular sobre el mismo descartando la posibilidad de constituir derechos personales en favor de terceros, comodato o locación, en la medida que impida el requisito necesario de habitación efectiva por parte de alguno de los beneficiarios.

3.3 Exención de impuestos

Con relación a los diversos impuestos que pueden gravar a la vivienda afectada, la misma está exenta del impuesto sucesorio en toda la República Argentina, siempre que opere la transmisión a favor del cónyuge, conviviente,

ascendientes, descendientes, parientes colaterales dentro del tercer grado que hayan convivido con constituyente y no se desafecte el inmueble al régimen de vivienda en los cinco años posteriores a la transmisión (Mourelle de Tamborenea, 2015),

Con el objeto de facilitar que todas las personas pudiesen acceder a inscribir su vivienda en el régimen de protección, el Código civil y comercial de la nación establece que la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de la afectación.

Todos estos trámites de afectación y/o desafectación pueden ser realizados personalmente por el interesado y están exentos de tasas e impuestos de la inscripción del inmueble en el Registro Propiedad Inmueble.

Iguales criterios se mantenía en la legislación anterior. Si se requiere la afectación o desafectación con carácter urgente, en cuarenta y ocho horas, se debe abonar el arancel vigente para trámites urgentes.

Si los interesados dispusiesen hacerlo con la intervención de profesionales los honorarios en el trámite de afectación al régimen no puede exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal. Si la tramitación proviene de juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras el porcentaje de honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal (Guastavino, 2010).

Capítulo 4: Desafectación y cancelación de la inscripción

El tema de la desafectación de la vivienda interesa solamente a los acreedores posteriores a la inscripción teniendo en cuenta que para los acreedores anteriores basta con considerar inoponible la afectación al régimen de vivienda sin necesidad de desafectarla.

La afectación del inmueble al régimen de vivienda es oponible cuando no se puede ignorar, ni prescindirse de ella, en tanto que es inoponible cuando se puede actuar como si la inscripción del inmueble al régimen de vivienda no existiera. La inscripción en el régimen de vivienda es válida como acto jurídico, pero es ineficaz, no produce sus efectos propios, respecto a los acreedores existentes con anterioridad a la afectación del inmueble.

La desafectación, implica la cancelación de la inscripción del bien de familia en el Registro Inmobiliario y la pérdida de los beneficios que otorga la normativa, posibilitando que las obligaciones contraídas por el constituyente durante el período de afectación se hagan efectivas sobre el inmueble que se torna ejecutable y prescriptible (Folco, 2012).

4.1 Desafectación

Los efectos de protección de la vivienda, rigen a partir de la inscripción en el registro inmobiliario y subsisten hasta la desafectación, aunque hubiera fallecido el constituyente.

El beneficio derivado de la inscripción de un inmueble como bien de familia subsiste mientras no se produzca ninguna causal de desafectación, como por ejemplo que el inmueble no este habitado por algun beneficiario.

La desafectación es aquel acto por el cual se cancela la inscripción al régimen de un bien inmueble. Sólo procederá si ella se realiza por acta administrativa en el Registro correspondiente, por oficio judicial o por acta notarial. En este último caso podrá realizarse simultáneamente con actos de transmisión, modificación, cesión o constitución de derechos reales. (Guastavino, 2010).

La cancelación de la afectación siempre debe hacerse por el total del valor económico afectado, y como está contemplada la subrogación del bien la

extinción de la inscripción puede recaer también sobre una suma dineraria o indemnización.

Señala Borda (1999) que cuando el propietario tiene dos o más bienes afectados y no opto por la subsistencia de uno de ellos en los plazos fijados por la autoridad de aplicación estamos en presencia de la extinción ipso iure, de oficio se procede a la cancelación de la inscripción del último bien registrado. Cuando no existe el bien o todos los sujetos beneficiarios fallecen la extinción se da de pleno derecho.

El asiento que practique el Registro Inmobiliario siempre deberá dejar constancia de cada circunstancia a los efectos de ilustrar a los acreedores. La cancelación del régimen de vivienda significa que ya no hay protección vigente, que no existe el régimen de vivienda para ese bien.

Si fue constituida por testamento, pueden solicitarla la mayoría de los herederos. En el caso de los condóminos, puede solicitar la desafectación teniendo una mayoría computada en proporción al valor económico de sus respectivas partes indivisas.

La cancelación puede solicitarla cualquier interesado o de oficio, cuando se no se mantienen los requisitos necesarios para que subsista el inmueble afectado al régimen de vivienda. Es decir, ser interesado por ser acreedor anterior, que la vivienda ya no es familiar o que se trata de un acreedor excluido por la ley, o que hubiese fallecido el constituyente y todos los beneficiarios (Guastavino, 2010).

Los conflictos que se originan entre los derechos de los acreedores hipotecarios y los derechos de los beneficiarios del régimen de vivienda, no admiten una respuesta única, así aunque la protección de la vivienda familiar aparece como preferente, ello solo ocurre cuando se dan las condiciones de vigencia de las normas que la instituyen, las que no pueden ser ejercida abusivamente, ni en contra de los propios actos.

En el caso “Perini”³⁰, los hechos sucedieron en esta secuencia:

- 27/07/1995 Perini y su cónyuge inscriben la vivienda como bien de familia, condominio con un cincuenta por ciento.
- 31/07/2001 el Banco de la Provincia de Buenos Aires les otorga un préstamo. Perini con el asentimiento de la señora desafecta el bien, constituye hipoteca a favor del Banco.
- 11/09/2001 nuevamente inscriben la vivienda al régimen.
- Meses después Perini cae en quiebra aunque el crédito bancario todavía no estaba en mora.

El síndico de la quiebra solicitó la desafectación del cincuenta por ciento de la vivienda para poder ejecutar el crédito del Banco Provincia. El juez de primera instancia hizo lugar a la desafectación solicitada por la sindicatura.

La Cámara confirma la sentencia de la instancia anterior y sostuvo:

... que el inmueble pasó a ser prenda común de la totalidad de los acreedores. Manifiesta que el bien afectado a ese régimen pueda ser gravado con la conformidad del cónyuge, no siendo necesaria la desafectación del bien, que los recurrentes no hicieron uso de tal facultad y ello trajo aparejado tales consecuencias. (Sentencia p.526)

Así como se dieron los hechos la vivienda pasó a ser prenda de los acreedores como el resto del patrimonio del fallido, tanto de aquellos que ostentara título posterior como anterior a dicha desafectación.

Muchos acreedores al momento de contratar con el fallido no pudieron tomar en consideración el inmueble como garantía de sus obligaciones porque se encontraba inscripto al régimen, a partir de la desafectación se vieron beneficiados. Fue muy breve el plazo entre la desafectación y la nueva inscripción pero suficiente para ser considerado por algunos acreedores como garantía de sus obligaciones.

³⁰ C.N.Apel, Sala A, “P Perini Eduardo Orlando s.quiebra” (2007)

Lo propio de este fallo, es que reconoce la renuncia a la afectación de la vivienda para poder constituir la garantía del préstamo bancario, de esta manera el inmueble hubiera seguido con la protección de la inejecutabilidad ya que el crédito no estaba en mora y no era necesario la desafectación del bien.

El juicio pasó a la Corte Suprema de la nación, que considerando la vivienda como un derecho fundamental de la familia, afirmaron:

... que la interpretación de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial, no constituye una interpretación razonada de los derechos constitucionales involucrados en el caso, sin que una solución contraria implique, a su entender, vulnerar los derechos de los acreedores, dado que éstos no consideraron al inmueble al evaluar la solvencia del deudor y la garantía de su crédito. (C.S.J.N 2009).

La Corte Suprema de Justicia Nacional, resuelve que el síndico no se encuentra legitimado para solicitar la desafectación, con fundamento jurídico en el mencionado artículo 38 de la ley 14394 y que dicha tutela legal, de base constitucional, frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación, no resultando válido lo manifestado por la Cámara en orden a la aplicación del principio de la par conditio creditorum, toda vez que el régimen del bien de familia, en el marco mencionado, constituye una excepción. Una vez ejecutado el bien, ante la existencia de un acreedor anterior a la afectación como bien de familia, los fondos remanentes, gozan de la protección del régimen del bien de familia, considerando la subrogación real.

Cuando el titular del bien de familia cae en quiebra pueden existir deudas anteriores y posteriores a la constitución. No cabe duda de que el bien de familia es inoponible a los acreedores de causa anterior a la inscripción de la cosa como bien de familia, pero sí lo es con respecto a los acreedores de causa posterior a este momento. De allí que la doctrina en general haya interpretado que en ese caso, existencia de acreedores anteriores y posteriores al momento de la inscripción del bien de familia, debe procederse a la enajenación del inmueble, pagarse con su producido a los acreedores anteriores a la constitución respecto

de los cuales ella es inoponible, y el saldo entregarlo al deudor fallido (Kemelmajer de Carlucci-Parellada Medina, Letieri, Sajón..., 2011).

. El argumento referente a respetar la par conditio creditoris no puede admitir la incorporación de un inmueble del fallido afectado como bien de familia por la existencia de créditos de causa o título anterior a la referida inscripción, ya que para algunos de los acreedores del constituyente la inscripción era oponible.

Entonces estos acreedores, ¿También serían beneficiarios del desapoderamiento producido en un proceso del que no formaron parte?.

En el caso de la Cámara de Apelación Departamental de Azul ³¹ desafectación y ejecución del bien el tribunal sostiene: “Corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y consecuentemente confirmar la sentencia apelada de fs. 1025/1029 que declaró, en el caso, la inconstitucionalidad de la Ley 14432 y denegó la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble embargado”.

En octubre del 2002 el Sr. Jorge Alberto Rodríguez reclamó contra los Sres. Elda María Paleo, Agencia de Remis “Travel” y Ernesto Rubén Minaberrigaray la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia del hecho ilícito acaecido el día 30 de setiembre del 2001 en la ciudad de Tandil. En aquella oportunidad circulaba al comando de una motocicleta resulto ser embestido por automóvil que trabajaba para la agencia de remises.

La sentencia de primera instancia, que con fecha 26.03.07 hizo lugar a la demanda promovida y condenó a abonar una suma de dinero en carácter de indemnización, luego se redistribuyen los porcentajes para abonar la cifra y se decide embargar el inmueble para asegurarse el cobro. Con fecha 09.09.08 se solicitó la formación del incidente de ejecución de sentencia ya que pese a que

³¹ C. Ap.Civ.Com. Azul, Sala I, “Rodríguez, Jorge A. c/ Paleo, Elda y/u otro s/ Daños y perjuicios”, causa N° 60155, (2015).

el pronunciamiento se encontraba firme y ejecutoriado, éste resultaba aún incumplido.

El co-ejecutado Ernesto Rubén Minaberrigaray, promovió un incidente de levantamiento de embargo y exclusión de ejecución, cuyo rechazo motivó la interposición del recurso de apelación en tratamiento. Expuso el peticionante que ocupa el inmueble con su grupo familiar, cónyuge y madre, en carácter de vivienda única y de ocupación permanente y que ésta guarda relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar. Prestó declaración jurada respecto de que no renunció a la garantía de inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda.

El demandado se escudó en la protección de los arts.1 a 9 de la ley provincia de Buenos Aires nro. 14.432, que disponen la inembargabilidad y la inejecutabilidad de todo inmueble destinado a vivienda, única y de ocupación permanente, salvo que el titular renuncie es inconstitucional la ejecutabilidad de la vivienda, pues se trata de una cuestión de fondo o de derecho común que se encuentra delegada a la nación en los términos del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

El tribunal de la causa encuentra idénticas tesis al respecto que la ley la ley 8067 que aborda de manera similar esta temática en la provincia de Córdoba, a la cual también este Tribunal tachó de inconstitucional en la causa “Banco Suquía”³².

El sistema de inscripción voluntaria del bien de familia previsto en el orden nacional, no luce irrazonable ni restrictivo. Se advierte la necesidad de inscripción para su oponibilidad a terceros ya que es una limitación al derecho de dominio del constituyente cuyo efecto principal es tornarlo no susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, es lógico que esa alteración al patrimonio como garantía común a los acreedores. En este caso han pasado 14 años desde que fue embestido por el demandado y que desde entonces ha tenido que judicializar su reclamo para poder ver satisfecho su derecho a ser

³² CSJN, “Banco del Suquía c. Tomassini, Juan C”, del 19.03.02; pub. en LL, 2003- B, 245

indemnizado siendo en este caso un acreedor involuntario. Los estados provinciales pueden acrecentar los derechos individuales siempre que no se invada la esfera reservada al Congreso.

4.2 Subrogación real de la vivienda

Se define que se realiza la subrogación real del bien de familia, cuando existiendo un inmueble inscripto como bien de familia, este puede ser vendido, ejecutado o expropiado, y con su producido u obtenido, comprar otro inmueble, al que se traslada el beneficio con efecto retroactivo a la vigencia de la anterior afectación al régimen de bien de familia.

La subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en algunos innovadores pronunciamientos judiciales durante los últimos años anteriores a la entrada en vigencia del Código civil y comercial de la nación fue uno de los aportes de la nueva legislación.

Esta permite adquirir una nueva vivienda y mantener la tutela, así como también extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación. Se regula expresamente la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario.

Es una manera de priorizar al beneficiario por sobre la figura del acreedor, ya que se mantiene la protección sobre el nuevo inmueble que se haya adquirido en reemplazo, o sobre la indemnización cobrada o sobre el precio percibido.

Por ejemplo si el inmueble es destruido o quemado en un incendio o frente a una expropiación, puede existir una indemnización dineraria por parte de la compañía de seguro o del estado expropiador o se puede presentar la necesidad de vender el inmueble y reemplazarlo por otro más conveniente, lo que constituye la mera sustitución del inmueble por otro.

En estas situaciones, el dinero producto de la venta o indemnización del inmueble o el nuevo inmueble están sucesivamente comprendidos en el régimen

de vivienda, desde la fecha de oponibilidad, cuando se constituyó el primer inmueble. La subrogación no perjudica ni afecta a los acreedores, por cuanto la situación no varía para ellos.

La vivienda adquirida en sustitución de la afectada, imposibilitaría la afectación de otro inmueble-vivienda de propiedad del propietario, esto en concordancia a que solo un inmueble puede ser afectado y se está dando la continuidad de esa protección y no al reemplazo de un inmueble por otro en donde allí si quedaría susceptible de ejecución por los acreedores por la cancelación de la afectación (Zannoni, 1998).

La ley de Concursos y Quiebras carece de normas explícitas acerca del instituto en estudio. No obstante, la inembargabilidad del inmueble afectado al régimen de bien de familia tiene repercusión en la quiebra del titular fallido, por cuanto dicha inembargabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 108, inciso 7º de la ley 24522 al referirse a qué bienes no se ven alcanzados por el desapoderamiento reglado en el art. 107, establece "... los demás bienes excluidos por otras leyes.", viene a excluir al bien de familia de los efectos del desapoderamiento. Pero, esta exclusión es relativa, ya que el bien de familia podría ser objeto de desapoderamiento en caso de existir acreedores anteriores a su inscripción como tal. Con la posibilidad de la subrogación real, ejecutado el inmueble afectado a bien de familia por acreedores anteriores a su inscripción, el remanente sigue estando bajo ese régimen y no será alcanzado por los acreedores de títulos posteriores

Estos son algunos fallos en donde ya se admitía la subrogación real aun no estando contemplada en el articulado de la ley 14394 pero como el de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín 11/8/1993, en el caso "Carrizo, Alberto", se sostuvo que si existe un acreedor anterior a la constitución del bien de familia, se debe formar una masa especial con los acreedores legítimos para ejecutarla. Otro fallo es el de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, en el caso "Grupo Goldaracena Hnos S.A.C. S/actuaciones con motivo de la quiebra" del año 2002, donde se resolvió que quien demuestre que su crédito es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, puede solicitar la formación de un concurso especial quedando

el eventual saldo remanente para el fallido. Finalmente, tenemos el fallo “Kipperband, Jacobo v. Registro de la Propiedad Inmuebles de la Provincia de Buenos Aires”, de la Sala 1ra de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro del año 1997, donde se admitió la sustitución del bien de familia, constituido sobre un inmueble del fallido, con el objeto de que el síndico vendiere el referido inmueble para pagar a los acreedores a quienes éste es inoponible y con el resto del producido se adquiriera otro que se colocara en el lugar del bien enajenado.

CONCLUSIONES

La Constitución Nacional de 1853 no contemplaba expresamente la protección de la familia o de sus bienes. Con la reforma del año 1949 se incorporaron los denominados derechos sociales, aquellos que facilitan el acceso a bienes necesarios para una vida digna abarcando en su protección a la familia, niñez y ancianos. Es en 1957, con la reforma de la Constitución Nacional que se agrega el artículo 14 bis que declara “... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el orden jurídico interno se integra con los tratados internacionales, con jerarquía constitucional, reforzando así esa finalidad tuitiva de protección de la vivienda. El análisis de la problemática jurídica de la vivienda, poseyendo la misma, muestra una interrelación entre el Derecho y la Economía y a la vez una constitucionalización del derecho privado (Borda, 1999).

La ley 14394, del año 1954, contempló y reguló el bien de familia con una finalidad económica, preservar un patrimonio, y por otro lado con un fin social, al mantener a la familia dentro de un mismo inmueble. Esta normativa exigía importantes reformas a los fines de su adaptación a los nuevos tiempos, pues contemplaba un concepto de familia que debía replantearse a la luz de un criterio más abarcativo.

El Código civil y comercial de la nación, desde agosto del 2015, asume esta exigencia, y sobre la base de un paradigma no discriminatorio regula la vivienda manteniendo los conceptos originales de la ley 14394 e incorpora aspectos que se han ido elaborando en la doctrina y jurisprudencia.

Puede afectarse un inmueble destinado a vivienda por su totalidad o hasta una parte de su valor. Si se optara afectar solo parte del valor de la vivienda, la misma podrá ser ejecutada por el valor no amparado por el régimen. La protección al inmueble que da el Código civil y comercial de la nación no excluye la protección dispuesta en otras disposiciones legales vigentes, como es el caso de algunas leyes de la provincia de Córdoba. (Grisetti y Grisetti, 2010).

La determinación de cuáles son los bienes del deudor que pueden estar sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor y cuales no lo están es materia de la legislación común, y como tal, es prerrogativa única del Congreso Nacional, por lo cual las provincias no podrían incursionar en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado por las provincias a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la ley fundamental, es entonces que se puede declarar la invalidez de las normas provinciales que invadan aspectos propios del derecho civil.

Si bien la vivienda no esté excluida expresamente de los bienes que son garantía común en el artículo 744³³ del Código civil y comercial de la nación, queda claro que cumpliendo los requisitos para afectarla al régimen de vivienda,

³³ ARTÍCULO 744. Bienes excluidos de la garantía común

Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743:

- a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;
- b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;
- c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;
- d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178;
- f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;
- g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio;
- h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

ARTÍCULO 743. Bienes que constituyen la garantía

Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia.

la misma queda excluida de la agresión por parte de los acreedores para el cobro del crédito.

En Córdoba, el artículo 58 de la Constitución de Córdoba establece que la vivienda única es inembargable sin necesidad de inscripción, como también está lo contempla la ley 8067 que reglamenta la inembargabilidad de la vivienda única.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba³⁴, rechazó el recurso local de inconstitucionalidad de la ley provincial en protección a la vivienda única os basándose en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice “ Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades ”.

Expresa, Ferrajoli (1999), filósofo analítico del derecho, que los derechos sociales relacionados con la vivienda, como son el acceso a la misma y la defensa del bien de familiar, el rol gubernamental no se limita a la exclusión de intromisiones como ocurre con la propiedad privada, sino que el constituyente pretende del Estado un rol activo.

Coincidiendo con las expresiones anteriores, la intromisión del Estado debe darse en políticas sociales y económicas que favorezca a que cada habitante logre tener la protección de la vivienda familiar, pero el apartamiento del sistema de fuentes y de la Constitución Nacional no beneficia la seguridad jurídica ni respeta las garantías del estado de derecho. En el giro cotidiano de los negocios no es loable que una vivienda única pueda ser ejecutada en todas las provincias menos en Córdoba, que está protegida sin la inscripción en el régimen de vivienda.

³⁴ T.S.J. Córdoba, “Bco Suquia c/ Juan Carlos Tomasini , (1999).

En tal orden de ideas comparto que la naturaleza de la renuncia de la cláusula de inembargabilidad asume idéntica naturaleza que la desafectación y cancelación del régimen de protección de la vivienda que recepta el artículo 255 del Código civil y comercial de la nación.

El régimen de vivienda es un régimen especial y extraordinario de protección sobre un inmueble ocupado como vivienda de la persona humana impidiendo que el mismo pueda ser llevado a remate por un acreedor. La deuda no desaparece y el acreedor podrá ejercer su derecho sobre el resto del patrimonio del deudor pero la propiedad no puede ser tocada.

Los bancos y entidades financieras habitualmente exigen “quitar” el Bien de Familia sobre una propiedad para dar préstamos con una garantía hipotecaria que las afecte. No solo puede hipotecarse una propiedad bajo el régimen de vivienda sino que después de hipotecada también podrá afectarse el inmueble a l régimen. En esta última situación el régimen de protección no se aplicará con relación a esa hipoteca, con lo cual es muy claro que el derecho o privilegio del acreedor en la hipoteca no se ve limitado de forma alguna ni corre ningún peligro. El verdadero peligro y perjuicio para la familia es obligarla a que se desafecte el Bien de Familia ya que el inmueble quedará desprotegido contra todos los potenciales acreedores que pudieran aparecer, situación que en definitiva tampoco favorece al acreedor hipotecario de un deudor cumplidor. Si se puede renunciar a la protección para un acto jurídico en particular cuando el bien ya está afectado.

Las modificaciones introducidas por el Código civil y comercial de la nación son importantes no solo por la ampliación conceptual integradora sino también desde el punto de vista de su instrumentación, dando respuesta a las controversias que la ley derogada generaba. Ampliando el número de beneficiarios respeta al principio de autonomía personal que deriva en la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento por el Código civil y comercial de la nación. El propio constituyente ahora puede ser el único beneficiario de la afectación.

Puede afectarse cualquier inmueble, sin distinción si el mismo se encuentra en zona rural o urbana, si es necesario que el destino del mismo sea

vivienda, por lo que un inmueble destinado a la profesión, comercio o explotación no podrá ser afectado bajo este régimen de vivienda. Si el inmueble esta alquilado, el mismo tendría que ser no en su totalidad ya que es requisito para la subsistencia del régimen de vivienda que algun beneficiario lo habite.

Por primera vez en Argentina, al regular las uniones convivenciales, la atribución de la vivienda forma parte del pacto de convivencia. En las uniones convivenciales inscripta ninguno de los miembros puede disponer de los derechos de la vivienda, ni sobre los muebles indispensables de esta, sin el asentimiento del otro, la misma disposición se tiene que tener en cuenta para los miembros de un matrimonio.

Podrá debatirse la figura de progenitor afín dentro de las responsabilidades parentales en el Código civil y comercial de la nación por no ser un vínculo que estuviera presente en el Código de Vélez.

El progenitor afín resulta altamente favorable en la relación con los menores, aunque no se crea parentesco, teniendo en cuenta que los mismos sufren muchas pérdidas y cambios en el comienzo de la familia ensamblada. En estas relaciones debe crearse una nueva historia en común con convivencias y tiempos compartidos que le dé al niño/a la seguridad de pertenecer a esa nueva familia.

La nueva figura, genera seguridad jurídica al estar contemplado en el Código civil y comercial de la nación y a la vez en armonía con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Los estándares de interés superior del niño y protección integral de la familia no son eslóganes vacíos ni expresiones decorativas, sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los poderes del Estado, de esta manera sería atinada incorporar como beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, antes de los dos años de convivencia del progenitor afín. Si bien no se genera parentesco en el progenitor afín si existe en el Código civil y comercial de la nación una obligación alimentaria subsidiaria con respecto al hijo afín que rige con independencia del tiempo de convivencia, por lo tanto beneficiarlo

con la protección de la vivienda sería otorgarle una protección integral intrínsecamente justa al menor.

De la articulación de esta norma se brinda la posibilidad que una persona sola acceda al régimen de protección de la vivienda. Se observa en el Código civil y comercial de la nación que la muerte del instituyente no configura causa de desafectación ya que en el artículo 252 establece determinada consecuencia para el caso de que el bien se desafecte dentro de los cinco años posteriores a la muerte del propietario. Es decir, no gozará de la exención del impuesto a la herencia.

La ley permite la subrogación real, protegiendo de esta manera los derechos a la vivienda durante el tiempo que transcurra entre la venta del bien afectado y su sustitución por otro. Esta protección se retrotrae al momento de constitución al régimen de vivienda del bien sustituido.

Sería conveniente la incorporación de un plazo legal de caducidad para el uso de los fondos, dado que, de esa manera, la continuidad del régimen por vía de la subrogación podría tornarse dificultosa, opresiva.

La protección a la vivienda familiar en la legislación argentina vigente no es absoluta y puede ser dejada de lado, por voluntad libre del titular de la propiedad, con el asentimiento del cónyuge o conviviente. De esta manera se estaría otorgando la libertad de poder renunciar para ciertos actos al régimen de vivienda, con lo cual la inscripción no le sería oponible y permite el normal desarrollo patrimonial a la familia.

Dado que la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva, artículo 948 del Código civil y comercial de la nación, en el caso de la subrogación real, el empleo de una parte de los fondos a un destino que sea incompatible con el fin tutelado no debería aparejar la pérdida de la protección legal respecto del remanente.

Teniendo en cuenta la vivienda como un derecho fundamental de la persona humana se podría admitir la subrogación para el caso que se tramita el inmueble a los hijos beneficiarios, quienes adquieren cada uno un inmueble de propiedad horizontal y continúan con el beneficio. Esto considerando la

protección que tienen los fondos de la vivienda enajenada que va más allá de la restricción de la norma de afectar un solo inmueble al régimen.

Referencias

Doctrina

- Aguilar, R. y Humphreys, R. (2005). *Subrogación real del bien de familia*. Presentado en XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 4. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires.
- Alonso J., Rivera J. y Giatti, G. (2005). El bien de familia y quiebra. *Revista de Derecho de Familia*, (32), 14-16.
- Arean, B. (2001) *Bien de familia*. Buenos Aires, Argentina. Hammurabi.
- Arias F. (2007) *Metodología de la investigación*. México. Trillas.
- Argentina Jurisprudencia (2014), Doctrina Judicial n. 37. CABA. Ley S.A.
- Bidart Campos G. (1992). *Tratado Elemental de Derecha Constitucional Argentino*, Tomo VI. Buenos Aires. Ediar.
- Borda, D. (2008). *Tratado de Derecho civil-Sucesiones*. (9 edición). Caba. La Ley.
- Borda G. (1993). *Tratado de derecho civil familia*. Buenos Aires, Argentina. AbeledoPerrot.
- Borda G. (1999). *Tratado de derecho civil familia*. Tomo 1. Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil –Sucesiones*. (3 edición). Caba. La Ley.
- Bossert G. y Zannoni E. (2008). *Manual de derecho de familia*. Caba. Astrea.
- Capparelli J. (2010). *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*. Buenos Aires. Educa.
- Córdoba M. y Ferrer, F. (2016). *Práctica del derecho sucesorio*. Caba. Astrea.
- De la Fuente H. (2008). *Orden público*. Buenos Aires. Astrea.
- Del Mazo G. (2015). *La protección de la vida familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. DF. Ceal

- Dillon G. (2006). *Protección jurídica de la vivienda*. Mendoza. Jurídicas Cuyo.
- Encina F., De Bello M., y Martínez N. (2009). *El bien de familia*. Buenos Aires. La Ley
- Famá, María V. (2011) *La Protección jurídica de la vivienda unipersonal: Constitución del bien de familia a favor del constituyente sin familia*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (Vol. I). Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Fassi, S. (1970) *Tratado de los Testamentos*, (vol. I). Caba. Astrea.
- Ferrajoli, L. (1999) "Derechos y Garantías" (trad. de Perfecto Ibañez y Andrea Greppi). Madrid. Trotta.
- Folco C. (2011) *Bien de familia*. Buenos Aires. RubinzalCulzoni.
- Fortuna, S. y Murganti A. (2015), *Jurisprudencia Argentina*. (tomo 3). Caba. Abeledo Perrot.
- Galasso, N. (2005) *Perón, Formación, ascenso y caída (1983-1955)*. *Revista Summa*. Buenos Aires. Colihue SRL.
- Gelli, A. (2003), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada t Concordada*, (Segunda Edición ampliada y actualizada). La Ley.
- Guastavino E. (2010) *Derecho de familia patrimonial - El bien de familia*. Buenos Aires. La Ley.
- Grisetti, R.; Grisetti, A. (2010) *Bien de familia. Constitución por concubinos a favor de los hijos menores. El "interés superior del niño"*. Buenos Aires. Llnoa.
- Iñigo D. (2014) *Bien de familia y convivencia de parejas, en derecho de familia*. *Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia*, (23). Caba. La ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2011) *Bien de familia y registro de la propiedad inmueble*. CABA. Errepar.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1995) *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires. Hammurabi SRL.

- Kemelmajer De Carlucci, A. (1984). Bien de familia y quiebra. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (100). Caba. Depalma.
- Laureano, A. (2012) *Seminario Teórico-práctico*. Buenos Aires. Academia Nacional del Notariado.
- Lora,L. (2007). *Discurso jurídico sobre el interés superior del niño* Presentado en Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigadores y Becario. Mar del Plata. Argentina.
- Lorenzetti, R., Highton, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2011) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*. Presentado en el Colegio de Abogado Buenos Aires, Caba, Argentina.
- Lorenzatti, R. (1993). *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*. Caba. La Ley.
- Lorenzatti, R. (1993). *Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales*, (tomo. II). Caba. La Ley.
- Lorenzetti, R. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado* (tomo I) Caba. Rubinzal Culzoni.
- Luna, F. (1984). *Perón y su tiempo* (vol 1). Buenos Aires. Sudamericana.
- Mazzinghi, Jorge A. (1996) *Derecho de Familia*. Buenos Aires. Abaco.
- Medina, G. (2015) Protección constitucional de la vivienda familiar. Con especial referencia a las modernas constituciones provinciales. *Revista de Derecho de Familia* (7). Caba. Barrera.
- Mourelle de Tamborenea C. (2015) *Derecho de familia* en el Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. AD HOC.
- Mourelle de Tamborenea C. (2015) *Derecho de familia* en el Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. AD HOC.
- Papaño R. y Kiper C. (2004) *Derechos reales*. Buenos Aires. Astrea.
- Papaño R. Kiper C. y Dillon G. (2004). *Derecho Civil - Derechos reales*. Caba. Astrea.

- Perón, J. (1952) Discurso del 01-05-1952. Disponible en: www.jdperon.gov.ar/1945/10/discursos/ fecha de consulta 05/05/2016.
- Peralta Mariscal, L. (2005) *Régimen del bien de familia. Legislación Nacional y Provincial*. CABA. Rubinzal Culzoni.
- Sampieri, R.(1.998). *Metodología de la Investigación*. Mexico. D.F. McGraw-Hill.
- Scavone, G. M. (2002). *Cómo se Escribe una Tesis*. (1ª Ed.). Buenos Aires. La Ley.
- SzmuchM (2006). *Revista del Notariado*. CABA. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- Solari, N. (2010). Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La nueva ley 26.579. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (1). Caba. La Ley.
- Wagmaister, A. (2012) *Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco – Alimentos – Responsabilidad parental*. Recuperado de AR/DOC/3049/2012.
- Vázquez Ferreyra, R. (1998). *La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional*. CABA. LLLitoral.
- Villamil F. (1980). *Doctrina. En Diccionario Enciclopédica-jurídico*. (tomo 9). Buenos Aires. Driskill.
- Yuni J. y Urbano C. (2003). *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. (Vol. II). Córdoba. Brujas.
- Zannoni E. (1998). *Derecho Civil - Derecho de familia*. Caba. Astrea.
- Zannoni, E. (1999). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones tomo II*. (3 edición) .Caba. Astrea.

Legislación

Constitución nacional. (1994). CABA. Betuna.

Código Civil de la República Argentina- versión universitaria. (2011). Buenos Aires. Errepar.

Código civil y comercial de la República Argentina:(2014). Visión Jurídica

Decreto 2080 (1980)

Decreto 35(1963)

Decreto 2531 (1960)

Decreto 2528(1966)

Decreto 540 (1993)

Edición ampliada de Ley de Tierras Rurales nº 26.737, publicado en AA. VV, LXIII

Ley 14394 Régimen de menores y bien de familia. Promulgada el 14/12/54. Publicada en el B. O.: 30/12/54.

Ley 6074, Córdoba 1977. Bien de familia

Ley 17801. Ley nacional del Registro Inmobiliario. 1981

Ley 22232. Banco Hipotecario Nacional; carta orgánica. 1980

Ley 14432 LEY DE PROTECCIÓN DE VIVIENDA ÚNICA, Y DE OCUPACIÓN PERMANENTE. Promulgación Decreto 1622/12 del 28/12/2012

Jurisprudencia

CNCOM, Sala F, “Gomes Alberto Antonio y Otro c/ Sama Explotaciones Agrícolas Y OTRO s/EJECUTIVO” Expediente N° 21893/2013 (2016).

CNCiv., Sala M, “C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara” - Expte. 5182/2014 (2014).

CNCiv., Sala L, “Piñeyro, Enesto c/ Reg. de la Propiedad Inmueble”, Exp. 2003-A (2003).

CCiv.Com.Trab y Flia Villa Dolores, “Juez de Quinteros, René s/ quiebra”, Exp. 1999-D (1998).

CCiv.yCom. Rosario, Sala 1, “Q., A. R. A. y otra”, Exp1998-I (1998).

Juzgado 1 Instancia Córdoba,” R. N. B. C/ F. M. A. –Régimen de visita/alimentos-contencioso” (2016).

Cám de Apel Civ Com Cont adm Rio Cuarto, “Banco de Crédito Argentino c. Saliba, Oscar A. y otra”, LLC 1997, 542 Disponible en: AR/JUR/4420/1996

C.N. Apel. Civ, sala G, “Chacon, Nora E. c. Vitis, Julio “, DJ 2002-2, 839 –LA LEY 2002-E, 244, Disponible: AR/JUR/4330/2002

C.N. Apel. Com , sala A, “Perini, Eduardo Orlando s/quiebra ”, La Ley Online; Disponible: AR/JUR/8988/2007.

CSJN. "Jaralambides, Teófilo c. Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N." fallo del 30/10/86, Disponible: LA LEY, 1987-A, 494

C. J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara. Disponible en: MJ-JU-M-86217-AR | MJJ86217

T.S.J Córdoba, “Banco Suquia c/Juan Carlos Tomassini”. (1999).

C.S Buenos Aires, “BANCO BISEL SA C/ ARHEX, JUAN P”. (1999), Lazzari en disidencia

C.Com, Buenos Aires, sala C, “*BANCO DEL BUEN AYRE SA C/ GLUJ, PERLA ELENA S/ EJECUTIVO*”. ED 6.10.04 (2004).

C, Com , sala B, “RAMA, *GUSTAVO C/ IGUAZU CIA. DE SEGUROS SA S/ ORD.*” (1999)

C. Com, SALA B, “*ROSAS DE DIAZ, MARIA C/ DORSI, HUGO J.M. S/ ORDINARIO*” (2001).

- C.S.Santa Fe, “*Vicini, Héctor Hubo c. Pettinari, Elio Enrique O. s. Ejecución Hipotecaria s. Recurso de Inconstitucionalidad*”, A. y S. T° 131, f° 222/226, (1996).
- C.N.Apel.Civ, Sala H, “Lando, Raúl C. Y otro c/ Patri, Héctor L. Y otro”, L.L., 2002-D, (2002).
- C.Apel.Civ.Com. Azul, Sala I, “Vitrano, Roberto Donato s/quiebra”, Expte. 54100, (2010).
- C.N.Apel.Com., sala A, “Quintero Francisco Antonio s. quiebra s. inc. de subasta“, (2008).
- C.N.Apel, Sala A, “P Perini Eduardo Orlando s.quiebra” (2007)
- C. Ap.Civ.Com. Azul, Sala I, “Rodríguez, Jorge A. c/ Paleo, Elda y/u otro s/ Daños y perjuicios”, causa N° 60155, (2015).

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Valsecchi María Celeste
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	17.576.915
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La protección de la vivienda frente a los acreedores de la persona humana en el Código Civil y Comercial Argentino
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	fdelacasa@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	UNIVERSIDAD SIGLO 21

<p style="text-align: center;">Datos de edición:</p> <p style="text-align: center;"><i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p style="text-align: center;">Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p>	SI
<p style="text-align: center;">Publicación parcial <i>(informar que capítulos se publicarán)</i></p>	

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Rio Cuarto 09 de Febrero del 2017.-----

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado