



Tema IV Afectación a Vivienda Familiar

TITULO:

“La renuncia subjetiva a la protección”

Autor: Ian Nicolás Chejanovich

consultas@escribanochejanovich.com.ar

Coordinador: Esc. Gabriel Ventura. Subcoordinadora: Esc. Arnaldo Dárdano

Jornada Notarial Argentina 34

Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires 2023

Ponencia.

1. Es válida la renuncia a la inejecutabilidad en favor de uno o más acreedores.
2. La renuncia debe realizarse por escrito y no es obligatoria la forma escritura pública aunque la afectación se haya requerido por esa vía.
3. A la renuncia le aplican las mismas normas relativas al asentimiento conyugal y convivencial que para la desafectación del régimen.
4. La renuncia se traslada a las sumas percibidas y vivienda adquirida posteriormente (art 248 CCC).
5. El acreedor favorecido no puede pedir la ejecución en la quiebra.

Fundamentos.

I. Planteo de la cuestión.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) regula la “vivienda” en el capítulo 3 de la sección 3 del título III (“Bienes”) del libro primero. Este instituto vino a continuar con la protección a la vivienda que surgía de la Ley 14394 bajo la regulación del régimen de “bien de familia”. La Ley 14394 y –hoy– la protección del CCyC responden a la finalidad de conservación e intangibilidad de las propiedades que sirven de vivienda dentro del derecho privado. Tienden a la protección de la propiedad familiar frente a los créditos que nazcan con posterioridad a su afectación.¹

Toda su regulación importa al interés público por el bien jurídico que defiende y, como consecuencia de ello, sus normas son de orden público. Las interpretaciones que se hagan de sus disposiciones deben tener el cuidado y fundamento que la institución exige. No deben ser amplias ni restrictivas, sino justas.²

Con esta premisa de análisis, la cuestión que vengo a plantear aquí radica en si un deudor puede renunciar al efecto de la inejecutabilidad que le otorga la afectación en favor de uno o más acreedores sin que implique extinción total.

Para una mejor lectura, cabe preguntarse si el instituto le permite al deudor-afectante otorgarle a un acreedor distinto a los enunciados en el art 249 CCyC la facultad de ejecutar la vivienda ante el incumplimiento de una obligación determinada en un contrato en particular.

A modo de ejemplo: un fiador de las obligaciones de un contrato de locación que declare en el contrato de fianza que la protección que rige sobre su vivienda no le es oponible al locador en caso de incumplimiento del locatario o de su propio incumplimiento.

De ser válida esta cláusula, este escenario no produce la extinción del régimen³, ni la desafectación con subrogación real (art 248 CCC) y mucho menos la cancelación registral. El efecto sería el de darle al acreedor la posibilidad de ejecutar el inmueble afectado, aunque la obligación haya nacido con posterioridad.

¹ GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 85.

² GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 386.

³ Ver para la diferencia entre constitución, afectación, extinción, desafectación y cancelación: SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación” (online), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 917 (jul-sep 2014), 4/2/2015, ap. 15, <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/02/discursus-sobre-el-regimen-de-vivienda-y-la-registracion-de-su-subrogacion-real-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-dinamica-interpretacion-amplia-y-propuestas-para-su-implementacion/>, última consulta: 9-4-23.

Para una lectura ordenada, los fundamentos de la ponencia los organizo de la siguiente manera: primero con una breve reseña de los efectos de la afectación; luego analizando la naturaleza de esa renuncia y finalmente su viabilidad, los principales fundamentos y sus consecuencias.

II. Efectos de la afectación.

El art 249 CCyC propone una distinción para los acreedores de índole temporal y según la naturaleza de los créditos.

Szmuch hace una clasificación detallada. Tomo de ella las categorías relevantes para esta ponencia:

1) Acreedores incluidos:

- a. Anteriores: son los de causa anterior a la afectación. Estos pueden exigir la declaración de inoponibilidad de la constitución.⁴
- b. Exceptuados: son los que según la naturaleza de sus créditos pueden ejecutarlo no importa la fecha de nacimiento de los créditos y son los enumerados en el art 249 CCyC, a saber: 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.

2) Acreedores excluidos: aquellos a los que la protección les resulta oponible principalmente porque sus créditos nacieron con posterioridad a la afectación.

En consecuencia, para establecer la factibilidad de ejecución del inmueble protegido hay que resolver tres cuestiones: 1) el momento de la afectación⁵; 2) el momento del nacimiento del crédito⁶ o 3) si el ejecutante es acreedor de alguno de los créditos enunciados en el art mencionado.

El nuevo régimen solo contempla la inejecutabilidad. Por lo tanto, el acreedor de causa o título posterior a su afectación podrá embargarlo, pero no podrá ejecutar su crédito si no acredita alguna causal de exclusión de dicho beneficio.⁷

⁴ MEDINA, Graciela. "El bien de familia y la quiebra". JA 1987-IV-129.

⁵ Me remito a cualquiera de los trabajos aquí citados para el análisis sobre la inscripción con prioridad directa o indirecta y su regulación para el instituto.

⁶ No es objeto de esta ponencia profundizar en este aspecto por lo que nos remitimos a las normas locales que regulan los regímenes de prioridades para la inscripción de la afectación.

⁷ LASTRA, Mónica M. F. "Bien de familia y protección de la vivienda" El Derecho, Diario, tomo 279. Cita digital: ED DCCLXXVII-525

En resumen: “El efecto principal de la afectación se traduce en que el inmueble resulta inejecutable por ciertos acreedores (los de causa posterior al acto de afectación). En cambio, los acreedores de causa posterior se encuentran prima facie alcanzados por la imposibilidad jurídica de provocar la ejecución del inmueble. Sin embargo, los acreedores enunciados en los 4 incisos del art. 249 pueden hacerlo igualmente en atención a la naturaleza de sus créditos.”⁸

Por último, el art en cuestión resuelve una discusión que se presentaba con el régimen derogado vinculada con el destino del remanente en caso de subasta del inmueble. Se reconoce ahora que los acreedores posteriores a la oponibilidad del régimen no pueden verse beneficiados cobrando con el inmueble, ni sobre los importes que lo reemplacen en concepto de indemnización o precio. Se reafirma ello en cuanto se señala que el remanente se entrega al deudor.⁹

III. Naturaleza de la declaración del deudor-afectante

Para comprender su viabilidad, cabe preguntarse qué naturaleza tiene la declaración que haga el deudor-afectante sobre la posibilidad de otorgarle al acreedor con causa posterior a la afectación, facultad para que ejecute el inmueble protegido.

La declaración no implica una extinción parcial del instituto ni la cancelación registral. Estas dos solo pueden ser totales y no parciales.¹⁰

Tampoco es una desafectación total. La idea de la declaración no es producir los efectos retroactivos de la extinción que implican que las obligaciones surgidas entre la afectación y la cancelación se conviertan en ejecutables sobre el inmueble.¹¹

Podría acercarse a una desafectación parcial, pero tampoco lo es, ya que esta encuentra solo dos variantes: 1) la subjetiva, cuando se elimina algún beneficiario y 2) la objetiva, cuando se remata el inmueble y queda un remanente que continúa afectado por subrogación; o bien cuando por voluntad del afectante se desafecta hasta un valor, generando sobre ese valor desafectado la consecuencia de la retroactividad antes mencionada.

La declaración implica una renuncia patrimonial a un efecto de la ley (art 13 CCyC) que es la inejecutabilidad del inmueble protegido en las condiciones ya descriptas.

⁸ SABENE, Sebastián E. “Panorama inicial del régimen jurídico de vivienda contemplado en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”. Cita: MJ-DOC-6299-AR/MJD6299.

⁹ GERBAUDO, Germán E. “La protección de la vivienda familiar en la quiebra. Regulación del Código Civil y Comercial”. Cita: MJ-DOC-12245-AR/MJD12245. 23-10-2017.

¹⁰ SZMUCH, Mario G., “Discursus ...”

¹¹ GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, ...p. 446.

Ahora veamos por qué esta renuncia resulta válida y no está prohibida por el ordenamiento jurídico.

IV. Análisis sobre la validez de la renuncia.

De la investigación sobre el tema pude deducir que el argumento más sólido que ha sostenido la doctrina es que los efectos de la afectación son irrenunciables. Ni el constituyente ni los beneficiarios pueden renunciar a los efectos y beneficios que derivan de la protección. No podrían, por ejemplo, consentir el embargo o una ejecución indebidos, renunciando a la inembargabilidad o a la inejecutabilidad propias del régimen, sin caer en la nulidad de tales actos. Ese carácter es una excepción legal a la regla de renunciabilidad que caracteriza a los derechos patrimoniales adquiridos. El interés de la colectividad familiar lleva a vedar la renuncia cuando los derechos son 'concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en miras del orden público', dada la mayor similitud del concepto de interés familiar con el orden público que con el interés de un particular.¹²

Creo alejado de proteger el interés familiar impedir que el afectante renuncie a los efectos. Veamos.

En general, en los contratos onerosos al acreedor le interesan dos cosas: 1) que el deudor cumpla su obligación y 2) que si el deudor incumple pueda responder por los daños que ocasione.

Con este miraje, el acreedor de un contrato con obligaciones pendientes suele y debe realizar una diligencia debida para conocer la solvencia del deudor. No hace falta ahondar en la situación de los bancos y entidades financieras cuando piden avales de sus clientes. Ante la falta de solvencia aparente suelen pedir garantías adicionales o fianzas de terceros.

Guastavino se pregunta: ¿cuál es el fundamento de la inejecutabilidad del bien de familia por los créditos surgidos después de la inscripción? Y contesta que: "los acreedores posteriores tienen, efectivamente, un derecho que ha surgido con posterioridad a la transcripción o a la constitución del vínculo y no pueden lamentarse de no poder actuar ejecutivamente sobre bienes vinculados para la satisfacción de sus créditos, *ya que ellos tenían conocimiento o debían tenerlo del vínculo de los*

¹² KOON, María L. y MESQUIDA, Silvina M., "La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, noviembre 2014, p. 61; citando a MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía derecho de familia patrimonial. Artículos 1217 a 1322, RubinzalCulzoni, p. 371/2 citado por PANDIELLO MOLINA, Juan C., "Bienes y protección de la vivienda", en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, director, Dr. Julio Cesar Rivera, coordinadora, Graciela Medina, AbeledoPerrot, septiembre de 2012, p. 139.

bienes constituidos en patrimonio familiar (la cursiva es mía). Los acreedores anteriores, en cambio, tienen un derecho que ha surgido con anterioridad a la transcripción o constitución del vínculo y no pueden, lógicamente, ser perjudicados por la transcripción o constitución del vínculo efectuada posteriormente”¹³

Imaginemos a este deudor que necesita contratar y al que su acreedor le exige que la vivienda sea susceptible de ejecución en caso de incumplimiento porque no tiene otra forma de responder. No deben ser pocos los casos en los cuales el contratante tiene un solo inmueble en su patrimonio que sirve de su vivienda.

Si le quitamos la posibilidad de renunciar a la inejecutabilidad tiene, a priori, tres opciones: 1) no contratar; 2) conseguir una garantía externa, lo que implica más gastos, por ejemplo para un seguro de caución o 3) desafectar totalmente el inmueble de la protección al régimen.

Parece excesiva esta última opción, hasta contraria al interés familiar en algunos casos. Sentenciando la nulidad de la renuncia logramos que el inmueble ahora se convierta en carnada de todos los acreedores, los anteriores, los posteriores. Todos, sin importar su naturaleza.

Volviendo al argumento inicial contrario a la renuncia, sus exponentes asimilan el interés familiar al orden público, y es correcto; pero esta renuncia no es violatoria de ese orden público. El carácter de orden público de los derechos, no está dado, en general, por la forma del mandato o prohibición de las leyes, sino por la finalidad que éstas persiguen.¹⁴ El fin de la inejecutabilidad es idéntico al de la afectación, lógicamente, porque es su principal efecto. Con ella se busca proteger la vivienda.

¿Cuál es la diferencia entre renunciar a la ejecutabilidad para un acreedor en particular que desafectar el régimen? En el segundo supuesto la desprotección es total.

Para clarificar: La desafectación es el acto por el cual queda sin efecto la afectación del inmueble y la cancelación de su inscripción quedando el bien disponible a todos los efectos, y respondiendo su titular por todas las deudas, incluyendo la agresión patrimonial de los acreedores.¹⁵ Conforme el art. 255 inciso a del CCyC, la desafectación puede ser voluntaria. Si puede desafectar, podría renunciar parcial y temporalmente a uno de sus efectos.

¹³ GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, ...p. 377.

¹⁴ De ROA, Julio O. “Del orden público en el derecho positivo”. Jesús Menendez, Librero Editor. Buenos Aires. 1926. P. 79.

¹⁵ Árraga Penido, Mario O. “Vivienda protegida por afectación.” LA LEY 21/09/2016, 1 - LA LEY 2016-E, 931 Cita: TR LALEY AR/DOC/2656/2016

Como argumento adicional podemos traer el caso de la protección de la vivienda en la Provincia de Buenos Aires, regulada por la discutida ley 14.432. Algunos jueces han resuelto su inconstitucionalidad y otros su validez.¹⁶ Lo que es cierto es que esta ley permite, expresamente, renunciar a la inembargabilidad e inejecutabilidad¹⁷ y, si bien se discute su alcance, nadie contradice que su finalidad es la misma que la ley de fondo.

Finalmente, una pregunta lógica que debe contestarse favorablemente para que la renuncia prospere es ¿a quién perjudica? Si lo analizamos desde la perspectiva de los acreedores podemos decir que: 1) a los posteriores a la afectación no les cambia su situación pues igual no podían ejecutar el inmueble; 2) a los acreedores habilitados por la naturaleza de sus créditos y a los anteriores, lo único que les sucede es que se sumó un acreedor al listado de posibles ejecutantes. Si la ampliación de esta cartera de acreedores puede resultar un perjuicio, no nos olvidemos que la desafectación los mete a todos en esa cartera.

V. Consecuencias de su validez.

1. Forma.

Sabido es que la ley y normativas locales permiten la afectación y desafectación ante el escribano o bien, mediante un trámite administrativo.

Si la afectación fue constituida por escritura, cabe preguntarse si la renuncia resulta un acto accesorio (art 1017 inciso c) CCyC). Entiendo que no. No es accesorio, es un acto distinto.

Si expresamente se permite la cancelación por la vía administrativa, no es obligatoria la renuncia por escritura pública.

La doctrina ha dicho incluso que la suscripción de una promesa bilateral de venta trae aparejada la desafectación por el compromiso negocial de asumir que previo a la transferencia debe desafectarse.¹⁸

En este orden de ideas, también se dijo, vinculado con la ley de protección de la Provincia de Buenos Aires, que la renuncia deberá ser hecha por escrito y la firma

¹⁶ Por la inconstitucionalidad: Cciv y Com de Azul, Sala II, resolvía Rodríguez y Banco Mayo. Por la constitucionalidad: H.M. c/G.M.A. s/cobro ejecutivo de alquileres” (Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, sala 2) octubre 2015.

¹⁷ LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis “Algunas reflexiones sobre la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única en la provincia de Buenos Aires: ¿una interpretación constitucional o convencional?”. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. Año 17/N 50-2020.

¹⁸ ÁRRAGA Penido, Mario O. “Vivienda protegida ...”

refrentada ante autoridad pública, previa información veraz y completa sobre el alcance del acto.¹⁹

2. Asentimiento.

No cabe duda que a la renuncia, con respecto al asentimiento conyugal y convivencial le aplican las mismas reglas que para la desafectación (art 250 CCyC)²⁰.

3. Traslado de la ejecutabilidad.

Así como, a raíz del art 248 CCyC la afectación se traslada al precio o indemnización y luego a la vivienda adquirida posteriormente, y con ello la inejecutabilidad de los acreedores excluidos; la ejecutabilidad también se va trasladando en esa cadena de subrogaciones. Esta situación no presenta problemas pues es el propio renunciante que conoce la situación de ejecutabilidad del inmueble.

Habría que resolver los supuestos de transferencia de inmueble afectado y subsistencia del régimen. Sería prudente en estos casos que el afectante declare que no ha renunciado a su ejecutabilidad, y en caso de que sí lo hubiere hecho manifestarlo.

4. Quiebra del afectante.

En el art. 249 CCyC in fine dice: *“En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.”*

La doctrina critica el art en el sentido que debió haber dicho quiebra y no proceso concursal por la característica de ejecución que sí posee la quiebra y no el concurso.

En este orden de ideas, el mismo define claramente que la ejecución de la vivienda afectada solo puede ser solicitada por los acreedores que enumera, no permitiendo la ejecución por algún acreedor distinto a ellos, por lo que el acreedor beneficiado con la renuncia no estaría habilitado para beneficiarse de los importes remanentes en la quiebra.²¹

¹⁹ LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis “Algunas reflexiones ...”

²⁰ LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis “Algunas reflexiones ...”

²¹ GÓMEZ, Clelia C. “Protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”; y Di Lella, Nicolás J. “Afectación de la vivienda y quiebra del constituyente ante la nueva regulación civil y comercial”. Publicado en: LA LEY 23/06/2016, 1 - LA LEY2016-D, 709 Cita: TR LALEY AR/DOC/1795/2016

Bibliografía.

ÁRRAGA Penido, Mario O. "Vivienda protegida ..."

Árraga Penido, Mario O. "Vivienda protegida por afectación." LA LEY 21/09/2016, 1 - LA LEY 2016-E, 931 Cita: TR LALEY AR/DOC/2656/2016

De ROA, Julio O. "Del orden público en el derecho positivo". Jesús Menendez, Librero Editor. Buenos Aires. 1926. P. 79.

GERBAUDO, Germán E. "La protección de la vivienda familiar en la quiebra. Regulación del Código Civil y Comercial". Cita: MJ-DOC-12245-AR/MJD12245. 23-10-2017.

GÓMEZ, Clelia C. "Protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; y Di Lella, Nicolás J. "Afectación de la vivienda y quiebra del constituyente ante la nueva regulación civil y comercial". Publicado en: LA LEY 23/06/2016, 1 - LA LEY2016-D, 709 Cita: TR LALEY AR/DOC/1795/2016

GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 85.

GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 386.

KOON, María L. y MESQUIDA, Silvina M., "La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, noviembre 2014, p. 61; citando a MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía derecho de familia patrimonial. Artículos 1217 a 1322, RubinzalCulzoni, p. 371/2 citado por PANDIELLO MOLINA, Juan C., "Bienes y protección de la vivienda", en *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, director, Dr. Julio Cesar Rivera, coordinadora, Graciela Medina, AbeledoPerrot, septiembre de 2012, p. 139.

LASTRA, Mónica M. F. "Bien de familia y protección de la vivienda" *El Derecho*, Diario, tomo 279. Cita digital: ED DCCLXXVII-525

LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis "Algunas reflexiones sobre la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única en la provincia de Buenos Aires: ¿una interpretación constitucional o convencional?". *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de la Plata. Año 17/N 50-2020.

LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis "Algunas reflexiones ..."

LLORET Elsa María del Carmen ARROUY Pedro Luis "Algunas reflexiones ..."

MEDINA, Graciela. "El bien de familia y la quiebra". JA 1987-IV-129.

Por la inconstitucionalidad: Cciv y Com de Azul, Sala II, resolvía Rodríguez y Banco Mayo. Por la constitucionalidad: H.M. c/G.M.A. s/cobro ejecutivo de alquileres” (Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, sala 2) octubre 2015.

SABENE, Sebastián E. “Panorama inicial del régimen jurídico de vivienda contemplado en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”. Cita: MJ-DOC-6299-AR/MJD6299.

SZMUCH, Mario G., “Discursus ...”

Ver para la diferencia entre constitución, afectación, extinción, desafectación y cancelación: SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación” (online), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 917 (jul-sep 2014), 4/2/2015, ap. 15, <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/02/discursus-sobre-el-regimen-de-vivienda-y-la-registracion-de-su-subrogacion-real-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-dinamica-interpretacion-amplia-y-propuestas-para-su-implementacion/>, última consulta: 9-4-23.