

## 34 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

### TITULO: AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE VIVIENDA EN EL MARCO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

#### AUTORES:

AGUIRRE, Rodrigo ([escribaniaaguirre@gmail.com](mailto:escribaniaaguirre@gmail.com)), ARREGUI, Santiago Roberto ([escribanía.arregui@gmail.com](mailto:escribanía.arregui@gmail.com)); BRUSCO, María Jimena ([escjimenabrusco@gmail.com](mailto:escjimenabrusco@gmail.com)); CARRICAJO, Manuel; CREGO, María Pilar ([pilar.crego@gmail.com](mailto:pilar.crego@gmail.com)); MARTINEZ, Yamila ([yamilaemartinez11@gmail.com](mailto:yamilaemartinez11@gmail.com)); MOLINARI, María Elina ([mariaemolinari@hotmail.com](mailto:mariaemolinari@hotmail.com)) MOREYRA, Javier Hernán ([escribaniamoreyra@gmail.com](mailto:escribaniamoreyra@gmail.com)); PAGNI, Carlos Martín ([escribaniapagni@gmail.com](mailto:escribaniapagni@gmail.com)); ROSSELLI, Claudio ([rossellisecondaria@gmail.com](mailto:rossellisecondaria@gmail.com)) RUSSO, Martín Leandro ([martin0russo@gmail.com](mailto:martin0russo@gmail.com)); SANSEVERO, Analía Victoria ([analiasansevero@gmail.com](mailto:analiasansevero@gmail.com)); VILLORES, Daniela Fernanda ([danielafvillares@yahoo.com.ar](mailto:danielafvillares@yahoo.com.ar))

#### COORDINADOR POR PROVINCIA DE BUENOS AIRES:

RUSSO, Martín Leandro

#### Tema IV: AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR

##### Coordinador:

Esc. Gabriel VENTURA

[gabrielbventura55@gmail.com](mailto:gabrielbventura55@gmail.com) Subcoordinador:

Esc. Arnaldo DÁRDANO

[escribaniadardano@yahoo.com.ar](mailto:escribaniadardano@yahoo.com.ar)

## **PONENCIAS**

1. Si el bien está en condominio, deben afectar todos los condóminos aun sin relación de parentesco. Sin embargo, la disposición por uno de ellos de su parte indivisa habilita la desafectación parcial subjetiva por esa parte alícuota, subsistiendo la afectación para el otro condómino, por cuanto la protección de la vivienda, de rango constitucional, no puede ser restringida para quien no desea disponer del bien. Asimismo, el condómino que enajena su parte indivisa podrá ejercer el derecho de subrogación previsto por el art. 248 CCyCN sin límite alguno.
2. El usufructuario puede manifestar su voluntad de afectación del inmueble sin necesidad de concurrir al acto el nudo propietario. Ello en virtud del claro enunciado del art. 245 primer párrafo del CCyC. Asimismo, está facultado a acogerse al sistema de subrogación del régimen. En ese caso la afectación subsiste hasta la extinción del usufructo. El embargo o ejecución de la nuda propiedad no afecta a la afectación realizada por el usufructuario.
3. No es necesaria la inscripción de la unión convivencial a los fines de designar beneficiario al conviviente.
4. La subrogación alcanza al inmueble ya existente en el patrimonio del afectante y/o a toda la nueva adquisición, aun cuando no haya identidad de valores entre el inmueble transferido y la nueva adquisición, por cuanto no sólo prevalece la voluntad de afectación al todo y no una parte del valor, sino que además el artículo 248 CCyCN no establece la identidad de valores como requisito, refiriéndose únicamente a la reinversión de un inmueble por otro. Este principio abarca la permuta, aunque no haya compensación, a todo acto oneroso y a los acuerdos particionarios y todo otro bien adquirido por cualquier causa, incluso a título gratuito, por el subrogante.
5. Para los casos en que el precio o indemnización se bancaricen, estos quedan excluidos de la acción de eventuales acreedores por la protección que otorga a los mismos el art. 248 del CCyCN, siendo suficiente para acreditar los montos depositados la presentación de la primera copia o copia certificada de la escritura de venta, en virtud de la publicidad cartular que surge de la misma, independientemente se indique o no la voluntad de subrogar.
6. Si bien es de correcta técnica notarial de instrumentación, el realizar la reserva de subrogación al disponer el inmueble afectado, para dejar claramente expresada la voluntad de las partes y la publicidad hacia terceros, ello no lleva a concluir que deba realizarse necesariamente en ese acto. Excede las facultades del registrador disponer

sobre el particular, imponiendo exigencias que la ley de fondo no estipula de manera expresa.

7. Ponencia de lege lata: De la propia redacción proporcionada por el art. 248 del CCyCN, surge la posibilidad de hacer aplicable la figura de la subrogación a la sustitución por otro inmueble, ya existente o no, en el patrimonio del subrogante, sin importar la demarcación territorial donde aquel esté ubicado. Ponencia de lege ferenda: *La afectación se transmite a la vivienda adquirida, en cualquier tiempo y por cualquier causa, en sustitución de la afectada, y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio*”.

8. La subrogación puede ejercerse sin necesidad de determinación de plazo alguno.

9. Para los casos de subrogación se recomienda la expedición una primera copia al vendedor a los fines que este haga valer el derecho que se reserva.

10. Se reiteran las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en el año 2021 en el sentido que una adecuada técnica de redacción en materia de subrogación sugiere utilizar el término “liberación” o “desvinculación” y no “desafectación” atento a que no se produce esta, en virtud de la continuidad del régimen, independientemente de la cancelación del asiento registral respectivo.

11. A diferencia de lo que sucede con la constitución mediante acta administrativa, la afectación por escritura pública cuenta con los beneficios que otorga la prioridad indirecta, por lo tanto la afectación se considera desde la misma fecha del otorgamiento de la escritura pública, tratándose asimismo de una inscripción declarativa.

12. Ante la rogación del adquirente-beneficiario del régimen de afectación de vivienda, a efectos de darle subsistencia a la afectación de vivienda preexistente, en ocasión de la transmisión del dominio, y siempre que se mantengan los requisitos esenciales, los efectos de la afectación continúan vigentes con efectos desde la fecha de su constitución para el caso en que se otorgue por escritura pública o de su inscripción para el supuesto de optar por acta administrativa. Para los mismos casos de subsistencia se aplica la subrogación del precio.

13. De lege lata. Aplicando criterios de equidad, la enumeración contenida en el artículo 526 del CCyCN, no debe ser interpretada de manera taxativa. **De lege ferenda:** a) Incorporar al texto del artículo 526 del CCyCN los parámetros de los incisos “c)”, y “d)” del artículo 443 del mismo ordenamiento previendo tomar en consideración el estado de salud y edad de ambos convivientes y el interés de las otras personas que integran el grupo familiar. Prever un mayor plazo de atribución de

uso de la vivienda al ex conviviente, en caso de configurarse la situación prevista en el inciso "a)" del art. 526

14. Lege ferenda. En materia de regularización dominial, se propone la reforma de las leyes 24.374 y 25.797, incorporando la posibilidad que los beneficiarios se encuentren legitimados para afectar el inmueble regularizado al régimen de protección de vivienda, la que no será oponible al titular registral hasta que haya transcurrido el plazo establecido en el art. 8 para la consolidación de dominio, la que tendrá efecto retroactivo a la afectación originaria

## **1. Introducción**

En la última década se produjo un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico, donde la persona humana y el resguardo y protección de su dignidad y vivienda, han adquirido un rol protagónico y esencial por sobre el contenido de carácter patrimonialista.

El derecho a la vivienda, constituye un derecho humano fundamental, que integra el plexo de normas económicas, sociales y culturales reconocidas por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional al determinar que: “... *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*”; y por diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

El régimen de protección de la vivienda no es nuevo, sino que ya era regulado por la ley 14.394 del año 1954, aunque el tratamiento que le da el código resulta más amplio.

Tal como se ha señalado, toda protección de la vivienda implica el reconocimiento de su valor en el desarrollo humano y en la importancia social e individual que asume y es por ello que, la vivienda familiar tiene protecciones especiales<sup>1</sup>.

## **2.- Finalidad de la afectación**

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) regula la protección a la vivienda en los artículos 244 a 256, ubicados en el Capítulo 3, del Título 3 (Bienes) del Libro Primero, referido a la Parte General; con importantes cambios en relación al régimen de bien de familia contenido en la derogada Ley 14394, incorporando en este régimen los principios “de no discriminación” y de “autonomía de la voluntad”.

Del juego armónico de su articulado podemos afirmar que persigue como fin proteger los distintos arquetipos de familia, como así también garantizar y asegurar la protección de la vivienda como derecho fundamental<sup>2</sup>.

El artículo 244 establece que “*Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su*

---

<sup>1</sup> MASCOTRA, Mario, "Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL del 21/9/2020, p. 12, [AR/DOC/2874/2020](#),

*valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término”.*

El artículo consagra una verdadera protección de la vivienda, dentro del derecho privado como propiedad familiar, cuya tutela ya no forma parte de una ley aislada, sino que se encuentra dentro de un marco normativo integral, basado en normas de orden público de origen constitucional.

En su primer párrafo, determina que el objeto de la afectación está constituido por un inmueble que debe ser destinado a vivienda. Esta afectación, puede ser total o parcial, y para este último el caso, la afectación cubre hasta una parte del valor de la vivienda.

Por ello, si el inmueble que se pretende afectar no tiene como destino el de vivienda, entonces el mismo no puede ser objeto de la afectación.

Como se ha señalado, la protección se otorga a la vivienda y en consecuencia se protege a toda persona que habite en el inmueble afectado por solicitud de un legitimado. Es decir, que la protección se otorga a todo sujeto habite el inmueble haya o no formado familia. Señala Rivera al respecto que, cualquier persona puede afectar un inmueble destinado a vivienda, no siendo necesario que haya una 'familia' que habite en él<sup>3</sup>.

En efecto, tal como surge en los Fundamentos referidos cuando se dice, en la parte pertinente, que *"...(a) Se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a su situación cada vez más frecuente, de la persona que vive sola..."*.

Dentro de los cambios legislativos, debemos destacar que actualmente se puede afectar un inmueble a este régimen, solamente si aquel está destinado a la vivienda por su totalidad o hasta una parte de su valor. La diferencia con el régimen anterior es que no se incluye al inmueble en el que tan solo se desarrolle una actividad

---

<sup>3</sup> RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., Derecho Civil. Parte General. Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (directores), La Ley, 2019, p.581.

comercial o industrial (como lo preveía la ley anterior). Hoy la normativa nos exige que el inmueble donde se desarrolla la actividad comercial, sea destinado aunque sea parcialmente a vivienda.

Respecto a los inmuebles rurales, es importante destacar que la ley 14.394 regulaba la afectación al régimen de bien de familia, como así también lo hace el art. 256 del CCyCN con la limitación de que no exceda la unidad económica, la cual será determinada por las reglamentaciones locales, con criterios diferentes según las provincias o zonas. El inmueble debe ser suficiente para garantizar las necesidades de una familia agraria y una explotación favorable. Las dimensiones del predio a afectar variarán según clima, tipo de suelo, destino, recursos naturales, densidad poblacional, etc. Resulta interesante el asunto sobre la afectación de un inmueble que excede la unidad económica, afectado al régimen solo la porción del bien que sea suficiente para las necesidades familiares, siendo una afectación parcial del inmueble. Adelantamos desde ya la opinión favorable a dicha afectación, fundada en lo dispuesto por el artículo 244, cuando dice: “puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor...”.

El régimen de afectación a vivienda regulado por el CCyCN es la continuación del régimen de bien de familia existente hasta la derogación de la ley 14.394. Así, todas las afectaciones que se efectuaron durante la vigencia de la ley, hoy derogada, tienen plena vigencia, hasta que se produzcan alguna de las causales de desafectación previstas por el artículo 255 del CCyCN, sobre las cuales nos extenderemos más adelante.

Por último, cabe distinguir el derecho a la vivienda, de las protecciones especiales que el CCyCN confiere a la vivienda una vez adquirida, y que contempla los distintos momentos y situaciones que puede atravesar un sujeto a lo largo de su vida, ya sea con relación al régimen del matrimonio (art. 456 CCyCN), a las uniones convivenciales (arts. 522, 526, 527 CCyCN); la ruptura de ambos arquetipos de familia (arts. 443, 444, 514 CCyCN), y en materia sucesoria, ciertos aspectos que resultan de la indivisión forzosa (art. 2330 y ss, CCyCN).

### **3.- Legitimación**

#### **3.1. Introducción**

A la hora de analizar los sujetos legitimados para afectar al régimen de vivienda; debemos distinguir diferentes situaciones que pueden presentarse, dependiendo si

nos hayamos frente al derecho real de dominio, condominio; o si quien pretende afectar al régimen de vivienda es el titular de un derecho real sobre cosa ajena como, por ejemplo, lo es el usufructo, el uso o la habitación; a raíz de la terminología utilizada en los artículos 245 y 246 del CCyCN.

El artículo 245 del CCyCN, utiliza la expresión de “titular registral”, entendiendo por tal, aquel sujeto titular de un derecho real sobre cosa propia y/o ajena inscripto en el Registro respectivo, a los efectos de lograr la oponibilidad erga omnes de su derecho; mientras que el artículo 246 del CCyCN, utiliza la expresión de “propietario constituyente”; inclinándonos hacia una interpretación amplia y constitucionalista del concepto de propiedad, comprensiva de todos los derechos patrimoniales, y utilizada de esta manera en reiteradas oportunidades a lo largo del texto del CCyCN, en artículos tales como el 127, 485 y 965.

Sin embargo, dicha expresión “titular registral” (terminología que emplea también la DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, la Resolución General 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Córdoba, la DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, entre otros) es criticada por parte de la doctrina dada su amplitud conceptual, y tomando como punto de partida, tal como lo sostiene D’Alessio<sup>4</sup>, que el dominio se adquiere con el título y modo suficiente, siendo la inscripción un mero requisito de oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe; proponiendo su reemplazo por la expresión “titular dominical”, tal como se ve reflejado en las Disposiciones Técnico Registrales de los Registros de la Propiedad Inmueble de Capital Federal (D.T.R. 4/2016), de la Provincia de Chaco (D.T.R. 40/2015) y de La Pampa (D.T.R. 9/2015), entre otros.

Constituye un avance en materia de legitimación que se haya incorporado la afectación de la vivienda a pedido de parte, por decisión judicial, durante la atribución de la vivienda familiar o cuando existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida<sup>5</sup>. Al mismo tiempo la legislación vigente posibilita la afectación por los condóminos sin exigir lazos de parentesco.

### **3.2.- Condominio**

---

<sup>4</sup> D’ALESSIO, Carlos María “Teoría y Técnica de los Contratos. Tomo I”, Editorial La ley, 2015

<sup>5</sup> Flah, Lily.R. y Aguilar, Rosana I. ob. cit.

El CCyCN establece en su artículo 245 que la afectación al régimen de vivienda de un inmueble en condominio, deberá ser solicitada por todos los cotitulares conjuntamente; debiendo en consecuencia mediar la voluntad unánime de todos ellos y cumplir con el requisito de la habitación efectiva por lo menos de uno solo de los afectantes y/o beneficiarios.

En concordancia con la legislación de fondo, en materia registral la DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires señala: “*Cuando el inmueble estuviere en condominio, la afectación deberá ser solicitada por la totalidad de los condóminos, no siendo presupuesto necesario que exista parentesco alguno entre ellos*”.- Este requisito de afectación unánime, es seguido por la DTR 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, la DTR 1/2016 de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Río Negro, la DTR 40/2015 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Chaco y la DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, entre otros.

Respecto de la parte material, corresponde señalar que el principio general es que cada condómino tiene el uso y goce de toda la cosa y eventualmente puede reconocérsele la posibilidad de pactar convenios de uso y goce en los términos del artículo 1987 del CCyCN.

En cambio, la parte indivisa constituye la medida de la participación abstracta que cada condómino tiene en la cotitularidad de la cosa; no resultando en consecuencia posible que un inmueble sea afectado al régimen de vivienda solo por la parte indivisa de uno de ellos<sup>6</sup>.

Nótese, que cuando el CCyCN remarca la posibilidad de afectar el inmueble por una parte de su valor, consideramos que ello fue previsto por el legislador, para la figura de la subrogación real **y/o desafectación parcial subjetiva en el condominio**.

Para la desafectación y cancelación de la inscripción del régimen de vivienda, el artículo 255 inciso a) del CCyCN, establece que se requerirá ya no la unanimidad

---

<sup>6</sup> Cabe destacar que un sector de la doctrina, admite lo contrario, ver: SABENE, Sebastián E.; “Capítulo I –Publicidad Registral del Condominio”, Libro: “Derecho Registral, Una Perspectiva Multidisciplinaria. Tercer volumen”, Director Sebastian E. Sabene; editorial Thomson Reuters La Ley, 2020.- MARTINEZ LÖFFER, Maite G., “Regimen de afectación a la Protección de la Vivienda. Análisis desde el punto de vista del condominio y las uniones convivenciales”, Trabajo presentado en la 43 Convención Notarial Colegio de Escribanos , Ciudad de Buenos Aires-2018.-

exigida para la afectación, sino mayoría de condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas.

En el caso de mediar disconformidad del cónyuge supérstite o del conviviente inscripto, de los condóminos que reúnan la mayoría de las partes indivisas, o si existen beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, dicha desafectación y cancelación deberá ser resulta judicialmente, en pos de sus intereses.

Ahora bien, este principio, puede reconocer como excepción, la enajenación de la parte indivisa de alguno de los condóminos. En efecto, la disposición por uno de ellos de su parte indivisa habilita la desafectación parcial subjetiva por esa parte alícuota, subsistiendo la afectación para el resto de los condóminos, por cuanto la protección de la vivienda, de rango constitucional, no puede ser restringida para quien no desea disponer del bien. Asimismo, el condómino que enajena su parte indivisa podrá ejercer el derecho de subrogación previsto por el art. 248 CCyCN sin límite alguno.

Por ello, consideramos posible la desafectación parcial subjetiva, por parte de cualquiera de los condóminos que pretenda realizar un acto de disposición con relación a su porción indivisa; al considerar las causales de desafectación del artículo 255, como meramente enunciativas y no taxativas, dada la amplitud del inciso d) del mismo.

Negar dicha posibilidad, implicaría que el condómino que pretende realizar un acto de disposición de los regulados en el artículo 1989 y siguientes del CCyCN y/o solicitar la partición del condominio, quedaría supeditado indefinidamente a la obtención de las mayorías establecidas precedentemente; convirtiéndose la protección que otorga el CCyCN en un ejercicio abusivo del derecho, contrariando el principio de la autonomía de la voluntad; buscando de esta manera evitar recurrir a judicializaciones innecesarias a los efectos de dilucidar el caso concreto.

Debiendo en consecuencia asignar un valor a dicha parte indivisa, en el supuesto en que enajenante pretenda ejercer el derecho de subrogación y/o si el nuevo adquirente pretende afectar parcialmente las partes indivisas del inmueble adquirido.

Por último, cabe mencionar que el CCyCN elimina la exigencia establecida por ley 14.394, de la existencia de un vínculo de parentesco entre los condóminos, y admite la posibilidad al no revestir el carácter de propietario único del inmueble, de afectar otro del que si lo fuera.

### 3.3. Usufructo

Tomando como punto de partida que la afectación al régimen de vivienda es un acto que requiere de la manifestación expresa de la voluntad del legitimado al efecto; en caso de mediar la concurrencia de la voluntad del usufructuario y del nudo propietario, no se presentaría dificultad alguna, más allá de la diferencia de criterios adoptada por los Registros de la Propiedad Inmueble respectivos, en cuanto a la naturaleza de la intervención de dichos sujetos.

A modo de ejemplo, y con relación a este último punto, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la D.T.R. 4/2016; y la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de Catamarca a través de la D.T.R. 9/2021, establecen que el inmueble debe ser **afectado por el nudo propietario y el usufructuario conjuntamente**; aplicándosele igual criterio en caso de mediar derecho real de uso y/o habitación; mientras que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires a través de la D.T.R. 10/2016, y el Registro General de la Propiedad Inmueble de San Luis a través de la DTR4/2015 establecen que la intervención del usufructuario es al solo efecto de dar su **consentimiento**.-

Distinto es el escenario respecto de la afectación al régimen de vivienda exclusivamente por parte del usufructuario, que adquiere total relevancia hoy en día, a raíz del cambio de paradigma que evidenciamos en materia de Usufructo, toda vez que el mismo resulta pasible de ser embargado, ejecutado y transmitido voluntaria y/o forzosamente, con los recaudos establecidos en el CCyCN.

Debemos tener en cuenta, tal como lo sostiene Urbaneja<sup>7</sup>, que si bien podría pensarse que la afectación al régimen de vivienda cuando mediare usufructo, confiere resultados equivalentes al actual régimen del uso y habitación; esto no es así ya que si bien atempera los efectos de la ejecutabilidad, no los suprime.-

En consecuencia, siguiendo una interpretación armónica de los artículos 244, 245, 2129, 2142 y 2144 del CCyCN; a la luz de los principios de **COHERENCIA** (art. 2 CCyCN) y **RAZONABILIDAD** (art. 3 CCyCN), y en concordancia con las Convenciones y Tratados Internacionales; el usufructuario podría afectar el inmueble objeto de su derecho, al régimen de vivienda, sin la necesidad de tener que contar con la intervención del nudo propietario, ni tener que designarlo como beneficiario.

---

<sup>7</sup> URBANEJA, Marcelo Eduardo, "Usufructo, uso y habitación: trascendental cambio de función económica", Artículo de Doctrina, El Derecho, n° 14.321, Año LV, Ed 275, 04/12/2017.-

En igual sentido se ha concluido por unanimidad en las **XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, celebradas en Bahía Blanca, en el año 2015: *“El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario”*; lo que ha sido ratificado tanto en el **XX Congreso Nacional de Derecho Registral**, (Catamarca, año 2019)<sup>8</sup>; como en el **XXI Congreso Nacional de Derecho Registral**, edición virtual, año 2021, donde además se le reconoce la facultad de acogerse al sistema de subrogación del régimen.

### 3.4. Uso y habitación

Del mismo modo que sostenemos que el usufructuario podría afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda, también podría hacerlo el usuario y/o habitador; sin embargo, dada la inejecutabilidad de dichos derechos, con la excepción prevista en el artículo 2157 del CCyCN, y sin perjuicio de la acción por fraude que pudiere cursarse, conforme artículos 338 y siguientes del CCyCN; parecería a primera vista, que dicha afectación no aportaría relevancia jurídica alguna.

No obstante, se ha sostenido al respecto que dicha afectación confiere mayor protección a favor del cónyuge y beneficiarios, al considerar en virtud de lo dispuesto por el art. 2562 inciso a) del CCyCN, que el plazo de caducidad aplicable a la acción de nulidad por omisión del asentimiento para desafectar el bien, es el de 2 años y no el de 6 meses previsto en los artículos 456, 470 y 522 del CCyCN; y en la posibilidad de poder designar como beneficiario al conviviente cuya unión convivencial no estuviera inscripta<sup>9</sup>.

### 3.5. Escritura de afectación

PRIMERO: Que viene por la presente a manifestar su voluntad de afectar al RÉGIMEN DE VIVIENDA el INMUEBLE sito en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la

---

<sup>8</sup> **XX Congreso Nacional de Derecho Registral**, (Catamarca, año 2019) *“Queda comprendido el usufructuario dentro de los legitimados sustantiva y registralmente para la afectación al régimen de vivienda, sin necesidad de intervención del nudo propietario (Art. 245 CCCN). La afectación estará limitada al valor de su derecho (Art. 244 CCCN)”*

<sup>9</sup> SZMUCH, Mario Gabriel, “Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos”, Artículo de Doctrina, Revista del Notariado 919.-

provincia de Buenos Aires, con frente a la calle ....., con las siguientes medidas, superficie y linderos:...- NOMENCLATURA CATASTRAL: ... SEGUNDO: Que declara como BENEFICIARIOS, de acuerdo con el artículo 246 del Código Civil y Comercial de la Nación, a sí mismo, a su cónyuge ....., argentina, nacida el ....., titular del documento nacional de identidad....., casada en primeras nupcias con el afectante y con idéntico domicilio, y a sus hijos: ....., nacido el ....., titular del documento nacional de identidad número ....., y ....., nacido el ....., titular del documento nacional de identidad número....., ambos argentinos, solteros, hijos de ..... y ....., domiciliados con sus padres. TERCERO. Asimismo declara que: 1) Convive con todos los beneficiarios en el inmueble objeto la presente afectación; 2) Que no se halla acogido ni tramita igual beneficio ni en ésta ni en otra jurisdicción; y 3) Que el bien no tiene más destino que la habitación de los beneficiarios nombrados. CONSTANCIAS NOTARIALES. El compareciente acredita los vínculos invocados con la siguiente documentación, que en sus originales tengo a la vista y en copia autenticada agrego a la presente: 1) el Certificado de Matrimonio de ..... y ....., del cual surge que el mismo se celebró el ..... y se anotó en la Delegación Lanús del Registro Provincial de las Personas, bajo el Acta ....., Tomo ....., al folio ....., del Libro de Matrimonios del año .... 2) los Certificados de Nacimiento de sus hijos y de los que surge que fueron anotados en el Registro Provincial de las Personas, en la Oficina del Registro Civil de Lanús, de la siguiente manera: el nacimiento de..... bajo el Acta ....., Tomo ....., al folio .... del Libro de Nacimientos del año ....., y el nacimiento de..... bajo el Acta ....., Tomo ....., al folio .... del Libro de Nacimientos del año ....

Condominio. Afectación de más de un inmueble.

Que por escritura..., de fecha..., pasada ante el escribano de esta ciudad..., al folio..., del Registro Notarial ... a su cargo, inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula..., del partido de ..., afectó al régimen de vivienda el inmueble... SEGUNDO:...TERCERO: Asimismo declara que: 1) Convive con todos los beneficiarios en el inmueble objeto la presente afectación; 2) Que no se halla acogido ni tramita igual beneficio ni en ésta ni en otra jurisdicción; 3) Que el bien no tiene más destino que la habitación de los beneficiarios nombrados: 4) Que no obsta a la presente afectación de su vivienda, la afectación que realizara en igual sentido, conjuntamente con su hermano..., con relación al INMUEBLE sito en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, con frente a la calle

....., inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula..., del partido de..

#### **4.- Objeto**

##### **4.1. Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación, aborda el tópico “derechos y bienes” en los arts. 15 a 18 del Capítulo 4, del Título Preliminar y lo regula de manera específica en el Capítulo 3 del Libro I, correspondiente a la Parte General.

De este modo, el CCyCN sistematiza en un solo libro todas las disposiciones referidas a las personas, los bienes, las cosas, los hechos y actos jurídicos, por cuanto los bienes junto con las conductas humanas, constituyen el objeto de las relaciones jurídicas en general.

El Código Civil y Comercial de la Nación introduce el tratamiento de las cosas inmuebles en el art. 225 bajo el epígrafe “inmuebles por su naturaleza” siendo ellos *“...el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre”*.

Si bien el título de la Sección 1ª que precede al artículo se enmarca bajo el término “conceptos”, evidentemente en materia de inmuebles no contiene un concepto general, ya que alude más bien a una noción determinativa de los mismos en tanto se refiere en términos generales al suelo y a todo lo que a éste se incorpore, de modo que integran esta categoría además de la superficie terrestre, los árboles, los ríos y los minerales que se encuentren bajo tierra<sup>10</sup>.

Según el artículo 226 son inmuebles por accesión *“...las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.*

*No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”*.

De esta manera abarca todas las construcciones permanentes y las cosas muebles que se incorporan de manera permanente a todas estas construcciones, de esta manera, el carácter se transmite a todas las cosas que, siendo por naturaleza muebles, forman parte de la unidad definida como edificio<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> RIVERA, Julio César-CROVI, Luis Daniel, “Derecho Civil y Comercial. Parte General”, Rivera Julio César-Medina, Graciela directores. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 527

<sup>11</sup> RIVERA, Julio César-CROVI, ob. cit., p. 528

Al tratar la divisibilidad de las cosas, en materia de inmuebles, el artículo 228 establece que la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales<sup>12</sup>.

Como principio general, en consecuencia, no podrá afectarse más de un inmueble, pero a modo de excepción deben contemplarse como posibilidad de afectación los siguientes casos:

#### **4.2. Inmuebles linderos, unificados o subdivididos**

Cuando se trate de dos o más inmuebles linderos de un mismo propietario, que no están unificados, es posible la afectación siempre que en ellos se asiente la vivienda.

En este sentido, es posible la afectación siempre que en ellos se asiente la vivienda.

Para el caso de anexión, la DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis en su artículo 4 determina que, si un inmueble se unificare o anexare con otro ya afectado al régimen de protección de vivienda, los efectos se producirán a partir de la fecha en que el título de anexión o unificación parcelaria ingrese al registro.

Este es el criterio seguido por la DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, la DTR 4/2015 del Registro General de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, entre otras disposiciones registrales locales.

---

<sup>12</sup> El art. 1883 del CCCN establece que: "*El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto...*". En tal sentido, el VII Congreso Nacional de Derecho Registral (Córdoba, 1998), por despacho mayoritario ha señalado que: "1. Respecto de determinados derechos reales, nuestro Código Civil admite la posibilidad de su constitución sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. 2. La constitución de tales derechos sobre diversas partes materialmente determinadas de un inmueble en favor de titulares distintos, no implica que entre ellos se establezca una cotitularidad de esos derechos. 3. Acerca de la posesión, nuestro codificador admite en el art. 2410, la posibilidad de tomarla sobre una parte materialmente determinada de un inmueble (...) III. Publicidad de los derechos reales sobre partes materiales. En todos los casos deberá individualizarse con precisión la parte materialmente determinada de la cosa, conforme con los procedimientos que establezca cada legislación local". Afirma Lafaille que la determinación material de un inmueble requiere del documento cartográfico que resulta de las operaciones geodésicas como lo es el plano de mensura. ALTERINI, Jorge Horacio en LAFAILLE, Héctor, Tratado de derechos reales, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Esta última, a diferencia de las otras, exige además la presentación del respectivo plano de obra.

La DTR 4/2015 del Registro General de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis en su artículo 4 (último párrafo) determina que, para el caso de división, se deberá aclarar sobre que parcela se mantiene la división.

#### **4.3. Propiedad horizontal.**

En el derecho real de Propiedad Horizontal, es posible la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de la misma.

La DTR 4/2015 del Registro General de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis en el inciso b) de su artículo 3 establece que en el derecho real de Propiedad Horizontal la afectación de la unidad funcional comprende la de las unidades funcionales que la complementan o sirve. La DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires determina que la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de la misma, debiendo rogarse expresamente por cada una de las unidades afectadas (art. 3, inciso b).

#### **4.4. Clausulas escriturarias**

Afectación pluralidad objetiva. Lotes linderos

PRIMERO: Que viene por la presente a manifestar su voluntad de afectar al RÉGIMEN DE VIVIENDA los INMUEBLES sitios en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, con frente a la calle ....., designados en su título antecedente como lotes 5 y 6 de manzana ... con las siguientes medidas, superficie y linderos: Lote 5...Lote 6. (se deslindan ambos lotes). NOMENCLATURA CATASTRAL: ... SEGUNDO: ... TERCERO: Asimismo declara que: 1) Que se trate de inmuebles linderos donde se asienta la vivienda 2) Convive con todos los beneficiarios en el inmueble objeto la presente afectación; 3) Que no se halla acogido ni tramita igual beneficio ni en ésta ni en otra jurisdicción; y 4) Que el bien no tiene más destino que la habitación de los beneficiarios nombrados

Unidad funcional y unidad complementaria.

PRIMERO: Que viene por la presente a manifestar su voluntad de afectar al RÉGIMEN DE VIVIENDA una unidad funcional y una unidad complementaria que de acuerdo a plano PH... se designan como: UNIDAD FUNCIONAL ..., sita en .. piso, integrada por el polígono..., que tiene una superficie cubierta de ..., semicubierta de.. Superficie

total para el polígono y unidad funcional:... y la UNIDAD COMPLEMENTARIA ..., sita en planta baja, integrada por el polígono..., que tiene una superficie cubierta y total para el polígono y unidad complementaria de... NOMENCLATURA CATASTRAL:...

## 5. Beneficiarios

El artículo 246 del CCyCN, establece que: "*Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente*".

El artículo extiende de manera considerable los beneficiarios, a diferencia de la normativa anterior, ya que incorpora como tal al conviviente del constituyente y a este mismo.

Los conceptos de familia y vivienda están entrelazados, entendiendo a la familia como entorno humano y la vivienda como refugio natural de la persona.

Aproximándonos a una definición comprensiva de todos los tipos de familia, podríamos definirla como el ámbito donde el individuo se siente cuidado, sin necesidad de tener vínculos o relación de parentesco directa. La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>13</sup> la define en un sentido amplio estableciendo que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"

Dentro de los arquetipos de familia encontramos a las familias nucleares (también llamadas familias tradicionales), las familias biparentales sin hijos, familias biparentales con hijos, familias homoparentales, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de acogida, familias adoptivas, familias extensas, familias unipersonales, familias ensambladas, y nos atrevemos a afirmar que la enumeración no es taxativa, ya que en un futuro, no tan lejano, podrían conformarse nuevos tipos de familia<sup>14</sup>.-

Así, el artículo 7 del Decreto 415/2006 de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, contiene una definición amplia de familia, estableciendo al respecto que: "*Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y*

---

<sup>13</sup>Organización de las Naciones Unidas; 1948. Artículo 16.3

<sup>14</sup>Observatorio permanente de la familia y la infancia de Extremadura; [www.observatoriosies.es](http://www.observatoriosies.es)

*adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”.*

En definitiva, podemos afirmar que consiste en el derecho que tienen las personas a vivir en condiciones de seguridad, paz y dignidad, debiendo el Estado garantizar no solo el acceso a la vivienda sino también amparar la vivienda ya adquirida por el titular y que sirve de vivienda de todo el grupo familiar.

El régimen de afectación a vivienda exige que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble (art. 247), situación que puede darse incluso si se trata de un lote en el que se emplaza una unidad en construcción o una vivienda prefabricada, ya que ello no obsta a que se encuentren en condiciones de habitabilidad.

En consecuencia, es suficiente la declaración formulada por el otorgante en la escritura que destina el inmueble a vivienda y que, al menos, uno de los beneficiarios habite en el lugar; circunstancia que no es objeto de calificación notarial ni registral, ya que basta con tal declaración. Si un eventual acreedor pretendiese desvirtuar tal declaración, deberá comprobarlo judicialmente.

En el caso del conviviente no es requisito necesario que la unión convivencial esté inscripta para que éste sea beneficiario de la afectación a la protección de la vivienda (art. 246, inc. b). La inscripción de la unión convivencial no tiene efecto constitutivo, es suficiente encontrarse en la situación prevista en el artículo 509 CCyCN por más de dos años, sin los impedimentos del artículo 510 del CCyCN.

De este modo, la sola manifestación bajo declaración jurada en la escritura pública de afectación es suficiente para su incorporación como beneficiario. Esta es la solución adoptada por las Disposiciones Técnico Registrales 4/2015 de Registro General de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, 1/2016 de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Río Negro (art. 2, inc. b), 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires y 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (art.2, inc. b).

En cambio, la Disposición Técnico Registral 40/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Chaco establece que para el caso que el

beneficiario sea el conviviente, se deberá acreditar la inscripción de la convivencia. (arts. 509 y 510 del CCyCN), lo que resulta excesivo por cuanto el mismo Código determina cuando es requisito contar con la inscripción de la convivencia. En efecto, así lo dispone el artículo 250 del CCyCN que solo legitima al conviviente inscripto a oponerse a la transmisión del bien afectado a vivienda, pero reiteramos, tal requisito no es exigido para la afectación.

La vivienda, en cuanto derecho humano esencial, protegida por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales con jerarquía constitucional, no puede quedar ligada a restricciones administrativas de este tipo, por cuanto conlleva al desamparo de una situación reconocida por nuestro ordenamiento jurídico.

### **5.1. Afectación por convivientes.**

PRIMERO: Que vienen por la presente a manifestar su voluntad de afectar al RÉGIMEN DE VIVIENDA el INMUEBLE sito en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, con frente a la calle ....., con las siguientes medidas, superficie y linderos:....- NOMENCLATURA CATASTRAL: ... SEGUNDO: Que declaran como BENEFICIARIOS, de acuerdo con el artículo 246 del Código Civil y Comercial de la Nación, ellos mismos. TERCERO. Asimismo declaran que: 1) Convive con todos los beneficiarios en el inmueble objeto la presente afectación; 2) Que no se halla acogido ni tramita igual beneficio ni en ésta ni en otra jurisdicción; 3) Que el bien no tiene más destino que la habitación de los beneficiarios nombrados y 4) que se trata de una unión convivencial conforme los artículos 509 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación.

## **6.- Subrogación**

### **6.1. Introducción**

El Código incorpora expresamente la figura de la subrogación real en el Régimen de Vivienda. La subrogación constituye una ficción mediante la cual una cosa ocupa el lugar jurídico que corresponde a otra; supone una modificación objetiva de la situación o relación jurídica de suerte tal que el objeto que ocupa el lugar que

pertenecía a otro lo hace bajo las mismas condiciones e idéntica afectación. Como bien lo conceptualizó Abella<sup>15</sup>

Ya la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de esta situación, que algunos registros de la propiedad admitieran el ingreso de documentos que contenían la manifestación de la subrogación para su inscripción<sup>16</sup>.

En la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Paraná, 2003)<sup>17</sup>, se declaró que: “1. En el caso de subrogación real puede admitirse, sobre el nuevo inmueble, la subsistencia del bien de familia con vigencia desde la fecha de su constitución originaria. 2. Respecto de la sustitución de un inmueble por otro existente en el patrimonio del constituyente es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos”.

## **6.2. La subrogación en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

El artículo 248 del CCyCN dispone: “*La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.*”

De este modo, el legislador dispuso darle continuidad a la protección de la vivienda durante el tiempo que transcurra, entre la realización del bien afectado y su sustitución por otro.

El instituto busca brindarle al titular de la afectación la posibilidad de sustituir el bien afectado, manteniendo su oponibilidad y efectos desde la fecha de la afectación del primitivo. Se contempla una verdadera protección a la vivienda, aún frente a las contingencias por las que pudiere atravesar el propietario.

Así, el nuevo ordenamiento protege tanto el “derecho sobre la vivienda”, cuando el objeto es el inmueble, como el “derecho a la vivienda”, cuando el objeto del régimen es una suma de dinero.

Cabe destacar, que la amplitud de la subrogación, no tiene limitación alguna, intención que el legislador quiso darle al régimen jurídico protectorio, que inicia con la

---

<sup>15</sup> ABELLA, Adriana Nélica. La vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación; p. 1-10.- Buenos Aires: Academia Nacional del Notariado; 2015. En Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, 70. Buenos Aires, 12-13 noviembre 2015. ABELLA, Adriana Nélica. Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación; p. 661-682. Revista Notarial.- La Plata Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; Octubre -Diciembre 2014, 120 ; n. 978.-

<sup>16</sup> AREÁN, Beatriz.- Bien de familia.- Hammurabi.- Buenos Aires.- 2001, pag.23

<sup>17</sup> XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Paraná, 2003)

primera afectación al inmueble, pudiendo continuar durante su vida y aun después de su fallecimiento, protegiendo sus sucesivas viviendas, siempre desde la fecha en que ha adquirido prioridad la primera afectación.

En cuanto a sus efectos, el bien subrogado gozará del beneficio con efecto retroactivo, a la fecha de la afectación del primer inmueble afectado a vivienda, o al régimen de bien de familia. Si se enajena el inmueble afectado y no se adquiere simultáneamente otro, subsistirá la protección sobre el precio recibido, hasta que sea reinvertido en la adquisición de una vivienda.

Resultan supuestos de Subrogación: la permuta de Inmueble afectado por otro que continua con la afectación; la venta del inmueble afectado, transmisión de la afectación al importe percibido como precio y luego al inmueble adquirido; el siniestro con el inmueble afectado que genere el cobro de una indemnización a lo que se transmite la afectación y luego al inmueble adquirido con esta o la expropiación del inmueble con indemnización por parte del Estado para luego adquirir otra vivienda.

Sin embargo, la letra del artículo 248 del CCyCN no es del todo feliz, ya que genera ciertas incertidumbres en cuanto a su implementación, quedando libradas a la interpretación de notarios, jueces, registradores, dado que, a simple vista, pareciera que la subrogación real opera ipso iure y no requiere manifestación alguna del titular. Tampoco establece plazo para reinvertir; ni la necesidad de inscripción como publicidad a terceros.

La primer cuestión que presenta el instituto de la subrogación, está relacionada con la voluntad de afectación sobre el dinero y la necesidad de su manifestación en la escritura de desafectación del inmueble que se encontraba afectado bajo el régimen de vivienda.

La segunda, es si debería establecerse un plazo para la reinversión del precio o indemnización en la subrogación real de afectación a vivienda.

Otro interrogante se presenta en cómo garantizar la protección del régimen de vivienda en la subrogación real de precio.

Por último, la admisión de la posibilidad de mudar a un objeto distinto (vivienda), que represente las necesidades de los sujetos que lo habiten (persona humana – familia), y un derecho que los acompañe en el tránsito de estos cambios tan humanos como necesarios, hace que nos preguntemos:- ¿verdaderamente quiso el legislador limitar la protección al cambio de domicilio de un inmueble nuevo adquirido o basta que esa protección mute a un inmueble que existía previamente dentro del patrimonio del sustituyente?

### **6.3. La exteriorización de la voluntad de acogerse a la subrogación y el valor del silencio ante su omisión.**

Parte de la doctrina sostiene que la afectación opera de pleno derecho sin necesidad de manifestación alguna, es decir que la omisión de la manifestación respecto a la voluntad de sustituir la vivienda por el precio en la escritura de desafectación del régimen de vivienda (o del anterior bien de familia) y venta del mismo no implica renunciar al beneficio.

En este sentido, la D.T.R. 04/2016 del Registro de la Propiedad inmueble de Capital Federal establece que en el supuesto previsto en el art. 248 del CCyCN, del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria. No será necesaria ni materia de inscripción la reserva de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente.

Para otra postura, la subrogación es facultativa del titular y no opera de pleno derecho, sino a requerimiento de parte. Esta posición se funda principalmente en que si para la afectación se requiere la voluntad del titular registral, la voluntad del testador en los casos de disponerse por actos de última voluntad, o decisión judicial, tal como lo establece el artículo 245 del CCyCN, idéntico sentido debiera darse en la subrogación. En este sentido se inclinaba el proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación<sup>18</sup> dando la potestad al titular de optar por la subrogación real, abandonando el modo imperativo “se transmite”, por el modo subjetivo “puede transmitirse”.

Así, la D.T.R. 10/2016 del Registro de la Propiedad inmueble de la Provincia de Buenos Aires dice: “... b) Si el inmueble es adquirido con posterioridad: 1) en la escritura de disposición por la cual se desafectó a “vivienda”/“bien de familia”, deberá constar la expresa reserva de subrogar el beneficio; 2) en la escritura de adquisición el notario deberá calificar y referenciar la reserva realizada oportunamente consignando todos los datos de la afectación originaria”. En igual sentido se expide la resolución general de 01/2019 de la Provincia de Córdoba.

Como se ha dicho, el artículo 248 del CCyCN no contempla la obligatoriedad de la manifestación expresa en la escritura de desafectación, lo que se traduce en que la falta de la misma no implica la pérdida del derecho ni sanción alguna para el notario

---

<sup>18</sup> Proyecto de Reformas al Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión designada por el decreto 182/2018

autorizante, su inclusión, en todo caso, podría operar como medio de publicidad frente a terceros.

Si bien es de buena práctica notarial incluir tal manifestación en la escritura de desafectación, y/ o en su defecto, en escritura complementaria, con la comparecencia del titular de la afectación, relacionando los datos de la escritura que se pretende complementar con la expresa declaración de la subrogación real, siendo suficiente requisito publicitario la inserción de una nota marginal, con referencia a la escritura complementaria, sin perjuicio de la posible vocación registral que pueda revestir la misma.

Excede las facultades del registrador disponer sobre el particular, imponiendo exigencias que la ley de fondo no estipula

En caso de duda o embargo de los montos, será el juez competente quien decidirá al respecto si la afectación se ha transmitido o no.

Asimismo, aclaramos que la realización de ciertos actos como: la suscripción de boletos de compraventa con firmas certificadas; la incorporación del titular como fiduciante aportante del dinero; y cualquier otro instrumento privado con firma certificada, que acredite la reinversión de los montos subrogados con el fin de adquirir su vivienda, tendrán por cumplidos la reinversión, sin importar que se extienda el plazo para el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio.

#### **6.4. Del plazo para la subrogación**

La cuestión vinculada a la necesidad o no de la existencia plazo para la subrogación, ha sido objeto de múltiples debates.

Sostiene Lopez Mesa que “El transcurso del tiempo como factor que puede incidir sobre las relaciones jurídicas, puede llegar a ser un elemento distorsionador del orden social. Puede provocar un desajuste entre la realidad y el supuesto jurídico, entre el titular del derecho y el que ejercita el mismo, entre el hecho y el derecho. Esta desarmonía ni es pretendida ni querida por el derecho, puesto que uno de los fines fundamentales a que aspira todo derecho es la seguridad en el tráfico jurídico y a esa meta se llega mediante la coincidencia entre el hecho y el derecho”<sup>19</sup>.

Así, se ha argumentado que la falta de plazo colisiona con los principios de la seguridad jurídica y certeza, permitiendo la inacción del titular en la adquisición de la

---

<sup>19</sup>LOPEZ MESA, Marcelo, La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial, Cita: MJ-DOC-7364-AR | MJD7364

vivienda en reemplazo de la anterior, causar perjuicios en sus acreedores y constituir un abuso del derecho. En tal sentido, Lopez Mesa sostiene que “ejercitar un derecho subjetivo es desenvolver libremente todas aquellas facultades que integran su contenido, en la especie y en esencia, puede decirse que opera la necesidad de que ciertos derechos sean ejercitados, pero dentro de un breve término, pues existe un interés general o, en fin, la necesidad de saber si en efecto se lo va a ejercitar o no. En definitiva, hay una necesidad de certeza de las situaciones jurídicas”<sup>20</sup>.

Quienes sostienen la necesidad de fijar un plazo temporal, argumentan que la finalidad de la norma es proteger los importes en el proceso de la nueva adquisición, pero no con el objetivo de que queden fuera del radar de los acreedores eternamente. En el derecho comparado existen plazos para la reinversión. A modo de ejemplo, puede citarse la normativa del Estado de Florida que se refiere a un plazo razonable<sup>21</sup>.

Asimismo, el anteproyecto de reforma del artículo 248 del CCyCN, incorporaba el plazo de un año para la reinversión de los fondos en este supuesto.

El artículo que propone la reforma establece que el titular debe reinvertir el importe en la adquisición de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año.

Señala Zavala<sup>22</sup> que cuanto más se dilate la reinversión de los fondos y menos trazable sea en ese período su empleo o destino, mayor será el riesgo que corra la continuidad del régimen de vivienda, lo que la hace susceptible de ser cuestionada judicialmente por los acreedores, por lo tanto, la dilación hará que ante el reclamo de algún acreedor, sea el juez quien deba establecer cuando se cumple ese plazo para reinvertir el dinero en una nueva vivienda.

Sin perjuicio de las opiniones vertidas favorablemente en pos de la necesidad de determinar un plazo, el artículo 248 razonablemente no ha determinado límite alguno para la subrogación real. Las diferentes vicisitudes que se presentan en el negocio inmobiliario, como por ejemplo los emprendimientos de pozo, aprobación de planos, procesos sucesorios, intervención de menores o personas con capacidad restringida que deberán esperar la pertinente autorización judicial, mudanzas a otras Ciudades o Provincias, o cuando se esté a la espera de la solución de un pleito para

---

<sup>20</sup> LOPEZ MESA, Marcelo J., op. cit.

<sup>21</sup> CASANEGRA, Guillermo Juan, Aspectos Notariales de la subrogación real en el régimen de vivienda del CCyCN. Revista de estudios de derecho notarial y registral.

<sup>22</sup> ZAVALA, Gastón. Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial revista del notariado.org.ar/index.php/2022/02/cuestiones-practicas-en-el-regimen-de-vivienda-especial/

resolver una cuestión habitacional, entre otros supuestos, ajenos a la voluntad del afectante, implicarían esperar en algunas situaciones que pueden exceder cualquier límite temporal determinado.

#### **6.5. Montos en dinero efectivo, moneda extranjera o montos bancarizados.**

Se ha sostenido que, la prueba de identidad de las sumas obtenidas en la enajenación con las reinvertidas, recae sobre el afectante, por ello sería aconsejable que depositara el importe en una cuenta bancaria especial, ya que facilitaría la prueba.

En virtud de no contar a la fecha con tal herramienta, para los casos en que el precio o indemnización se bancaricen, estos quedan excluidos de la acción de eventuales acreedores por la protección que otorga a los mismos el artículo 248 del CCyCN, siendo suficiente para acreditar los montos depositados la presentación de la primera copia o copia certificada, en virtud de la publicidad cartular que surge de la escritura de venta, independientemente se indique o no la voluntad de subrogar.

#### **6.6. Adquisición de un inmueble de mayor valor**

Para una corriente doctrinaria, la afectación por subrogación solo puede producirse hasta la concurrencia del valor originariamente afectado, puesto que, por vía de subrogación, no podría ampliarse el objeto de este régimen. Esto al relacionarlo con el artículo 244, que permite la afectación del inmueble por una parte de su valor, se traduce en la procedencia de la afectación por subrogación exclusivamente de la parte indivisa que sea representativa del valor por el cual se ha vendido el inmueble en el que se ubicaba la vivienda con anterioridad.

Se comprende que debe interpretarse que la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada en la medida de los importes que la han sustituido en concepto de precio o indemnización.

Se entiende que la parte indivisa restante podría ser afectada, pero se trataría, en esa medida, de una afectación originaria. Entonces, el inmueble quedaría afectado en su totalidad, pero con una parte indivisa con afectación retroactiva y por la restante, con afectación originaria desde el momento en que el documento pertinente haya adquirido prioridad registral.

Otro sector de la doctrina, sostiene que debe proceder la subrogación de todo el inmueble adquirido, sin consideración de valor alguno, fundamentándolo en la

protección de rango constitucional del bien jurídico, aplicando cierta flexibilidad por estar protegiendo la vivienda de la persona humana.

Otra justificación se basa en que inicialmente, el afectante no tenía un tope de valor para la afectación originaria, permitiendo concluir que tampoco existen topos para la afectación por subrogación.

Finalmente, otro argumento expresa que el artículo 248, proclama que “el régimen se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada”, sin importar el límite de valor ni circunscribirlo a una parte indivisa, subrayando que no siempre el mayor valor económico de un inmueble va ligado con las dimensiones o lujos mayores, pues es perfectamente posible que la vivienda subrogante sea más costosa que la vivienda subrogada, simplemente por su ubicación.

Cabe concluir entonces que la subrogación alcanza a toda la nueva adquisición, aun cuando no haya identidad de valores entre el inmueble transferido y la nueva adquisición, por cuanto no sólo prevalece la voluntad de afectación al todo y no una parte del valor, sino que además el artículo 248 CCyCN no establece la identidad de valores como requisito, refiriéndose únicamente a la reinversión de un inmueble por otro. Este principio abarca la permuta, aunque no haya compensación, a todo acto oneroso y a los acuerdos particionarios.

#### **6.7. La subrogación sobre el inmueble ya existente en el patrimonio del afectante.**

Durante la vigencia de la Ley 14.394, no se preveía la sustitución del inmueble afectado ante las contingencias que pudiera sufrir por destrucción o incendio, que diere lugar al pago de un seguro, o a una expropiación por causa de utilidad pública, o la necesidad de la venta para su reemplazo por otro que satisfaga mejor las necesidades de los beneficiarios. En ninguno de estos supuestos, la suma de dinero que reemplazaba al inmueble gozaba de inembargabilidad, pues la ley no preveía la subrogación real.

En estos casos, los jueces por aplicación analógica, debían interpretar, dando solución. La jurisprudencia resolvió, que el objetivo que se busca a través de la constitución del Bien de Familia, resultaría inexistente si se le niegan acciones declarativas en orden a la sustitución del Bien de Familia, por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución del originario, y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción, y que corresponde hacer lugar al pedido de la sustitución de Bien de familia, con efecto retroactivo.

Mayoritariamente, la doctrina y jurisprudencia, se expidió sobre la necesidad de incorporar la Subrogación Real del Bien de Familia. Entre ellos, me remito al fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala 1°, del 3 de febrero de 1997, en autos “Kipperband, Jacobo c/Registro de la Propiedad Inmueble de la Pcia de Buenos Aires”. En este fallo, el fallido solicitó que se levantara la inhibición para vender el inmueble, pagar las deudas anteriores a su inscripción como bien de familia, y en consecuencia oponibles a la protección y con el remanente del precio, comprar otra propiedad subrogando en ella el Bien de familia. Por tanto, la masa de acreedores a quien le era oponible la primitiva afectación no podría agredir el bien. El tribunal hizo lugar a lo solicitado argumentando que el derecho no es solo la ley positiva, sino que incluye los principios generales de derecho entre los que se encuentra “la subrogación real”. Por ende, a los acreedores a quienes les era oponible la protección legal del primer inmueble, les sería opuesta la nueva adquisición, sin que ello importara perjuicio alguno.

El instituto no vulnera los derechos de los acreedores ya que para ellos la situación no varía dado que lo que antes de la sustitución del bien de familia, estaba fuera de sus posibilidades de ejecución continuará en las mismas condiciones en el nuevo inmueble.

Este cambio de objeto, el “mudar” de vivienda, ya sea adquirida en sustitución de la afectada o adquirida con anterioridad, no muta la situación jurídica para los acreedores del deudor ya que el objeto adquirido con anterioridad estuvo dentro de las posibilidades de ser ejecutada oportunamente.

Dicho objeto existente, latente en el patrimonio del pretense sustituyente, no afectado aún al régimen de protección, debería poder ser objeto de la protección en las mismas condiciones que la nueva vivienda adquirida. Ambas situaciones se encuentran fuera del ámbito de la ejecución por del pretense deudor, ya sea por desconocimiento ya sea por falta de acción.

El efecto inmediato de la subrogación, es que el bien subrogado se encuentre beneficiado con el efecto retroactivo de la afectación original. Esa es la verdadera protección. No es más que reconocer una realidad que se encuentra íntimamente relacionada con la movilidad del sujeto (personas y familias) que oportunamente se beneficiaron con la protección de su vivienda.

Entonces, este reconocimiento obtenido a partir de la reforma y que brinda una verdadera protección con efectos retroactivos a la fecha originaria de constitución, esta opción de acceder a la sustitución por otro inmueble adquirido con el fruto de la

reinversión, o el traslado directo a un inmueble que existía con anterioridad en el patrimonio del sustituyente, me dispara la pregunta de a quien perjudicaría realmente.

Trasladar la protección a un monto de dinero y no practicar la reinversión puede ser dañoso y objeto de demandas y cuestionamientos. Puede que la subrogación no opere simultáneamente o inmediatamente, por lo que la protección subsistirá sobre el precio recibido, hasta su reinversión en una nueva vivienda. No es lógico pensar que en un sistema integral de protección de los derechos esenciales, de valoración integral de las personas y de las familias, para “mudar” la sede de la habitualidad, y cumplir con una necesidad humana, la forma sea la de desapoderarse para sustituirse en un nuevo objeto que cumpla con las necesidades habitacionales de la persona humana o de su núcleo familiar.- De este modo considero queda vedado el verdadero objetivo del instituto, ya que de otra manera, no se le permitiría al cambiar de objeto habitacional y por el hecho de ser “deudor” su condena sería (a diferencia del destierro), vivir siempre en el mismo lugar, todo lo que no le ocasionaría perjuicio al titular de un crédito cierto o eventual<sup>23</sup>

La norma calla, nada dice, sobre veda la posibilidad que la subrogación opere sobre un inmueble preexistente. Algunos registradores no interpretan la norma de manera integral y dentro de un plexo normativo, sino que lo hacen de modo literal. Existen así diferentes interpretaciones las cuales permiten su inscripción o no de acuerdo a la demarcación.

Como acertadamente se estableció, *“la subrogación -continuidad del régimen tuitivo- se extiende al inmueble destinado a vivienda que lo sustituya, al precio del inmueble -sea la enajenación voluntaria o forzosa-, y a las indemnizaciones en caso de expropiación, o del seguro por destrucción del inmueble afectado”*<sup>24</sup>

Planteada la situación respecto a que la persona enajene un inmueble para adquirir uno nuevo, el sistema de protección funciona plenamente.

Prevista la subrogación real para el régimen de vivienda, la norma en cuestión no tiene una regulación orgánica que tutele los diversos intereses en juego, trata de establecer una reglamentación que no vulnere los derechos de terceros, que logre una protección jurídica integral de la vivienda, pero dejando muchas cuestiones a la interpretación de entes administrativos, lo que considero por demás injusto y caprichoso.

---

<sup>23</sup> ALBERDI IMAS, Luana.- Consideraciones registrales acerca de la subrogación real”; “XXI Congreso Nacional de Derecho Registral”, 2021.

<sup>24</sup> AREAN, Beatriz, op. cit.

Armella afirma con acierto que la hermenéutica del artículo en cuestión, establece dos supuestos determinados (transmisión de la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y transmisión de la afectación a los importes que sustituyen a la vivienda afectada originalmente en concepto de indemnización o precio) no pudiendo interpretarse de manera restrictiva y no siendo adecuado “apartarse del sentido de las palabras y la finalidad de la disposición”. Agrega que la norma en cuestión “no está abocada a la sustitución de un inmueble por otro sino a la una vivienda por otra”, y concluye que priorizar el interés de los acreedores por sobre la protección de la vivienda atentaría de manera flagrante contra los principios constitucionales imperantes y en particular contra la familia y la vivienda<sup>25</sup>.

Siendo que el alcance de la subrogación se transmite a la vivienda adquirida, Zavala refiere que no debemos considerar el criterio erróneo adoptado por algunos registradores, lo que ha sido ratificado en sede judicial, al considerar “vivienda adquirida” no solo a la comprada con el dinero de la enajenación de la vivienda originariamente afectada al régimen, si no que va más allá, no debiendo ser su interpretación restrictiva, considerando que no se puede limitar la adquisición al derecho real de dominio o propiedad horizontal común o especial, sino que se debe poder subrogar con la adquisición de un usufructo o propiedad superficiaria que tenga destino vivienda, produciéndose el traslado del destino de la afectación de similar manera, como si se adquiere una vivienda en condominio.- Que la subrogación real opere para la parte indivisa del adquirente que afectó los importes de la enajenación de la vivienda<sup>26</sup>.

En las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses, se concluyó que el régimen de protección de la vivienda permite la subrogación a la nueva vivienda adquirida. Interpretamos que se extiende al caso de otro inmueble de titularidad del constituyente beneficiario.

En definitiva, el artículo 248 subsana una carencia que tenía la ley 14.394 y que la jurisprudencia se encargó de subsanar. Como se ha señalado por la doctrina, es necesario que esta norma sea modificada para hacer más expresa la protección de la subrogación en casos específicos o aun la consagración expresa de la subrogación automática del beneficio de un inmueble a otro del mismo titular, si el lugar de la

---

<sup>25</sup> ARMELLA, Cristina Noemí, coordinadora LXXV Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira; 220 p.- Buenos Aires: Júpiter; 12-13 julio 2018.

<sup>26</sup> ZAVALA, Gastón Augusto. “La subrogación de la vivienda en la constitucionalización del derecho privado”.- El Derecho.- Buenos Aires.- Universidad Católica Argentina.- (UCA).- 4/6/2019.-

habitación de los beneficiarios cambiara de inmueble (por ejemplo, en caso de donación del inmueble afectado, o los actos partitivos, o aportes a sociedades y otros actos análogos)<sup>27</sup>.

Para concluir este punto, resulta importante traer a colación como aporte a este desarrollo, lo resuelto por la Comisión 5 del “Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia”, celebrado en Mendoza, del 9 al 11 agosto 2018, donde, entre otros temas referidos a la protección de la vivienda, se concluyó, referido al tema que nos convoca, lo siguiente: “...2 .- AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA. - SUSTITUCIÓN DEL INMUEBLE AFECTADO A VIVIENDA. *De lege lata: La interpretación integradora del ordenamiento jurídico, conforme el art. 2 del CCYC, posibilita aplicar por analogía la norma del art. 248 al supuesto de la traslación de la afectación a otro inmueble que se tiene en el patrimonio del deudor. El fundamento, la finalidad y los valores en juego son idénticos al caso de la subrogación real.- Una solución contraria basada en la exégesis apretada de este precepto legal deriva en un resultado injusto e irrazonable del juzgador (art. 3° CCyC)...”<sup>28</sup>*

### **6.8. Aplicación registral de la subrogación**

Resulta relevante distinguir dos supuestos:

- a) Uno relativo a la continuidad del régimen, y otro;
- b) A la cancelación del asiento registral de vivienda.

a) Respecto del primero, ya se ha referido que del texto escriturario, no necesariamente debe surgir la manifestación del vendedor de acogerse al beneficio que otorga el artículo 248 del Código, por cuanto el régimen jurídico de vivienda que ampara el inmueble objeto de venta, queda trasladado al importe que recibe o ha recibido en concepto de precio de pleno derecho.

b) Resulta necesario extinguir el asiento registral en la matrícula del inmueble, ya que el comprador no adquirirá el inmueble con la afectación.

---

<sup>27</sup> COSSARI, Leandro R. N. - COSSARI, Nelson, Algunas cuestiones pendientes sobre la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación, [AR/DOC/2044/2020](#); RIVERA, Julio C. - CROVI, Daniel, op. cit. p. 583.

<sup>28</sup> Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia [conclusiones]; p.432-444. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.- Buenos Aires. AbeledoPerrot; noviembre 2018; n. 87 Presentado en: Congreso Internacional de Derecho de Familias, Niñez y Adolescencia. Mendoza, 9 al 11 agosto 2018.-

Para extinguir el asiento, los Registros han optados por exigir la desafectación, pero algunos de ellos, para distinguir entre la desafectación del régimen de vivienda y la desafectación del inmueble por subrogación, requieren que, en este último supuesto, se formule una expresa reserva de subrogar. Es así, que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en el artículo 9 de la Disposición Técnico Registral número 10/2016, dispone: “si un inmueble es adquirido con posterioridad, en la escritura de disposición por la cual se desafecto a vivienda/bien de familia”, deberá constar la expresa reserva de subrogar el beneficio.

Asimismo, coinciden con exigir dicha reserva, los Registros de las Provincias de Córdoba, Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Rio Negro y San Luis.

En cambio, otras demarcaciones, no exigen la formulación de reserva alguna, como por ejemplo Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y Chubut, entre otras.

Se reiteran para el caso, las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en el año 2021 en el sentido que una adecuada técnica de redacción en materia de subrogación sugiere utilizar el término “liberación” o “desvinculación” y no “desafectación” atento a que no se produce esta, en virtud de la continuidad del régimen, independientemente de la cancelación del asiento registral respectivo.

## **6.9. Clausulas escriturarias**

### **Subrogación real de la vivienda y adquisición**

El comprador manifiesta que la presente afectación subroga al anterior régimen de vivienda en relación con el inmueble ubicado en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, con frente a la calle ....., con las siguientes medidas, superficie y linderos:...- NOMENCLATURA CATASTRAL:, La presente subrogación la formula en los términos del artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación, según reserva efectuada en la escritura de compraventa ..., por cuanto la presente adquisición fue efectuada con dinero proveniente de la misma. La afectación originaria del inmueble vendido, fue efectuada por escritura ...(o acta administrativa de ser el caso).

### **Subrogación real de la vivienda reserva**

PRIMERO: Que por escritura..., de fecha..., pasada ante el escribano de esta ciudad..., al folio..., del Registro Notarial ... a su cargo (o por Acta administrativa de fecha ...) afectó al RÉGIMEN DE BIEN DE FAMILIA (o RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

DE LA VIVIENDA de ser el caso) el INMUEBLE sito en la ciudad y partido de LANUS, jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, con frente a la calle ....., con las siguientes medidas, superficie y linderos:...- NOMENCLATURA CATASTRAL: ..- La citada escritura (o Acta ) se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula..., del partido de ... SEGUNDO: Que viene por la presente a DESAFECTAR de dicho régimen el inmueble descripto. TERCERO: Que en los términos previstos por el art. 248 del Código Civil y Comercial de la Nación hace EXPRESA RESERVA del derecho de SUBROGACIÓN REAL establecido en dicha norma con el objeto de trasladar ese beneficio al inmueble que adquiera con destino de vivienda en sustitución del bien desafectado, como así también al precio obtenido por la venta de dicho inmueble. CONSTANCIAS NOTARIALES:...

## **7.- Desafectación**

### **7.1. Desafectación y cancelación de la inscripción**

Del artículo 255 del CCyCN se distinguen los siguientes supuestos:

#### **a) Desafectación solicitada por el constituyente**

Si el constituyente decidiera desafectar el inmueble, necesariamente debe mediar consentimiento, del cónyuge y el conviviente, en caso contrario, si no mediare conformidad, o el mismo sea incapaz o tuviera capacidad restringida, la desafectación procederá por vía judicial.

Asimismo, la jurisprudencia ha resuelto que "...la desafectación del régimen de bien de familia de un inmueble propiedad del fallido debe confirmarse, en tanto fue este quien efectuó esa solicitud en el entendimiento de que la vivienda no se encontraba sujeta a desapoderamiento y así poder adquirir otro de menor valor cuyo remanente destinaría a su subsistencia, en los términos de los arts. 248 y 249 del Cód. Civ. y Com., máxime cuando existen créditos otorgados con anterioridad a la fecha de su afectación"<sup>29</sup>.

#### **b) Desafectación solicitada por los herederos**

En este supuesto, la norma admite que la mayoría de los herederos solicite la extinción del beneficio, si el beneficio fuera establecido por testamento.

El cónyuge supérstite, o conviviente inscripto, puede oponerse a la solicitud de la mayoría de los herederos; por lo tanto, el juez en este caso deberá resolver lo que estime más oportuno en pos de los intereses involucrados.

---

<sup>29</sup> CNCom., sala F, 9/4/2019, "Cortiñas Ignacio, José Antonio s/ quiebra", AR/JUR/4687/2019.

Si hubiera beneficiarios incapaces, o que tuvieran una disminución en su capacidad, la inscripción no podrá ser cancelada sin que el juez revise la petición y decida lo que fuera más conveniente a los derechos de los que merecen tutela.

**c) A requerimiento de la mayoría de los condóminos.**

La mayoría, en este caso, debe computarse en función a la proporción de las partes indivisas que cada condómino tenga sobre el inmueble.

Con relación al cónyuge supérstite o el conviviente inscripto o a la existencia de beneficiarios incapaces o que tuvieran capacidad restringida, se reitera la misma solución planteada en el apartado anterior.

**d) También puede solicitarla cualquier interesado u declararse de oficio cuando no se cumplan los requisitos establecidos en el capítulo, o hubieran fallecido todos los beneficiarios.**

Los interesados que señala la norma en este caso pueden ser herederos no beneficiarios o acreedores que se vieran impedidos y no pudieren percibir créditos por la afectación en cuestión, como también si no hubiere beneficiarios o los requisitos para la afectación ya no se verificaran.

**e) Por último, procede en caso de expropiación, reivindicación, o ejecución.**

Respecto de la expropiación, esta podrá prosperar por razones de utilidad pública, y a la indemnización que corresponda le será aplicable la subrogación real establecida por el artículo 248 del Código.

Con relación a la reivindicación, si ésta prospera, cancelaría la afectación y su inscripción, por cuanto, la existencia de un acto viciado no podría suponer la subsistencia la afectación al beneficio. Ello sería aplicación del principio nemo plus iuris contemplado por el artículo 399 del CCyCN.

La doctrina ha señalado que la sentencia de reivindicación debiera ser suficiente para desafectar el inmueble sobre el que recayera del régimen de vivienda protegida, y que, como medio para garantizar la defensa en juicio de los beneficiarios, debiera darse traslado de la solicitud de la reivindicación a los beneficiarios desde el inicio para que puedan defenderse y/o adoptar las medidas que correspondieran<sup>30</sup>.

Por último, el beneficio se cancelará en el caso de ejecución del inmueble por causa de alguna de las deudas para las que se exceptúa el beneficio de afectación de

---

<sup>30</sup> Masciotra, Mario, "Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación", LL del 21/9/2020, p. 12, [AR/DOC/2874/2020](#).

vivienda. En efecto, el artículo 249 señala al respecto que: “...*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*”.

En estos casos, la ejecución debe ser procedente y se cancelará la inscripción respectiva. Si hubiera remanente en el dinero que proviniera de la ejecución, entonces este estaría alcanzado por la subrogación real prevista en el artículo 248.

El artículo 249 del CCyCN establece en como principio general que la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a la misma. Si bien no puede ejecutarse, es susceptible de ser embargado y el acreedor embargante es quien tiene la carga de probar que la afectación no le es oponible<sup>31</sup>. En consecuencia, el inmueble afectado a vivienda se sustrae de la garantía común de los acreedores establecida por el artículo 242 del Código.

El origen temporal del crédito que debe tomarse es la fecha del nacimiento de la obligación correspondiente, y a dicha fecha se la contrasta con la fecha de la registración de la afectación de la vivienda.

El artículo 249 contiene las excepciones a estos principios, las que se señalan a continuación:

El inciso a) exceptúa del beneficio a las deudas originadas directamente sobre el inmueble afectado o por servicios prestados en él, que mejoran o mantienen el valor del inmueble afectado<sup>32</sup>. Esta excepción, ya estaba contemplada por la ley 14.394, el Código agrega las expensas comunes.

El inciso b) se refiere a los créditos originados en para su adquisición.

El inciso c) señala el supuesto de créditos debidos por mano de obra, materiales y cualquier otra que redunde en un mejoramiento del objeto de la afectación<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> CNCCom., sala F, 15/9/2016, "Gómez, Alberto A. y otro c. SAMA Explot. Agríc. SRL y otros s/ejecutivo", AR/JUR/64918/2016

<sup>32</sup> PERALTA MARISCAL, Leopoldo, en CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. COMENTADO Y ANOTADO, Calvo Costa, Carlos A. Heredia, Pablo D. (Directores), La Ley, 2022, p. 557, T. II.

<sup>33</sup> PERALTA MARISCAL, Leopoldo, op. cit. p. 558.



que se realizan los coherederos entre sí, de las cuotas partes pertinentes, contribuyen en muchos casos a consolidar la situación de quien en verdad continúa habitando el "Bien de Familia", y por tanto de quién es el verdadero protagonista del "beneficio" originario.

### **7.3. Subsistencia del régimen. Casos en que procede.**

El art. 250 del C.C.C.N. tiene como título "Transmisión de la Vivienda Afectada" y solo nos dice que el inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación. Para el caso en que el constituyente esté casado o con una unión convivencial inscripta, requiere el asentimiento del cónyuge o conviviente, previendo asimismo la autorización judicial ante la presentación de oposición. Podemos inferir entonces que la transmisión del bien afectado al régimen de vivienda hoy sería posible, manteniendo los efectos retroactivos desde la fecha de su constitución/inscripción, según la ley vigente al momento que comenzó a producir sus efectos.

A continuación, se desarrollan los casos en los que el constituyente del régimen de vivienda puede transferir el dominio del inmueble con la afectación vigente, y la misma continúe produciendo los efectos que la ley le acuerda con efecto retroactivo al momento de la constitución/inscripción.

1.- El primer caso, se da cuando el titular afectante transmitiere el dominio ya sea por causa onerosa o gratuita a favor de alguno o todos los beneficiarios. Aquí, la sola rogación de la parte adquirente o donataria en la escritura de traslación de dominio es suficiente para el que Registro Inmobiliario deje subsistente la anotación registral. La misma no necesita ningún aditamento complementario ya que no sufre modificación alguna y continúa surtiendo los mismos efectos desde su constitución/inscripción. ¿Cuál es el requisito que debe cumplirse para que el régimen siga produciendo efectos desde la fecha de su constitución/inscripción luego de la subsistencia?, que al menos uno de los beneficiarios o el propio constituyente que transmitió el dominio continúe habitando el inmueble; y en el caso de que los beneficiarios hubieren sido parientes colaterales, continúen viviendo en el inmueble con el afectante-transmitente. Este criterio ha sido receptado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, mediante la Orden de Trabajo N° 6/2016, donde en su punto 16 expresa: "Transmisiones sin Desafectación: no es necesaria la desafectación ...en el supuesto de transmisión a favor de beneficiario del régimen.". Por supuesto que entendemos que el nuevo adquirente, no deberá ser titular de otro inmueble afectado al régimen, ya que en ese

caso no podrá solicitar la subsistencia sin previamente desafectar del régimen el otro inmueble. También el Registro de la Propiedad en la Provincia de Córdoba en su Resolución 4/2015, se refiere a la subsistencia de afectación a vivienda en el punto 12.1, indicando que si en los procesos sucesorios, liquidación de sociedad conyugal o divisiones de condominio, se manifiesta la voluntad de mantener el beneficio de afectación, deben subsistir los requisitos legales, y se realizaran las notas necesarias para contener las modificaciones que se produzcan respecto del principal.

Para el Notario interviniente en la escritura de transmisión del dominio a un beneficiario, se le presentará como un acto pre-escriturario la diligencia de comprobar quienes fueron los beneficiarios en el momento de la afectación. De acuerdo con la normativa registral, los beneficiarios no se anotan en los asientos de la matrícula del inmueble, dado que los beneficiarios adquieren un derecho personal y no un derecho real. La publicidad respecto a los beneficiarios es una publicidad cartular, el Notario deberá contar con la escritura o el acta administrativa de afectación y certificar que el nuevo adquirente del dominio consta como beneficiario del régimen.

2.- La segunda situación en la que también nos referimos al instituto de la SUBSISTENCIA estaría dada en la causa de muerte del afectante. De la normativa vigente surge que la muerte del causante no implica la desafectación del régimen, por lo cual los herederos del afectante, por mayoría, pueden solicitar la desafectación o la SUBSISTENCIA del mismo con la continuidad de los efectos del régimen.

3.- Casos de División de Condominio y Afectación al régimen de propiedad horizontal con adjudicaciones de Unidades Funcionales/Complementarias: Para el caso en que un condómino en el acto de adjudicación por disolución de condominio sea adjudicatario del inmueble que se encontraba afectado, podrá solicitar la SUBSISTENCIA del régimen. Para el caso en que un inmueble afectado al régimen de vivienda sea sometido a la Propiedad Horizontal y se proceda a la adjudicación de unidades funcionales/complementarias en el mismo acto, el adjudicatario puede solicitar que la afectación SUBSISTA sobre la Unidad Funcional a él adjudicada, con los efectos retroactivos al momento de su otorgamiento/inscripción.

4.- En la Adjudicación de Bienes por Disolución de la Sociedad Conyugal, si dentro del patrimonio a adjudicar se encuentra un inmueble afectado al régimen de vivienda, el cónyuge no titular adjudicatario, e incluso el cónyuge titular ahora como adjudicatario, podrán solicitar la SUBSISTENCIA del régimen con los efectos retroactivos antes mencionados.

Es necesario que los Registros de la Propiedad de cada jurisdicción codifiquen este acto jurídico como “SUBSISTENCIA DE LA AFECTACION”, dado que, actualmente en muchos registros, se ingresa como OTROS ACTOS NOTARIALES, debiéndose en el rubro observaciones de la minuta desarrollar la rogación que efectúa la parte adquirente/donataria. La codificación del acto SUBSISTENCIA se verá reflejada en los sistemas de aportes notariales.

#### **7.4. Clausulas escriturarias**

##### **Desafectación parcial subjetiva**

La señora ..., en su calidad de adjudicataria del dominio inmueble sito en ..., declara que mantiene la afectación a Bien de Familia, que efectuara su ex-cónyuge..., por escritura..., de fecha..., pasada ante el escribano de esta ciudad..., al folio..., del Registro Notarial ... a su cargo y que fuera inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula..., del partido de .... Por su parte y resultando su ex-cónyuge desinteresado de la titularidad del bien, procede a efectuar la desafectación parcial subjetiva por medio de la cual se lo desplaza de su calidad de beneficiario del Régimen de Bien de Familia, hoy vivienda conforme los artículos 244 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, ratificando como beneficiarios a ella misma y a sus hijos ... y ... El señor... enterado de esta desafectación parcial subjetiva declara que la acepta por estar de acuerdo con lo convenido ...

##### **Subsistencia.**

El señor.... en su carácter de nudo propietario y los cónyuges ... y ..., en su carácter de cusufructuarios, en lo que a cada uno respecta, manifiestan expresamente: a) su voluntad de continuar con la afectación al régimen de bien de familia, hoy vivienda conforme los artículos 244 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, sobre el INMUEBLE donado, habiéndose efectuado la desafectación parcial subjetiva con relación a ... y ... por no residir estos beneficiarios en el inmueble. El nudo propietario y los cusufructuarios declaran conocer y aceptar dicha afectación, solicitando expresamente la continuidad de la misma bajo el régimen de vivienda por cuanto se dan las condiciones para su subsistencia con relación a la habitación del mismo grupo beneficiario.

##### **Reglamento de Propiedad Horizontal. División de condominio y adjudicación.**

Los cónyuges ...y... declaran que la afectación del inmueble efectuada por escritura..., de fecha..., pasada ante el escribano de esta ciudad..., al folio..., del Registro Notarial ... a su cargo, inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble el..., en la matrícula..., del partido de ..., se mantiene con relación a la unidad funcional..., resultante de la afectación al derecho real de propiedad horizontal que realizaron por acto simultáneo, ratificando como beneficiarios a ellos mismos y a sus hijos ... y ...

## **8.- Efectos de la inscripción**

La protección que prevé la ley para el instituto requiere de la inscripción en el en el Registro de Propiedad Inmueble correspondiente a los fines de su oponibilidad a terceros.

Si el acto es otorgado por escritura pública, la inscripción tendrá efectos declarativos. En efecto, señala el segundo párrafo del artículo 244 que la prioridad temporal se rige por la normativa contenida en la ley nacional de registro inmobiliario.

En este sentido, la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 18 al 21 de Agosto de 2015) ha interpretado que dicha norma se refiere “tanto a la prioridad directa como indirecta, habilitando a cada Registro a darle a la inscripción, el carácter que considere conveniente...”.

La DTR 4/2016 del Registro capitalino dispone que, si se solicitara la certificación a la que hace referencia el art. 23 de la ley 17.801, la misma se expedirá con los efectos a que hacen referencia los artículos 22, 24, 25, 26 y cctes. En los casos en los que no se solicitare certificación, se estará a la prioridad directa conforme lo dispuesto por el art. 40 de la citada normativa.

El artículo 12 de la DTR 10/2016 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires señala que: *“A la registración de la afectación a “vivienda”, se le aplicará el principio de prioridad directa (artículo 19 de la Ley N° 17.801) o el principio de prioridad indirecta (artículo 23 de la Ley 17.801) en el supuesto de expedición de certificado de dominio. Si el documento por el que se afecta al régimen adoleciera de defectos subsanables, la afectación a “vivienda” será registrada en forma provisional, de conformidad con las previsiones del artículo 9 inciso b de la Ley N° 17.801”.*

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ya había resuelto que: “...tratándose de una deuda contraída entre el lapso que va desde la constitución del bien de familia mediante escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad (dentro de los 45 días que establece la ley registral para otorgarle efectos

retroactivos a la fecha de la escritura) el inmueble no está afectado por dicha deuda, razón por la que corresponde levantar el embargo”<sup>36</sup>.

Si la afectación se otorga por escritura pública, se aplican los artículos 5, 17 a 19, y 22 a 25 de la ley 17.801. En consecuencia, la fecha a considerar como inicio de la afectación será la fecha de la escritura de afectación, debiendo presentarse dentro de los cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento.

## **9.- Atribución de la vivienda**

### **9.2. Efectos de la atribución**

Como punto de partida corresponde señalar que lo que se atribuye es el inmueble que ha sido sede del hogar matrimonial o convivencial<sup>37</sup>. Y que este “derecho a solicitar la atribución” se despega y contradice la noción de “derecho de propiedad” tal como lo hemos conocido<sup>38</sup>.

En esta línea, cabe plantear el siguiente interrogante frente a la atribución del inmueble con destino a vivienda: ¿se encuentra más protegida una persona a quien se le atribuye el uso de la vivienda familiar propiedad de su ex pareja, en caso de haber contraído matrimonio?

Más allá de un matrimonio o una unión convivencial interrumpidos, ambos presupuestos tienen los siguientes puntos de contacto:

---

<sup>36</sup> SCBA “Minadeo de Federico c/ Deambrosi s/ tercería de dominio” , 19/03/1993

<sup>37</sup>El artículo 443 del Código Civil y Comercial expresa: “*Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial*”. Como señala MOLINA DE JUAN: “...la figura se refiere al hogar conyugal o familiar; por esta razón, si el inmueble no cumplía esta función durante la vida en común, la atribución no procede”. Refiere: “En un caso resuelto por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, se confirmó el rechazo de la cautelar de atribución del hogar conyugal por considerar que no se había probado que el inmueble constituyera el hogar conyugal” MOLINA DE JUAN, Mariel F: “La protección de la vivienda. Visión de la jurisprudencia a partir del Código Civil y Comercial” cita online: AP/DOC/486/2017, pg. 7.

El artículo 526 del mismo ordenamiento refiere a “*El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial...*” y contiene el mismo concepto antes enunciado, respecto del objeto de la atribución: no refiere a cualquier inmueble sino al que ha sido vivienda de la pareja.

<sup>38</sup> MAZZINGHI, (h) Esteban explica: “*El pedido de atribución del hogar puede solicitarse con independencia de los derechos patrimoniales que sobre el bien en cuestión, le correspondan al cónyuge que la solicite, e independencia del régimen patrimonial que los cónyuges hubieran adoptado*” Cita a GALLI FIANT, Maria M. “La atribución del uso de la vivienda familiar ante la ruptura matrimonial y el cese de la convivencia” en RCCyC2020 (septiembre), 101, CITA: TR LALEY AR/DOC/2520/2020, pg2.

- La necesidad de vivienda de al menos uno de los miembros de la pareja.
- La imposibilidad de procurar otra (imposibilidad que no es, de acuerdo a los parámetros del Código Civil y Comercial, la misma en uno y otro caso, pues –como veremos- en el caso del divorcio pareciera ser que el cartabón es menos exigente)
- La falta de acuerdo.
- El trámite judicial que necesariamente decidirá en uno u otro sentido.

En el caso de un divorcio, la atribución del uso de la vivienda se encuentra normada en el artículo 443 del CCyCN. Si uno de los ex cónyuges solicita la atribución de la vivienda familiar, el juez al decidir tiene una gran discrecionalidad y evaluará, “*entre otras pautas*”, las siguientes: la persona a la que se le atribuye el cuidado de los hijos, el hecho de encontrarse en una situación económica más desventajosa, el estado de salud y edad de los cónyuges, los intereses de otras personas del grupo familiar. Mientras que en el caso de cese de la unión convivencial, la norma contenida en el 526 del mismo cuerpo legal estipula que uno de los ex convivientes puede solicitar la atribución del inmueble que fuera sede de la vivienda en los siguientes supuestos: si tiene a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurarla en forma inmediata.

De la simple lectura se desprende la distinción en uno y otro caso. Los puntos a considerar en el caso de divorcio son más y allí la enumeración es claramente no taxativa. La distinción, resulta anacrónica y no toma en cuenta ni el comportamiento ni las necesidades de la sociedad moderna en lo referente a relaciones afectivas y familiares.

Sería importante que una futura modificación del cuerpo legal, tuviera en cuenta que el artículo 526 tal como está redactado, discrimina negativamente y deja más vulnerables a quienes cesan en la unión convivencial, que a quienes se divorcian, al menos en lo que a atribución de uso de la vivienda familiar respecta.

Por este motivo, se entiende que el artículo 526 del CCyCN debe ser reformulado. La futura reforma debe abrir las puertas a más supuestos fácticos en los que apoyar la atribución de vivienda, y revisar la forma en que el plazo de atribución será establecido.

Como supuestos fácticos que fundamenten la atribución, además de los mencionados, y como hipótesis de mínima, sería deseable contar con una previsión clara que permitiese tener en cuenta el estado de salud y edad de ambos convivientes y el interés de las otras personas que integran el grupo familiar, tal como se prevé en

el caso de atribución de vivienda en el marco de un divorcio. No vemos razón para que esos supuestos no sean tenidos en cuenta a la hora de decidir sobre la atribución, y entendemos que ello genera una gran inequidad con respecto a la tutela a la vivienda familiar y su atribución en el caso de divorcio.

Con relación al plazo de esta atribución, el Código nada establece en el caso de un divorcio, mientras que sí existe un límite temporal, en el caso de la ruptura de la unión convivencial. También entendemos que esto debe ser revisado. El artículo 526 del CCyCN, establece que el juez debe fijar el plazo de la atribución *“el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia.”*

Para la atribución de uso de la vivienda familiar no es requisito esencial la existencia de hijos, pero ciertamente es una pauta importante que deben ponderar los jueces al momento de decidir dicha atribución.

Actualmente quien ha sido conviviente y tiene a cargo hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, y logra acreditar judicialmente su necesidad de vivienda y la imposibilidad de procurarse una, tiene así y todo, una espada de Damocles sobre la cabeza, que es el plazo máximo al que hemos aludido<sup>39</sup>.

Consideramos que un período que limite la atribución a la vivienda no va de la mano con los propósitos de equidad e igualdad a los que debería propender la norma. Claramente el tratamiento recibido por el ex conviviente que tiene a su cargo el cuidado de hijos con capacidad restringida, o con discapacidad, u otros familiares o que convive –por caso- con adultos mayores no es el mismo que recibe el ex cónyuge. Y de ello se desprende, como la consecuencia menos deseable y más perniciosa, que un menor de edad, discapacitado o con capacidad restringida, hijo de alguno o ambos ex convivientes, se encuentra en un plano de evidente disparidad y mayor vulnerabilidad con respecto a un hijo de un matrimonio que se ha divorciado.

A los efectos de la fijación del plazo de atribución de la vivienda, en caso que uno de los convivientes tuviera a su cargo el cuidado de hijos menores, debería

---

<sup>39</sup>En palabras de MAZZINGHI, Jorge A. M.: *“El plazo máximo suscita cierta perplejidad, pues la convivencia pueda haberse extendido por varios años, y la atribución del uso de la vivienda puede haberse fundado en la necesidad de proteger a los hijos menores de una de las partes que pueden seguir siéndolo luego de transcurrido el plazo máximo de dos años”* MAZZINGHI, Jorge A. M.: *“El nuevo status de la vivienda. Afectación, disposición, uso, atribución preferencial y después de la muerte”* en *“LA LEY 01/03/2016, 01/03/2016, 1- la ley2016-b, 639, cita online: AR/DOC/481/2016. Pg.5.*

considerarse la edad de éstos últimos. Proponemos que una eventual reforma legislativa contemple que la atribución de uso vivienda pueda efectuarse hasta que los menores cumplan la mayoría de edad. El juez podrá evaluar cada caso puntual—si fuera necesario brindar un plazo máximo- y tener esa referencia clara para ajustar el decisorio. Resulta claro que desde ese momento, el adulto que tenía menores a cargo empieza a ganar más independencia que cobra virtualidad en el aspecto económico, y por otra parte, en esa instancia existe la posibilidad que el hijo mayor de edad esté en condiciones de asumir compromisos laborales, pudiendo de esta forma autoabastecerse y procurarse una vivienda adecuada, para sí mismo, liberando aquella que le hubiera sido atribuida a su progenitor.

Incluso mayor protección debería considerarse a nivel normativo en cuanto a la fijación del plazo, en caso que quien solicita la atribución de la vivienda tuviera a cargo hijos con capacidad restringida o discapacidad, teniendo en cuenta que muchas veces estas condiciones son irreversibles, y conllevan una inversión de tiempo y esfuerzo personal de los cuidadores a cargo.<sup>40</sup>

En otras palabras, en aquellos supuestos en que la persona a la que se le atribuye la vivienda familiar tuviera a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, el juez debería ponderar el plazo de extensión de esta atribución teniendo en cuenta: la edad de los menores, o el grado de restricción a la capacidad o discapacidad de la persona de que se trate, la reversibilidad de la condición o mejoras razonablemente accesibles, partiendo de la base que quien “cuida” en estos, tiene menos oportunidades para desarrollarse a nivel profesional o laboral, y por ende, procurarse una vivienda puede resultar más complejo.

Consideramos que así se armonizan mejor que con el esquema actual, el derecho a la atribución de la vivienda y el de propiedad sobre ella.

En consonancia con esta idea, un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, declaró la inconstitucionalidad del artículo 526 del

---

<sup>40</sup> Expresa Elena MENDOZA: “El plazo de dos años es exiguo, teniendo en cuenta que probar la causa del cese de la unión puede requerir un plazo mayor al indicado. Por otra parte, en el caso de hijos menores de edad lo adecuado es que el derecho de uso de la vivienda se extienda hasta la mayoría de edad de estos; en caso de hijos con capacidad restringida o con discapacidad con mayor razón, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran”. **MENDOZA, Elena**: “Unión convivencial y atribución de la vivienda luego de la ruptura. Análisis del artículo 526 del Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en DFyP 2019 (noviembre). Cita: TR LA LEY AR/DOC/2997/2019

CCyCN, en lo que refiere al plazo de la atribución de uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial que –como hemos referido antes- no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia. Y le otorgó el uso de la vivienda familiar a la actora, hasta que la más pequeña de las hijas en común llegue a la mayoría de edad.<sup>41</sup>

De esa forma se garantiza y se protege más cabalmente el derecho a la vivienda de los hijos nacidos de uniones convivenciales, y de alguna forma, se establece una posición de mayor igualdad respecto de los hijos matrimoniales, toda vez que, para el supuesto de un matrimonio, el artículo 443 del CCyCN no fija un plazo, sino que deja al criterio del juez su determinación.

## **10.- Afectación a vivienda y Regularización Dominial**

Quienes ejercen la función de escribanos regularizadores, diariamente se encuentran, con la realidad que luego del acta de regularización, o concomitante con esta, los y las requirentes, preguntan sobre la posibilidad de afectar al régimen de vivienda, previsto por los artículos 244 y siguientes del CCyCN. Estos interrogantes, sin embargo, hoy tienen respuesta negativa, ya que por ejemplo, en provincias como la de Buenos Aires no es posible y que solo cuentan, con la cuestionada ley provincial ley 14.432, como protección de la vivienda. En la única provincia donde sí se inscribe la afectación al régimen de vivienda durante el plazo desde el acta de regularización es en la provincia de Mendoza.

Dada la redacción actual del artículo 245 del CCyCN, quien puede afectar es el titular registral. Como en la provincia de Buenos Aires, así como en Mendoza y en muchas otras provincias (la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no ha adherido a la ley), se lo inscribe en el rubro relativo a la titularidad, ello haría posible que se practique la afectación, desde el mismo momento de la regularización y conjuntamente con ella, permitiéndose a quien regulariza obtener así la protección de su inmueble como prenda común de los acreedores.

Caso contrario, hemos entrado en una paradoja. Le puede ser embargado, pero no puede afectarlo al régimen de vivienda.

Los derechos del titular de dominio, y por ende el derecho a la propiedad privada, no se ven conculcados. Como cualquier acreedor anterior a la afectación al

---

<sup>41</sup> Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Dolores, en autos: "G.S. D. C/ C., A. Y OTROS S/ ATRIBUCIÓN VIVIENDA FAMILIAR" Causa. 100.772.

régimen, que es un régimen constitutivo, tendrá el derecho a que el inmueble sea prenda común de los acreedores. Y contara con los diez años, hasta la consolidación de dominio o hasta el plazo de prescripción adquisitiva de veinte años, que establece el artículo 1899 del CCyCN<sup>42</sup>, para ejercer las acciones reales, que estime pertinentes y posibles.

Como decía Peralta Mariscal, respecto a la naturaleza jurídica del afectante al régimen de la ley 24.374, es un "dominio frente a toda la sociedad con excepción de su verdadero titular"<sup>43</sup>.

Y una vez más, el notariado, se incorpora, como garante y artífice de esa seguridad jurídica, mediante una política pública, en que es no sólo somos una parte necesaria, sino imprescindible e impulsores de ella, en donde refrendamos nuestra naturaleza como servidores públicos y con compromiso social, legitimándonos, no sólo hacia adentro, es decir hacia todos los colegas, sino también hacia afuera, hacia las instituciones y los gobiernos y la sociedad toda.

La ley 24.374, con sus modificatorias, establece un régimen de regularización dominial, en el que pasados DIEZ AÑOS, desde la inscripción registral del acta de regularización, "se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto"<sup>44</sup>. Si bien la

---

<sup>42</sup> Art. 1899.- Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes.

<sup>43</sup> PERALTA MARISCAL, L. L., "Algunas consideraciones en torno a la llamada "Ley de regularización dominial", JA 5931-1995, ps. 17-22. Fundamenta su postura señalando que la figura la regularización dominial de ley 24.374 no es un derecho personal, por no presentar el sujeto pasivo y la deuda que caracterizan a todo nexo obligacional, y responde que se trata de un pseudo derecho real de dominio con la paradójica característica de que no resulta oponible al verdadero propietario del inmueble. En tal sentido refiere que parece atinado colocarlo en un eslabón intermedio entre el hecho de la posesión y el derecho de dominio. Y sobre dicha base entiende que la ley 24.374 creó un derecho real de inferior grado que el dominio y mayor jerarquía que el hecho de la posesión. De tal modo llega a su conclusión la que transcribo textualmente "Si se nos permite la licencia terminológica, podemos decir que se trata de un "cuasi-dominio": Es dominio frente a toda la sociedad con excepción de su verdadero titular"

<sup>44</sup> Art 1 Ley 24.374 y modificatorias. **ARTICULO 1º**- Gozarán de los beneficios de esta ley los ocupantes que, con causa lícita, acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres (3) años con anterioridad al 1º de enero de 2009, respecto de inmuebles edificados urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la

expresión de la norma parecería indicar que la consolidación opera de forma automática, requiere de un nuevo trámite, una segunda instancia, que se denomina "etapa de consolidación". En esta etapa, se corrigen, si hubieran existido errores en la etapa de regularización, y por ejemplo, en provincia de Buenos Aires se otorga una nueva matrícula.

La Sala 2da, de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial N° 1, de la ciudad de La Plata, en autos caratulados "Tulini, Bruno Juan c. Chávez, César Oscar y otro s/ ejecución prendaria", entendió que la protección que otorga la vivienda procede sobre un inmueble que se encontraba afectado a la ley 24.374, de pleno derecho y sin necesidad de afectación expresa, es decir, que tal protección recae sobre los derechos que como beneficiaria de la mencionada ley de regularización dominial tenía, quién fuera codemandada, sobre el bien cuya subasta había sido decretada en los autos mencionados.

Si bien se entiende que este fallo encierra un sentido de justicia, que continua la línea del fallo "Quisbert Castro", el criterio resulta erróneo, pues es necesario, consentimiento expreso del beneficiario, no solo por él, sino por los terceros que con él contratan, pues sino se ve afectado el derecho a la propiedad privada.

Al otorgar, por orden judicial y retroactiva, la protección a la vivienda que consagra el régimen mencionado, al inmueble cuya ejecución había sido decretada, y en relación con el cual la demandada aún no era titular de dominio pleno y perfecto, logro evitar que este sea subastado.

La citada jurisprudencia, por medio del "obiter-dicta" pone de manifiesto, lo que aquí se plantea, por cuanto la ausencia de protección que se otorga a la vivienda de los beneficiarios del régimen de regularización dominial, desde el otorgamiento del acta de regularización de la ley 24.374 y 25797 y su posterior inscripción ante el registro de la propiedad inmueble, hasta el acta de consolidación de dominio, para lo cual transcurren, por lo menos DIEZ AÑOS.

---

reglamentación.

En las mismas condiciones podrán acceder a estos beneficios los agricultores familiares respecto del inmueble rural donde residan y produzcan. **ARTICULO 8º-** La inscripción registral a que se refiere el inciso e) del artículo 6º se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su registración. Los titulares de dominio y/o quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles que resulten objeto de dicha inscripción, podrán ejercer las acciones que correspondan inclusive, en su caso, la de expropiación inversa, hasta que se cumpla el plazo aludido.

Y allí, donde el derecho y el Estado, debería proteger al más débil, que es el beneficiario de la ley 24.374, lo pone en situación de riesgo, pues inscribe un bien y anoticia esta situación, pero no le permite tener la protección legal que, para el resto de los titulares registrales, si otorga desde el año 1954.

## **11.- Relación entre el instituto de afectación a vivienda y las cuestiones sucesorias.**

### **11.1. Constitución por Acto de Ultima Voluntad:**

El artículo 245<sup>45</sup> del Código Civil y Comercial establece una modalidad de afectación a Vivienda que no estaba previsto en el antecedente normativo de la Ley 14.394, aunque sí reconoce como antecedente el Proyecto de Reforma de 1998<sup>46</sup>, el cual es la posibilidad que por un acto de última voluntad se incorpore un inmueble al régimen.

Si bien el artículo citado no lo dispone expresamente, la mención “*acto de última voluntad*” entendemos que debe interpretarse como testamentario. Si bien existen actos de última voluntad testamentarios y no testamentarios<sup>47</sup>, es el testamento el acto de última voluntad por el que se efectúan las disposiciones de carácter patrimonial<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> ARTICULO 245.- Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

<sup>46</sup> Artículo 235 del Proyecto de Reforma al Código Civil-Año 1998: “Legitimados. La afectación puede ser rogada por el titular registral; si los titulares son varios deben solicitarla unánimemente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en tal caso el Tribunal debe disponer la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Publico, o de oficio si hay beneficiarios incapaces”

<sup>47</sup> Por ejemplo, la designación de tutor por testamento (art. 106) o lo relativo a las exequias y último destino del cuerpo (art. 61)

<sup>48</sup> ARTICULO 2462.- Testamento. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales.

y el medio idóneo de realizar esta afectación que impacta de manera especial en la distribución del patrimonio sucesorio

En esta modalidad de afectación, poco utilizada lamentablemente hasta la fecha, la inscripción registral se posterga no solo hasta el momento del fallecimiento del causante, sino que la norma citada indica quien es el que la dispone y además señala quienes son los que pueden solicitarla.

En cuanto a lo primero, es sin dudas el Juez el que ordena la anotación registral. Entendemos que al hablar de la autoridad judicial, el artículo se refiere a la que entenderá en el proceso sucesorio, por lo que deberán respetarse las reglas de competencia establecidas en los artículos 2336<sup>49</sup> y 2643<sup>50</sup> del Código Civil y Comercial, por lo que antes de la iniciación del mencionado proceso no podría hacerse valer la disposición testamentaria pertinente. Podría igualmente, en un caso de excepción, y por motivos fundados, recurrirse a la vía excepcional normada en los artículos 2327<sup>51</sup> y 2352<sup>52</sup> del Código, lo cual por supuesto quedara sujeto a la

---

<sup>49</sup> ARTICULO 2336.- Competencia. La competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección 9a, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto. El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición. Si el causante deja sólo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponde al domicilio del heredero único.

<sup>50</sup> ARTICULO 2643.- Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

<sup>51</sup> ARTÍCULO 2327.- Medidas urgentes. Aun antes de la apertura del proceso judicial sucesorio, a pedido de un coheredero, el juez puede ordenar todas las medidas urgentes que requiere el interés común, entre ellas, autorizar el ejercicio de derechos derivados de títulos valores, acciones o cuotas societarias, la percepción de fondos indivisos, o el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de los demás sucesores, si la negativa de éstos pone en peligro el interés común. Asimismo, puede designar un administrador provisorio, prohibir el desplazamiento de cosas muebles, y atribuir a uno u otro de los coherederos el uso personal de éstas.

<sup>52</sup> ARTÍCULO 2352.- Medidas urgentes. Si el administrador no ha sido aún designado, rehúsa el cargo, demora en aceptarlo o debe ser reemplazado, cualquier interesado puede solicitar medidas urgentes tendientes a asegurar sus derechos, como la facción de inventario, el depósito de bienes, y toda otra medida que el juez considere conveniente para la seguridad de éstos o la designación de administrador provisional. Los gastos que ocasionan estas medidas están a cargo de la masa indivisa.

consideración judicial en cada caso, en cuyo caso podría ser otro juez, aun declarado incompetente posteriormente, el que disponga la misma.

Con relación a aquellos que pueden pedir la inscripción en el Registro inmobiliario pertinente, y la actividad judicial rogatoria de la misma, el artículo 245 ya mencionado, distingue entre las siguientes situaciones:

- a) Obligatoriedad de la solicitud de inscripción, solo una vez que sea solicitada por cualquiera de los beneficiarios designados en el testamento
- b) Obligatoriedad de la solicitud de inscripción, solo una vez que sea solicitada por el Ministerio Público
- c) Obligatoriedad de la solicitud de inscripción, la que debe ser dispuesta de oficio por el Juez, cuando existen beneficiarios incapaces
- d) Obligatoriedad de la solicitud de inscripción, la que debe ser dispuesta de oficio por el Juez, cuando existen beneficiarios con capacidad restringida

Si bien la norma es escueta en otras consideraciones, ciertas dudas pueden presentarse al momento de la confección del testamento y el asesoramiento profesional al testador que el notario debe brindar.

A este respecto, cabría preguntarse si es posible que el testador pueda encomendar a un albacea para que solicite la inscripción registral. En este caso, descontado el supuesto de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, donde la inscripción debe ser resuelta de oficio judicialmente, deberá distinguirse si los beneficiarios son o no herederos, de acuerdo a la distinción que el Código Civil y Comercial realiza de las funciones y atribuciones del albacea, y según estos existan o no, de acuerdo a los artículos 2526, 2528 y 2529<sup>53</sup>. En el caso que no existan

---

<sup>53</sup> ARTICULO 2526.- Deberes y facultades del albacea. El albacea debe poner en seguridad el caudal hereditario y practicar el inventario de los bienes con citación de los interesados. Debe pagar los legados con conocimiento de los herederos y reservar los bienes de la herencia suficientes para proveer a las disposiciones del testador dándoles oportunamente el destino adecuado. Debe demandar a los herederos y legatarios por el cumplimiento de los cargos que el testador les haya impuesto. La oposición de los herederos o de alguno de ellos al pago de los legados, suspende su ejecución hasta la resolución de la controversia entre los herederos y los legatarios afectados. El albacea está obligado a rendir cuentas de su gestión a los herederos.

ARTICULO 2528.- Facultades de herederos y legatarios. Los herederos y los legatarios conservan las facultades cuyo desempeño no es atribuido por la ley o por el testador al albacea. Los herederos pueden solicitar la destitución del albacea por incapacidad sobreviniente, negligencia, insolvencia o mala conducta en el desempeño de la función, y en cualquier tiempo poner término a su cometido pagando las deudas y legados, o depositando los fondos necesarios a tal fin, o acordando al respecto con todos

herederos y, por ejemplo, el único beneficiario designado fuese el conviviente, nos inclinamos por la afirmativa, al igual que en el caso que, habiendo herederos, este conviviente fuese también designado beneficiario. Para el caso que, habiendo herederos, sean todos estos o alguno de ellos designado como beneficiario, entendemos que esta función excede las atribuciones regulares del albacea.

Con relación a los beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, otra duda puede resultar del momento temporal en que debe existir esta incapacidad o restricción. Es decir, si tal circunstancia personal de los beneficiarios debe encontrarse al momento de la redacción del testamento, a la muerte del testador o al momento de solicitarse la inscripción registral en alguna de sus variantes. Más allá que esto será resorte de apreciación judicial, y en cada caso en particular, entendemos que la incapacidad o restricción a la misma debe existir o continuar, como mínimo, en el momento de la apertura de la sucesión, es decir el momento del fallecimiento del causante.

En caso de conflicto suscitado entre los herederos, beneficiarios o no, y los beneficiarios de la afectación, a falta de norma expresa, y por aplicación de los principios generales, será el Juez del proceso sucesorio el que resuelva sobre el mismo, tal como lo dispone el artículo 2330 en el caso de las indivisiones forzosas<sup>54</sup>.

El Código Civil y Comercial tampoco resuelve el problema de la vigencia temporal de la afectación, es decir a partir de qué momento, en este caso particular, debe considerarse "*inscripto*" el testamento. Podrían entonces suscitarse dos posiciones: una, que considere que, en una interpretación literal de la norma, la afectación se considere vigente desde la anotación registral pertinente en el folio del inmueble, por lo que devendría fundamental el inicio del sucesorio y el pedido de

---

los interesados. Los herederos y legatarios pueden solicitar las garantías necesarias en caso de justo temor por la seguridad de los bienes que están en poder del albacea.

ARTICULO 2529.- Supuesto de inexistencia de herederos. Cuando no hay herederos o cuando los legados insumen la totalidad del haber sucesorio y no hay derecho a acrecer entre los legatarios, el albacea es el representante de la sucesión, debiendo hacer inventario judicial de los bienes recibidos e intervenir en todos los juicios en que la sucesión es parte. Le compete la administración de los bienes sucesorios conforme a lo establecido para el curador de la herencia vacante. Está facultado para proceder, con intervención del juez, a la transmisión de los bienes que sea indispensable para cumplir la voluntad del causante. Siempre que se cuestione la validez del testamento o el alcance de sus disposiciones, el albacea es parte en el juicio aun cuando haya herederos instituidos.

<sup>54</sup> ARTICULO 2330.- (...) El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

inscripción judicial, aun pudiéndose invocar a este respecto los artículos 232 7 y 2352<sup>55</sup>; y desde otro punto de consideración, basada en el *favor testamentii*, la que sostendría que dicha inscripción debería tener un efecto retroactivo al momento de la muerte del causante. Si bien existen argumentos que podrían inclinar la balanza entre una y otra postura. Nos inclinamos por la última de ellas, por lo que recomendamos la incorporación de la figura del albacea por su natural legitimación para intervenir en el marco del sucesorio, y ejercer las atribuciones dispuestas por el testador.

### **Clausula sugerida de afectación a vivienda en un testamento:**

En ....., Partido de ....., jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, a los cuatro días del mes de Mayo de dos mil veintitrés, ante mi, .... titular del Registro ..... del Partido de ....., COMPARECE doña \_\_\_\_\_, argentina, nacida el \_\_\_\_\_, con Documento Nacional de Identidad \_\_\_\_\_, dice ser soltera, hija de \_\_\_\_\_ y domiciliarse en \_\_\_\_\_, INTERVIENE POR SI, y DICE (...) V. Que en virtud de lo normado en el artículo 245 y concordantes del Código Civil y Comercial AFECTA al Régimen de VIVIENDA el Inmueble sito en \_\_\_\_\_ donde actualmente reside. VI. Que designa como BENEFICIARIA de la afectación a su conviviente don \_\_\_\_\_. VII. Que nombra como ALBACEA a doña \_\_\_\_\_ con facultades expresas para presentarse en su sucesorio, solicitando al Señor Juez interviniente la inscripción registral de la presente afectación (...) LEO \_\_\_\_\_

Variante: (...) VI. Que designa como BENEFICIARIO de la afectación a su hijo don \_\_\_\_\_ con el cual convive, ya que sus otros hijos actualmente residen en sus propios domicilios (...) LEO \_\_\_\_\_

### **11.2. Transmisión de la vivienda afectada**

La ley 14394 suscitadamente establecía que el inmueble afectado al régimen de Bien de Familia no podía ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias<sup>56</sup>. El Código Civil y Comercial ampliando la potestad dispositiva del titular registral, sin olvidar el fundamento principal del régimen, establece que es posible la mejora o legado del bien, siempre y cuando dicha mejora o legado favorezca a alguno de los beneficiarios.

En este caso particular, la afectación se torna como elemento fundamental al momento de legar o mejorar a alguna persona, ya que el notario debe tener muy

---

<sup>55</sup> Véanse nota 5 y 6.

<sup>56</sup> Artículo 37 de la Ley 14.394

presente quien o quienes han sido declarados como beneficiarios de la afectación, a los fines que dicha disposición no pueda ser declarada luego como invalida.

Antes de comenzar por el análisis del artículo, entendemos de *lege lata* que no solo las mejoras de origen testamentario se encuentran comprendidas en la prohibición, tal como literalmente lo expresa la norma, sino también aquellas originadas en otros actos jurídicos, como por ejemplo el contrato de donación u otros análogos<sup>57</sup>

Supongamos estos casos de muy posible aplicación en la práctica notarial diaria:

- a) Progenitor que habiendo afectado al régimen, decide donarlo dispensando de colación el bien a uno de sus hijos.
- b) Progenitor que habiendo afectado al régimen, decide donarlo a uno de sus hijos, dispensando luego por testamento de la obligación de colación
- c) Progenitor que habiendo afectado al régimen, decide legar el bien a unos de sus hijos, imputándolo implícitamente como mejora<sup>58</sup>
- d) Progenitor que habiendo afectado al régimen, decide legar el bien a unos de sus hijos, imputándolo expresamente como a cuenta de su porción legítima<sup>59</sup>
- e) Progenitor que habiendo afectado al régimen, decide mejorar con el bien a uno de sus hijos discapacitados, a título de mejora estricta
- f) Conviviente titular del bien que habiendo afectado al régimen, decide legar el bien a su conviviente no titular

Sin pretender agotar todos los supuestos posibles de la realidad diaria que se suceden en nuestras notarias, la norma dispositiva clara del artículo 250 del Código Civil y Comercial impide que esa cláusula de legado o mejora cumpla con los deseos del disponente, si además no es el destinatario de la misma, uno de los beneficiarios de la afectación.

Nótese sin embargo la distinción que el propio Código realiza, y que vemos palmariamente de manifiesto en el último de los supuestos precedentes: el bien puede ser legado a cualquier beneficiario, el que puede o no ser heredero, tal como sucede

---

<sup>57</sup> Así, el artículo 2386 habla de “mejora” en el caso de donación al descendiente o cónyuge; lo mismo en el caso de la partición por ascendiente por donación, en el artículo 2414

<sup>58</sup> ARTICULO 2385.- (...) El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario

<sup>59</sup> Véase nota anterior

el caso del conviviente, pero respecto de la mejora, esto solo puede ser efectuada a alguno de sus herederos forzosos.<sup>60</sup>

En el supuesto de la afectación a vivienda por acto de última voluntad, el notario interviniente en el caso de un testamento, deberá verificar que si el mismo contiene disposiciones a título de legado o mejoras, se haya designado como beneficiario de la misma al legatario o heredero mejorado.

Cuando por el contrario, la afectación es previa al acto notarial de mejora o legado, el notario, habiendo estudiado los antecedentes del caso, debería instrumentar una ampliación subjetiva de beneficiario, a los fines de cumplir con lo normado en el artículo 250 del Código.

Indudablemente, el motivo del legislador ha sido claro. El legado o mejora que favorece a uno de los beneficiarios no traiciona en modo alguno el espíritu de la institución, ya que el bien permanece dentro del ámbito patrimonial de la familia del constituyente.

### **11.3. Requisito del fallecimiento del constituyente y todos los beneficiarios a efectos de proceder a la cancelación del régimen**

El artículo 255 del Código Civil y Comercial enumera en sus cinco incisos las causales de desafectación y cancelación de la inscripción.

En dos de ellos se mencionan como tales, situaciones que rozan las normas de derecho sucesorio: en los incisos b) y d).

En el primero, se establece la posibilidad de desafectar del régimen el bien, a solicitud de la mayoría de los herederos, pero solamente cuando la constitución se efectuó por acto de última voluntad. Es decir que tal causal, la mayoría de los herederos como requisito de la desafectación, no procede cuando la afectación se realizó por escritura pública, acta administrativa o fue decidida en el marco de un proceso de divorcio o cese de la unión convivencial.

Esta situación particular en cuanto a la desafectación, asimismo reconoce varias excepciones. A saber:

- a) No debe haber oposición del cónyuge
- b) No debe haber oposición del conviviente inscripto
- c) No debe haber beneficiarios incapaces
- d) No debe haber beneficiarios con capacidad restringida.

---

<sup>60</sup> Igualmente en cada caso particular deberá analizarse la composición familiar del causante.

En los dos últimos supuestos, será el juez el que disponga lo más conveniente para el interés de estos beneficiarios especiales, aun teniendo la mayoría de los herederos expresándose en favor de la desafectación.

Tal como se ha expresado anteriormente, en los casos en que la constitución no se efectuó por acto de última voluntad, no será bastante la decisión mayoritaria de los herederos del constituyente para desafectar el régimen de vivienda, sino que será necesario: o bien la unanimidad de estos, o recurrir a que de oficio se disponga la desafectación, si no se siguen cumpliendo y manteniendo los requisitos generales.

El inciso d) de este artículo 255 del Código a su vez es claro, reafirmando lo que en la Ley 14.394 citaba su artículo 49, inciso d)<sup>61</sup>: la muerte del constituyente no acarrea *per se* la extinción de la afectación. Deben haber fallecido además del constituyente, todos los beneficiarios. Y recordemos que no necesariamente los beneficiarios deben ser herederos, tal y como sucede con el conviviente. Por lo que es factible que, por ejemplo, designado como único beneficiario de la afectación el conviviente no titular, este, si sigue habitando el inmueble, pueda oponer (y sin que sea necesario recurrir a los extremos del inciso b) de esta norma) su condición de beneficiario a los fines de impedir la partición del inmueble o, al menos, que se le reconozca su derecho para seguir habitando el mismo.

Creemos además que en este supuesto, el conviviente supérstite beneficiario del régimen no deberá satisfacer ningún tipo de indemnización ni canon locativo por el uso privativo del bien, ya que no se cumplen las causales del artículo 2328, al no ser heredero, y no estar comprendido en la enumeración legal de quienes deben satisfacerlo, por lo que deviene en un excelente caso de planificación sucesoria patrimonial.

Incluso la doctrina moderna del derecho sucesorio reconoce que la afectación de un inmueble al régimen de vivienda constituye una restricción a la legítima hereditaria sostenida por la propia ley. En este orden de ideas, se ha expresado que: *“Igualmente debe considerarse que, al igual que en la legislación anterior, para que se desafecte un bien del régimen de vivienda deben haber desaparecido todos los beneficiarios o no vivir en el inmueble si ha fallecido el constituyente, por lo que un inmueble afectado a este régimen constituye una clara limitación a la legítima de los*

---

<sup>61</sup> ARTICULO 49-Ley 14.394 – Procederá la desafectación del "bien de familia" y la cancelación de su inscripción en el Registro Inmobiliario: (...) d) De oficio a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los artículos 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios...

*herederos forzosos...Así en la pugna entre dos derechos, el de la legítima y el de la vivienda, el Código Civil y Comercial se ha inclinado por la protección de la vivienda incorporando una limitación relativa y temporal a la legítima”<sup>62</sup>*

---

<sup>62</sup> MEDINA Graciela-ROLLERI Gabriel. Manual de Derecho de las Sucesiones, pag. 601. Ed. Abeledo Perrot. Bs.Aires-Año 2017