

34 JNA

Trigésimo cuarta JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

2023

Tema IV.

AFECTACION A VIVIENDA FAMILIAR.

Coordinadores.

Esc. Gabriel B. VENTURA

Gabrielventura55@gmail.com

Esc. Arnaldo DÁRDANO

escribaniadardano@escribaniadardano.com.ar

Autor:

Escribano Alberto María MIGUENS

albertomiguens@tzm.com.ar

Título:

BARAJAR Y DAR DE NUEVO

PONENCIA.

BARAJA Y DAR DE NUEVO.

En la afectación de un inmueble al régimen de protección de la vivienda no se requiere identificar a los beneficiarios, los cuales no son objeto de registración.

La familia –y sus integrantes, los beneficiarios- es variable, dinámica, vital. Evoluciona y así –evolutiva y cambiante- es protegida por la ley, con sus altas y bajas.

La oponibilidad y subsistencia del régimen protectorio ha de ser considerada al momento del reclamo, del hipotético conflicto, no al momento de la afectación del inmueble al régimen.

La inmediata afectación e inscripción no puede estar condicionada a requisitos o manifestaciones que no exige la ley. (artículo 19 C.N.).

BARAJAR Y DAR DE NUEVO

El código Civil y Comercial de la Nación es un rejunte de buenas intenciones, algunas ejecutadas de manera poco feliz. Ejemplo de ello es el régimen de protección de la vivienda. (en adelante rPV).

Presenta algunas novedades trascendentes frente al antiguo régimen de Bien de Familia. Si bien se sigue protegiendo la vivienda familiar, ahora también se protege –o mejor dicho no se excluye- la vivienda unipersonal.

Como dice Gastón A. Zavala: (1)

“Aquí se protege la vivienda de la familia y no el patrimonio de su titular – constituyente-, ...”

De los escuetos fundamentos de la ley surge que *“El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales.”* (sic). No mucho más. Lo cierto es que es un derecho de rango constitucional, y era injustificada la discriminación que excluía de la protección a quienes no presentaran una familia.

Otra novedad sustantiva es la subrogación real prevista por el artículo 248 CCCN, que permite la sustitución del beneficio protectorio de un bien por otro, (2) manteniendo la antigüedad de la afectación.

Señalan los fundamentos del anteproyecto que

“d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización ...” –

Otro cambio sustancial fue suprimir la inembargabilidad que preveía la Ley de Bien de Familia (en adelante LBF), subsistiendo en el nuevo sistema solo la inejecutabilidad.

Con menor trascendencia sustantiva, podemos señalar que:

- se abandonó el sistema “constitutivo” de la registración del bien de familia, y se volcó el nuevo instituto por el “sistema declarativo”, en consonancia con el resto del sistema registral inmobiliario.
- se incorporaron como créditos oponibles el régimen protectorio las expensas comunes y los créditos alimentarios.

¹ Dr. Gastón A. Zavala. “Sustitución de vivienda. (Interpretación del art. 248 CCyCN sobre la base de casos).”

² Técnicamente, no es que permita sustituir un bien por otro –cosa que nunca estuvo prohibida-, sino que permite transferir la protección reconocida a un inmueble al que lo reemplace como vivienda.

Al comparar los institutos de la Ley 14.394 de Bien de Familia con los del rPV del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), -Capítulo 3. "Vivienda", de la Sección 2. "Bienes con relación a las personas"-, advertimos que el legislador construye la nueva ley por comparación con la antecedente, cambiando el orden de los artículos, actualizando y adecuando detalles (i.e. donde antes hablaba del cónyuge, ahora refiere al cónyuge o al conviviente inscripto).

Así, el art. 244 CCCN reemplaza a los arts. 34 y 45 de la LBF, en cuanto a que el propietario puede afectar una vivienda y que solo puede tenerse un inmueble afectado.

El art. 245 CCCN refiere a los legitimados para afectar, remitiendo a los arts. 43 y 44 de la LBF, que la afectación puede ser solicitada por el titular registral o disponerse por acto de última voluntad.

El art. 246 CCCN sustituye al art. 36 LBF sobre quiénes pueden ser considerados familia o beneficiados; y el art. 247 CCCN apunta a la habitación efectiva del art. 41 de la LBF.

El art. 249 CCCN pivotea sobre el efecto principal de la afectación, cual es tornar al bien inejecutable, reflejo del art. 38 LBF; y el art 250 CCCN suplanta al 37 de la LBF, indicando que no podrá ser enajenado o gravado sin asentimiento, y que no podrá ser objeto de legados o mejoras.

La afectación de los frutos es tratada en el art. 251 CCCN y en el 39 LBF; y la exención de impuestos y tasas en el art. 252 CCCN y en el 40 y 46 LBF.

En ambos textos la ley establece la obligatoriedad de la autoridad de aplicación se asesorar y colaborar, en el art. 253 CCCN y 47 de la LBF; fijando honorarios máximos a percibir por los profesionales en el art. 254 CCCN y el 48 LBF.

Por último, se trata la desafectación y cancelación de la inscripción en el art. 255 CCCN y en el 49 LBF.

Los artículos 42 y 50 LBF, no tienen un correlato en el CCCN ya que son meramente administrativos (autoridad de aplicación y jurisdicción). ⁽³⁾

Básicamente el legislador en el nuevo CCCN no hizo más que adaptar *pari passu* el sistema anterior al nuevo paradigma, incorporando actualizaciones reclamadas por la doctrina y aprobadas por la jurisprudencia.

Interpretación de la ley y su aplicación.

Para interpretar adecuadamente la ley, no podemos señirnos solo a lo que dice la ley – CCCN-, sino que debemos considerar también lo que no dice; y distinguir lo que nunca dijo la LBF, de lo que ya no dice la nueva LPV.

La inercia de la aplicación del rBF ha desnaturalizado el nuevo rPV.

³ Recordemos que la LBF era anterior a la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad.

El artículo 3 de la Ley 26.994 -que sanciona el código Civil y Comercial de la Nación-, entre otras ha derogado la Ley 14.394. La LBF data de 1954, previa en casi 3 lustros a las leyes 17.711 -que modificó entre otros el artículo 2505 del CC- (4) y a la ley 17.801 que reglamentara los registros de la propiedad inmueble a nivel nacional.

Omisión inaceptable. Debemos enfatizar que ninguna norma positiva del CCCN vincula el viejo régimen de Bien de Familia con el régimen de Protección de la Vivienda. Ambos regímenes solo se ven emparentados en los Fundamentos del Anteproyecto, por el sentido común y su identidad ontológica.

El legislador omitió una cláusula esencial: que todos aquellos inmuebles afectados al régimen de Bien de Familia (rBF) debieran considerarse afectados al régimen de Protección de la Vivienda (rPV).

Siendo el beneficio protectorio de excepción (al principio general (5) que todos los bienes del patrimonio constituyen garantía común de los acreedores); y siendo las excepciones de interpretación restrictiva, es una omisión escandalosa no haber aclarado expresamente la subsistencia del beneficio de un régimen al otro.

A pesar de la falta de una norma expresa, ello se dio por sentado. Señala Juan Manuel Sallés (6) -aplicando la vieja “ley del encaje”-, (7) que

“todos los bienes de familia constituidos no han caído ni caducaron en modo alguno, ni menos requieren su confirmación o ratificación a tenor de los arts. 244 a 256 y concordantes del nuevo Código de fondo que hoy nos rige.”

No obstante y a pesar de dar por sentada dicha continuidad de un régimen al otro, -por desgracia- los registros de la propiedad de todo el país, siguieron aplicando por inercia, en forma anómala e inapropiada, los procedimientos del rBF, muchos de los cuales son incompatibles con el nuevo rPV.

“Resulta más que evidente que las normativas provinciales han quedado derogadas ipso facto con la sanción del Código Civil y Comercial.” Señala Juan C Pandiela Molina. (8)

⁴ El artículo 2505 CC refería que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgaría perfeccionada mediante la inscripción en los registros inmobiliarios; y los derechos no serían oponibles a terceros mientras no estuvieran registrados.

⁵ Artículo 240 CCCN.

^{6 6} Del bien de familia a la protección de la vivienda. Juan Manuel Jallés. LL. NOA 2015 (noviembre), 1063. TR LA LEY AR/DOC/3817/2015.

⁷ En España se entiende por “ley del encaje” a aquellas resoluciones de los funcionarios públicos que no tienen más fundamento que “se le encajó en la cabeza”, que algo debía ser así y no de otra forma. Es así porque yo lo digo.

⁸ Juan C. Pandiela Molina. “Dos inmuebles afectados como bien de familia. Procedimiento ¿Desafectación o inoponibilidad? La Ley 16/06/2016, 5 – La Ley 2016 –C, 589. TR LALEY AR/DOC/1746/2016.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se siguió aplicando el Decreto 2080 de 1980 en su versión ordenada de 1999 (en adelante D 2080 /80). Como consecuencia se insiste con la necesidad de acreditar la existencia de una familia -que imponía la LBF- y se exige identificar a los beneficiarios. El D 2080/80 reglamenta el Bien de Familia en el art. 15 y en los artículos 163 a 169 inclusive. (9)

La ley 14.394 de Bien de Familia, exigía para la afectación del inmueble que el constituyente acreditara la existencia de una familia; y correlacionando los artículos 34 y 43 LBF se identificaban a los familiares como beneficiarios.

En base a dicha exigencia legal -hoy inexistente-, el D 2080/80 sigue exigiendo que el documento de afectación contenga la identificación de los (familiares) beneficiarios (inc. e.). En sentido similar, el art. 163 -D 2080 /80- establece que la constitución de bien de familia "**estará condicionada**" a la justificación de la existencia de la familia a la que refiere el art. 36 de la ley 14.394 (inciso a.); y a que el afectante realice una "declaración jurada" (inciso b.) sobre los siguientes extremos:

- *no estar acogido al beneficio* o tener otro en trámite;
- comprometerse al cumplimiento del art. 41 relativo a la *obligatoriedad de habitar el bien*;
- a *indicar los beneficiarios*, consignando edad y estado civil; y,
- a "*convivir con las personas a las que refiere el art. 36*;

El artículo 167 impone otra "condición", cual es que deberá "*acompañarse título de propiedad*" o certificado de instituciones oficiales de crédito.

Interpretamos que, derogada la LBF, debiera entenderse derogadas e inaplicables las normas del D 2080 /80 relativas al rBF. Nada permite aplicar restricciones por analogía, máxime teniendo en cuenta que muchas de las cuales no existen en la ley actual.

Decreto 2080 de 1980.

El D 2080/80, de dudosa legitimidad constitucional durante la vigencia de la LBF 14.394, es absolutamente inaplicable al rPV del CCCN.

El artículo 36 de la ley 14.394 LBF establecía quiénes debían ser considerados familia, condicionando la afectación del inmueble a la existencia de dicha identificación.

El artículo 43 LBF exigía se identificara a los beneficiarios, debiendo consignar nombre, edad, estado civil y parentesco, acreditando el mismo.

El CCCN no prevé para el rPV dichas exigencias.

La LBF establecía que "*el solicitante deberá justificar ... las circunstancias previstas por los artículos ... 36 de esta ley*" -se entiende por familia el propietario, su cónyuge, sus descendientes y ascendientes.

⁹ Capítulo V., "Registro de afectaciones a Regímenes Especiales." - Sección I. "Bien de Familia".

A diferencia de la LBF, el artículo 246 CCCN se limita a establecer que:

“Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes y descendientes”; b) en defecto de ellos ...”-

Vale decir que cuando antes se debía acreditar la existencia de la familia, la designación de beneficiarios y el parentesco que los vinculaba; ahora no hay nada que acreditar, porque los beneficiarios son los que designa la ley.

El D 2080/80 condiciona la afectación e inscripción al rBF a requisitos que hoy la ley (CCCN) no exige para el rPV.

Consecuentemente, por aplicación del artículo 19 de la carta magna -que a nadie se puede exigir lo que la ley no manda, ni ser privado de lo que ella no prohíbe-, dichas exigencias han quedado obsoletas e inaplicables, y debieran entenderse derogadas.

En el mismo sentido, el artículo 41 de la Ley 17.801 establece que

“No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario.”

El art. 34 LBF expresamente establecía cierta delegación legislativa *“según normas que se establecerán reglamentariamente.”* Algo similar prevé el artículo 244 CCCN cuando señala que *“la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales.”*

No obstante, la delegación a la que refiere la ley se limita a establecer *“las formas locales para la afectación”*, mas no para establecer **requisitos supra legales** condicionantes.

Validez del D2080/80. Un decreto del PEN no es una ley en sentido formal. Además. el Ejecutivo Nacional en 1980, ejercía la administración de la Capital Federal (no la legislación); pero en 1999, -post reforma constitucional de 1994-, siendo la Ciudad de Buenos Aires supuestamente "autónoma", no era competencia de la Nación dictar decretos reglamentarios para la Ciudad. ⁽¹⁰⁾

Dejando de lado la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo esta una Jornada Nacional, debemos interpretar la aplicación normativa en las demás demarcaciones.

Si la nueva Ley -en este caso el CCCN- no establece condición alguna para la inmediata afectación del inmueble, ninguna competencia tienen los Registros de la Propiedad para establecer *“requisitos supra legales”*, que condicionen, limiten, traben o restrinjan la inmediata afectación del inmueble al régimen.

¹⁰ Tema discutido si tenemos en cuenta que, a casi 30 años de la reforma constitucional, la *“Ciudad Todavía No Autónoma de Buenos Aires”* no tiene competencia ni jurisdicción sobre su propio registro.

La ley -artículo 244 y siguientes- no exige se identifique familiares o se denuncie beneficiarios, como lo hacía expresamente la LBF.

"Beneficiarios" son las personas que indica la ley (artículo 246: - el propietario constituyente, - su cónyuge o conviviente, - sus ascendientes o descendientes. En defecto de ellos, - los parientes colaterales que convivan con el constituyente).

En forma imperativa señala el artículo 246. *“Son beneficiarios...”*

Cabe definir qué corresponde entender por beneficiarios. Si son los existentes al momento de la afectación, o si -por el contrario- adquirirán dicho carácter los que vayan sobreviniendo en el tiempo. Ya volveremos sobre el particular.

Régimen de oponibilidad.

La ley –CCCN- establece para la protección de la vivienda un régimen de oponibilidad.

El principio general fijado por el artículo 242 CCCN, señala que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores.

Por excepción, no están afectados a dicha garantía aquellos bienes que la ley declara inembargables e inejecutables.

Inmediatamente después la ley pasa a tratar –artículos 244 a 256 CCCN- el régimen de Protección de la Vivienda, el cual constituye primera excepción a la garantía común de los acreedores.

Para que **la afectación** sea inscripta y oponible erga omnes, el único requisito que exige la ley es la voluntad de él o los propietarios. ⁽¹¹⁾

Para **la subsistencia** del régimen y su oponibilidad, la ley requiere la habitación efectiva por el afectante ⁽¹²⁾ o cualquiera de los (demás) beneficiarios. (art. 247 y 255 inc. d. CCCN).

“En este estado es importante aclarar que las causales de inoponibilidad no coinciden con las de desafectación; sus efectos también son diversos;...” según así refiere la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. ⁽¹³⁾

Ninguna norma faculta al Registro de la Propiedad -ni expresa ni tácitamente-, a establecer condiciones que restrinjan, demoren, limiten o impidan la “inmediata” afectación del inmueble al régimen protectorio.

¹¹ Cuando nos referimos a propietarios englobamos al titular registral o a todos los condóminos, sea que se resuelva por actos entre vivos o mortis causa. Por excepción, cuando así lo resuelva el juez.

¹² En caso de condominio cualquiera de ellos, por ser cualquiera de ellos “beneficiarios”.

¹³ Autos “Gómez, Alberto Antonio y otro c/ Sama Explotaciones Agrícolas S.R.L. y otro sobre Ejecutivo”, Expte. N° 21.893 /2013. Fallo del 15/06/2016.

La ley no requiere la existencia de familiares ni más beneficiarios, ya que el propio constituyente (art. 246 CCCN inc. a) es instituido en tal carácter *ministerio legis*, y basta con ello.

El rPV, al igual que el rBF, está destinado a proteger la vivienda familiar. No obstante, permite proteger el derecho a la vivienda unipersonal. En modo alguno debemos ver en ello una incompatibilidad sino una complementariedad.

La interpretación armónica de las normas vigentes lleva a sostener que el carácter de beneficiarios y su existencia habrá de acreditarse, no ante el registro de la propiedad, en oportunidad de afectar el bien; sino -en caso de controversia- ante el juez del conflicto, cuando alguien con interés jurídico (acreedor), solicite la ejecución del inmueble y la consiguiente inoponibilidad del régimen protectorio.

El inciso d) del artículo 255 CCCN es claro:

*"La desafectación y cancelación de la inscripción proceden: ... d) a **instancia** de cualquier interesado o de oficio, **si no subsisten los recaudos** previstos en este Capítulo o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios". (14)*

Es claro que "a instancia de cualquier interesado o de oficio", significa ante el juez de la ejecución, de la sucesión, de la quiebra, o el que fuere competente. Nunca ante el registro de la propiedad.

Más claro aún que **la subsistencia de los recaudos** solo puede verificarse al momento del conflicto.

Una de las características del sistema –tanto en el rBF como con el rPV - es que la inoponibilidad se predica con relación a las deudas posteriores a la afectación; pero en muchos casos, lo determinante no es la deuda misma sino su origen o causa. Debe estarse al hecho generador de la deuda y no al momento de su exigibilidad.

"Quedan al amparo solo aquellas obligaciones asumidas con posterioridad a la afectación, sin que corresponda oponerlo cuando el incumplimiento es posterior a esa fecha, pero han sido contraídas con anterioridad." (15)

Es por ello que no hesitamos en sostener que lo importante no es la afectación en sí, sino la oponibilidad frente al reclamo; y que será el juez quién defina la operatividad de la misma en oportunidad de producirse el conflicto, y no ante el registro de la propiedad al momento de la afectación.

Beneficiarios en el tiempo.

¹⁴ Aclaración redundante la referida al fallecimiento de todos, pues de ella deriva la circunstancia que no subsisten los recaudos de habitabilidad.

¹⁵ Jalles, Juan Manuel. Del bien de familia a la protección de la vivienda.

Beneficiarios son aquellas personas señaladas en el art. 246 CCCN. Familia inmediata: ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente.

A falta de éstos, también lo serán, otros parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente en el inmueble afectado.

Previamente señalamos, se debía definir qué debemos entender por beneficiarios, si los existentes al momento de la afectación o los que fueran sobreviniendo en el tiempo. Indudablemente debe estarse por la segunda alternativa.

La calidad de beneficiarios no depende de manifestación o registro alguno al tiempo de la afectación. Es una circunstancia fáctica cuya subsistencia deberá acreditarse en oportunidad de producirse el reclamo; cuando algún acreedor plantee al juez la inoponibilidad del régimen protectorio frente a su acreencia.

El CCCN no exige que se determine e identifique a los beneficiarios. Interpretar que se debe identificar a los beneficiarios y anotarlos ante el registro, no solo no lo exige la ley, sino que implicaría excluir de la protección a aquellos beneficiarios que no estuvieran denunciados o anotados.

Implicaría descalificar a un futuro cónyuge o conviviente, a los hijos que vayan naciendo con posterioridad, a los padres o nietos que vinieran a habitar el inmueble afectado en el futuro.

No es eso lo que dice la letra de la ley, menos aún el espíritu.

Para afectar un inmueble al régimen de protección de la vivienda basta acreditar la titularidad del afectante sobre el inmueble y exteriorizar la voluntad de afectarlo mediante su inscripción en el registro.

La oponibilidad de la afectación o la subsistencia de la misma será una cuestión de hecho a demostrar ante la autoridad judicial en el eventual e hipotético supuesto que un interesado (acreedor), entendiendo que no subsisten los recaudos previstos por la ley, solicite la ejecución del bien.

Beneficiarios flotantes. Rigoletto.

Por una asociación impropia de ideas, inadecuada, no podemos dejar de vincular la situación de los beneficiarios con el aria principal de la opera "Rigoletto", ⁽¹⁶⁾ cuando señala que

"La donna é mobile, qual piuma al vento ..."

("Las mujeres son volubles, como una pluma en el viento...")-

Es claro que la semejanza o correlación es caprichosa, antojadiza e inapropiada, siquiera como metáfora.

¹⁶ Rigoletto. Giuseppe Verdi.

Pero automáticamente nos lleva a pensar que los beneficiarios del rPV son “*movibles, intercambiables, sustituibles*”; no por voluntad del propietario afectante, sino por circunstancias familiares que acontecen y se van sucediendo. Son beneficiarios los que “sobrevienen”, los que “surgen”; algo así como los créditos de una garantía flotante o las deudas de una cuenta corriente.

A los efectos de considerar quiénes son los beneficiarios, debemos entender que las familias cambian, mutan, evolucionan; como si tuviéramos “beneficiarios flotantes.”-

La familia es un concepto dinámico, vital, evolutivo. i.e. El constituyente puede afectar el inmueble siendo soltero; más tarde se casa o convive, tiene hijos. Algún día, cuando los hijos vuelen y dejen el nido vacío, puede que vengan a habitar el inmueble los abuelos (a casa del hijo) o los nietos (a la casa del abuelo). Pudiera suceder incluso –en cualquiera de estas etapas- que el propietario se divorcie, que inicie una convivencia o contraiga nuevas nupcias.

Todos ellos –descendientes, ascendientes, cónyuges o convivientes- adquirirán el carácter de beneficiarios respecto del inmueble afectado, en el momento de que se trate, en forma automática, sin más trámite.

Incluso en caso de fallecimiento del propietario, continuarán siendo beneficiarios en la medida que habiten el inmueble afectado.

La protección subsistirá, independientemente y a pesar de los cambios que se produzcan en la familia del propietario; en la medida –sí y solo sí- que alguno de los beneficiarios continúe habitando el inmueble.

Enfatizamos: ninguna norma exige se determine quiénes son los beneficiarios al momento de afectar el inmueble. Ninguna norma exige que el cambio o sustitución de los beneficiarios deba ser reflejado en instrumento alguno. Ninguna norma exige que los beneficiarios deban ser anotados en el registro de la propiedad.

La desafectación.

Volvamos al ejemplo del individuo soltero que afecta el inmueble, luego convive o se casa. ¿Requiere asentimiento del cónyuge para desafectarlo? La respuesta no puede ser sino afirmativa, a pesar que el bien sea propio y lo hubiera afectado siendo soltero. La calidad de casado o conviviente será una cuestión de prueba.

El artículo 255 CCCN dice claramente que la desafectación y cancelación proceden a solicitud del constituyente, el cual si está casado requiere el asentimiento del cónyuge; si está en unión convivencial inscripta, del conviviente. La ley no distingue si al momento de la afectación estaba casado o en convivencia.

Por el contrario, imaginemos que siendo casado o estando en convivencia inscripta, el individuo afecta un bien propio. Disuelto el vínculo matrimonial o la convivencia, el/la ex se muda. ¿Requiere asentimiento del ex cónyuge / conviviente o del juez para desafectar el inmueble afectado al rPV, que ya no constituye vivienda del/la ex? La respuesta es negativa.

La foto que debemos mirar es la del momento de la desafectación, no la foto de la afectación.

Por último, analicemos la situación de los hijos. Imaginemos que el afectante, al momento de constituir el beneficio no tenía hijos o solo tenía uno, y que con el tiempo vinieron más. ¿Alguien se animaría a sostener que no invisten el carácter de beneficiarios los hijos no denunciados en la afectación, por ser posteriores a la misma?

Incluso durante la vigencia del Rbf, el Registro se limitaba a publicitar que el inmueble se encuentra afectado al régimen. Nunca fueron objeto de publicidad registral, en la matrícula, quiénes eran los beneficiarios. Solo existían en el instrumento de afectación, porque la LBF lo requería.

En el nuevo rPV, el registro debiera limitarse a publicitar que el inmueble se encuentra afectado; y debiera dejar de requerir se identifiquen beneficiarios, porque la ley ya no lo exige.

Subrogación real y nueva manifestación.

El inmueble puede ser el mismo -u otro en caso de subrogación real-, y en ningún caso será necesaria una manifestación complementaria designando nuevos beneficiarios. La ley no lo exige, tampoco el sentido común.

Durante la vigencia de la LBF –enseñaba Juan José Guardiola- (17) algunos entendieron que en caso de fallecimiento de todos los beneficiarios, al no quedar más que el constituyente, se extinguía el bien de familia; y que, para poder ampararse el propietario en el régimen, debía solicitar una nueva afectación, justificando la existencia de un (nuevo) grupo familiar propio. Considera Guardiola que, a pesar de haber desaparecido la familia, el beneficio subsistía solo con el constituyente (sin nueva manifestación).

La discusión a la que refería Guardiola –relativa al rBF- devino abstracta frente al cristalino texto del inciso d. del artículo 255 CCCN que exige para la desafectación -a instancia de terceros interesados- el fallecimiento del constituyente y de “todos” los beneficiarios, dado que la ley expresamente instituye beneficiario al propietario constituyente.

Embargo e Inejecutabilidad.

¹⁷ Juan José Guardiola. La protección de la vivienda familiar ante el fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes. Temas de Derecho Civil, Personas y Patrimonio. (Junio 2016)

Uno de los cambios sustanciales del nuevo régimen es que el bien afectado ahora puede ser embargado. Lo único que garantiza el beneficio es que no pueda ser ejecutado (inejecutabilidad). Ambas características -inembargabilidad y la inmunidad de ejecución- eran notas distintivas de mayor importancia del rBF. ⁽¹⁸⁾

El régimen de Protección de la Vivienda, garantiza al acreedor que podrá trabar embargo sobre el bien.

Para ejecutar deberá acreditar ante el juez que se dan las circunstancias del artículo 249 – que su crédito es de causa anterior, o que obedece a algunas de las excepciones legalmente previstas para ejecutar-, ⁽¹⁹⁾ o bien, que procede la desafectación y la cancelación de la inscripción por no subsistir los recaudos de afectación en términos de los artículos 247 y 255 CCCN; i.e. que ningún beneficiario cumple con el deber de habitación efectiva.

En definitiva, la protección que brinda el régimen es de oponibilidad frente al reclamo de ejecución.

La inoponibilidad implica que la afectación no tiene implicancias respecto de determinados sujetos (o créditos); la desafectación apareja la cancelación de la afectación beneficiando a los acreedores posteriores, que podrán agredir al bien. Se traba embargo, pero no se podrá ejecutar hasta no acreditar la causal de exclusión del beneficio. ⁽²⁰⁾

Señala Ezequiel Goitía ⁽²¹⁾ que

“Una situación es oponible cuando no se puede ignorarla ni prescindirse de ella, en tanto que es inoponible cuando se puede actuar como si ella no existiera. La inoponibilidad denota la idea de ficción y ajenidad o extraneidad por quién la invoca y supone la existencia de intereses contrapuestos excluyentes entre sí. La inscripción es válida como acto jurídico, pero es ineficaz –no produce sus efectos propios- respecto de determinados acreedores.”

Gabriel Ventura explica: ⁽²²⁾

“Ocurre pues, que hay varios casos en los que el destino de vivienda y su afectación no serán oponibles al acreedor, en razón de lo cual negar prima facie el trámite normal de la medida precautoria, sin brindar la oportunidad al acreedor de probar que no se dieron, - o que no se dan- los extremos que la hacían viable, o que a su respecto la afectación no es

¹⁸ Del bien de familia a la protección de la vivienda. Juan Manuel Jallés. LL. NOA 2015 (noviembre), 1063. TR LA LEY AR/DOC/3817/2015.

¹⁹ i.e. que su crédito tiene causa anterior a la afectación; o que es por expensas comunes, impuestos que graven al inmueble; o con garantía real sobre el inmueble; por construcciones o mejoras en el mismo; u obligaciones alimentarias a cargo del titular.

²⁰ Según fallo citado “Gomez, Alberto Antonio y otro c/ Sama Explotaciones Agrícolas SRL y otro s/ Ejecutivo.”

²¹ Bien de Familia. Aspectos conflictivos. Panorama Jurisprudencial. Ezequiel Goitía. SAJ: DACF 070060.

²² Gabriel B. Ventura. “Afectación de la Vivienda, art. 244, Código Civil y Comercial de la Nación.” RDF 80, 73. TR LA LEY AR/DOC/3734/2017.

oponible, implica una actitud temeraria y un prejuzgamiento respecto del que la autoridad de aplicación no tiene competencia alguna.”

En definitiva, el embargo se traba con intervención de un juez, y será un juez –ese u otro– quién resolverá si el rPV es oponible al reclamo.

Exigencia de Declaraciones Juradas.

Entendemos que, ninguna declaración jurada que hoy –en forma anómala- exige el Registro de la Propiedad, podría impedir, trabar o dilatar los beneficios de la inmediata afectación al régimen.

La reglamentación sigue requiriendo:

- a. Declarar bajo juramento que no tiene otro bien afectado a dicho beneficio o que no tiene otro trámite en curso.

Dicha declaración jurada se opone y contradice la letra del 3º párrafo del artículo 244 del CCCN, que prevé el problema y da la solución:

“Si alguien resultare 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.”

Lo que debiera hacer la autoridad de aplicación, en lugar de exigir declaraciones juradas supra legales, es fijar el plazo de caducidad para que dicho artículo sea operativo.

Pluralidad de inmuebles afectados y la subrogación real.

Resulta interesante analizar el sentido –la razonabilidad- de la norma.

Normalmente uno tiene su vivienda afectada al beneficio. Cuando adquiere una nueva vivienda que reemplace la primera, procura que sea ésta –la nueva- la que cuente con la protección del régimen. Suponiendo que pudiera adquirir la nueva vivienda sin necesidad de vender (y desafectar) la originaria; ésta –la originaria- sería desafectada en oportunidad de su enajenación.

La ley debiera prever que la nueva vivienda, la última, la actual, -la que habita el afectante efectivamente con su familia-, debiera gozar del beneficio protectorio.

No obstante, el legislador de la LBF, con cierto criterio práctico resolvió lo contrario. El art. 45 LBF preveía que, cuando una persona resultase ser propietaria única de dos o más inmuebles afectados al rBF, deberá optar por la subsistencia de uno solo; y que, en caso de no hacerlo, se mantendrá la protección sobre *“la constituida en primer término”*; léase aquella cuya afectación tenía mayor antigüedad.

Esto era absolutamente razonable en un sistema que no reconocía la subrogación real, considerando que la afectación más antigua era oponible a mayor cantidad de obligaciones por abarcar aquellas nacidas en el interín (entre una y otra afectación).

En un sistema que admite la subrogación real, la solución dejó de ser razonable, si tenemos en cuenta que la antigüedad del beneficio se transmite a la vivienda adquirida en sustitución. Lo lógico sería proteger a la nueva vivienda, la última, la actual, la que va a habitar el afectante efectivamente con su familia.-

Ello sin dejar de tener en cuenta el hecho de la habitación efectiva, ya que el propietario podría estar habitando un inmueble y algún beneficiario el otro; en cuyo caso debiera priorizarse el beneficio en el que habita el propietario.

Registración de la subrogación.

Aquí debemos hacer un nuevo paréntesis. Las normas registrales (DTR) señalan que para que se produzca la subrogación real se debe realizar una manifestación en tal sentido; al vender y desafectar el inmueble primeramente afectado, mediante una reserva; y una nueva manifestación de subrogación al adquirir el nuevo inmueble sustituto.

Lo cierto es que el artículo 248 CCCN señala que

“La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada ...” sin requerir manifestación alguna.

Cabe preguntarse si la subrogación real, a la luz de la redacción adoptada, debe considerarse una excepción, o si *contrario sensu* constituye un principio general. La norma no refiere a un tiempo de verbo potencial. No dice que el afectante *podrá subrogar* o que *la afectación podría transmitirse*. De manera taxativa establece que **“La afectación se transmite.”** Pareciera ser que la subrogación se produce *ministerio legis*.

Claro está que para que se produzca la subrogación *ministerio legis*, deberá afectarse la nueva vivienda y desafectarse la anterior. La voluntad del subrogante de tener una protección más amplia en el tiempo debiera presumirse.

Tampoco menciona necesidad alguna de publicitar la subrogación.

Sobre el particular, señala Gastón Zabala: ⁽²³⁾

“El código no impone recaudo alguno que deba cumplirse para hacer operativo el traslado de la afectación a la nueva vivienda.”

Más adelante, refiriéndose a los recaudos exigidos por los diversos registros de la propiedad, aclara:

²³ Dr. Gastón A. Zavala. “Sustitución de vivienda. (Interpretación del art. 248 CCyCN sobre la base de casos).”

*“Estos requisitos de alcance local exceden las atribuciones conferidas por el Código y **ponen en riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda**, porque incumplir con determinadas formalidades registrales podría conllevar la pérdida del manto protectorio interrumpiendo la inmunidad en el acto de reemplazo.”*

Es claro que sería conveniente –de buena técnica- realizar la manifestación expresa de sustitución, al menos en el instrumento de adquisición. El notario debiera calificar y referenciar la subrogación, indicando en la afectación del inmueble sustituto los datos de la afectación originaria.

Sería conveniente también rogar la inscripción; pero se trata de una inscripción no prevista por la ley. Ingresar en la esfera de las registraciones optativas, del inciso b. del artículo 6 de la Ley 17.801:

“quien tuviera interés en asegurar el derecho que se ha de registrar.”

Pero la circunstancia de que fuera conveniente no la convierte en necesaria, ni podría constituirse en una barrera que impidiera su posterior oposición por el afectante frente a un hipotético eventual reclamo.

Cuando no exista dicha manifestación será el juez quien deberán interpretar y aplicar el instituto.

Manifiesta así Gastón Zavala:

“El registrador podría contar con argumentos para observar la inscripción registral ... quién debe decir el derecho es el órgano judicial y eventualmente será el juez quién interprete la disposición normativa y, analizando el caso planteado, pronunciarse de manera razonable y justa, teniendo en consideración el ordenamiento jurídico sin apartarse de las fuentes del derecho (conf. Arts. 1 y 3 CCyCN).”

Otra manifestación superflua

Requiere también la reglamentación que el afectante deba

b. Declarar que convive con las personas designadas en el artículo 36 de la ley 14.394.

Reiteramos que la LBF 14.394 ha sido derogada. También dijimos que no se requiere familia para acceder al beneficio, y que los beneficiarios están determinados *ministerio legis*.

Como anticipáramos, los beneficiarios van y vienen, mutan, evolucionan, se reemplazan. Hoy vivo solo, mañana con mi cónyuge e hijos, y luego dejo el inmueble y el mismo lo habitan mis padres o mis nietos. En la medida que el inmueble afectado sea habitado por

alguno de los beneficiarios del art. 246 CCCN, subsistiendo los recaudos de ley, subsiste el beneficio y su oponibilidad. Ninguna norma exige que registre los cambios.

Ningún juez va a permitir que se ejecute un inmueble afectado al rPV porque el hijo del constituyente que habita el mismo, no fue denunciado beneficiario al registro.

Por ello, reza el artículo 247 CCCN.

"En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos (los beneficiarios) permanezcan en el inmueble."

La subsistencia del régimen protectorio dependerá de la situación fáctica al momento del reclamo, de la prueba que se produzca en el expediente, nunca de lo manifestado al momento de la afectación. Por ello dice el art. 255 CCCN que se cancela la inscripción *"si no subsisten los recaudos."*

La subsistencia de los recaudos y la consiguiente oponibilidad se dirimirá por la situación fáctica y las probanzas que se produzcan en el expediente frente al reclamo por la ejecución del inmueble.

El acreedor deberá probar que su crédito es oponible, por obedecer a alguna de las excepciones legales o bien, por no subsistir los recaudos legales y ser procedente la cancelación de la inscripción; y el propietario deberá probar que el bien afectado es habitado por un beneficiario, acreditando en ese momento el parentesco invocado.

Cabe aquí distinguir: - en el caso de tratarse de los parientes del propietario del inciso a. del art. 246 CCCN (ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente), basta que alguno cualquiera de ellos habite el inmueble.

En el caso de los parientes del inciso b., -en defecto de los del inciso a.-, dichos parientes deberán "convivir con el propietario", (léase en el inmueble) para que se mantenga el recaudo legal.

Si el propietario viviera en otro lado, se estaría incumpliendo el recaudo; en el hipotético supuesto de fallecimiento del propietario, subsistiría la afectación si continúan habitando el inmueble.

Título de propiedad.

Otro requisito condicionante de la afectación según el D 2080/80, es la obligatoriedad de tener que **"acompañar título de propiedad"** o certificación de instituciones bancarias.

No desconocemos la importancia que pudo haber tenido -en otro tiempo- la publicidad cartular. Pero la exigencia del título o de un certificado de institución bancaria choca con la "inmediata afectación" del inmueble al régimen de Protección de la Vivienda. Esta exigencia -acompañar título o certificado- es un requisito que impone el D 2080/80, sin fundamento legal; tal es así que no lo exigen todas las demás demarcaciones.

Si bien el artículo 23 de la ley 17.801 establece que ningún escribano autorizará ciertos actos sin tener el título inscripto a la vista, dicho artículo se circunscribe a actos de constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles; y la afectación al régimen de protección de la vivienda no es uno de ellos.

Más allá que pueda ser un tema discutido o discutible, si la afectación al rPV pueda constituir una modificación del derecho real, nos enrolamos en la tesis que no lo es. El dominio no muta su naturaleza por la afectación al régimen. A todo evento, haberlo tenido a la vista no es lo mismo que tener que acompañarlo.

A nadie escapa que en el país en que vivimos, pretender que una institución oficial de crédito expida una certificación del tenor que pide la reglamentación en un tiempo razonable, es una quimera. Tampoco se justifica demorar la inmediata afectación al rPV por la necesidad de tener que expedir una segunda copia y plancharla; teniendo en cuenta que la misma podrá ser una escritura pública o bien un oficio de un expediente judicial que se pueda encontrar archivado o perdido.

Teniendo el rPV un fundamento constitucional, debiéramos propiciar el *favor negotii*, y proceder a la inmediata registración del inmueble a favor del propietario titular registral.

Circunstancias históricas. Debemos tener en cuenta que la LBF 14.394 fue sancionada en 1954, 14 años antes que las leyes 17.711 y 17.801. Hasta ese momento, la obligación de inscribir los inmuebles en un Registro de la Propiedad era de dudosa constitucionalidad. Además se registraban con el sistema de tomo y folio, no habían matrículas, ni sistemas informáticos aptos para seguir la trazabilidad de los inmuebles. Era poco menos que imposible averiguar con cierta eficacia qué bienes existían registrados a nombre de una persona. El dominio se adquiría por título y modo, y recién se comenzó a considerar su “perfeccionamiento” mediante la registración. En ese marco circunstancial, la publicidad cartular tenía una importancia singular frente a la que hoy se le puede reconocer.

Hoy se puede conocer la titularidad registral en 24 horas, apta para la afectación del bien, sin necesidad de tener que acompañar título alguno como condición para la anotación del inmueble al régimen protectorio.

Se trata, en definitiva, de la prevalencia de derechos. Cual gravita más, si el valor publicidad cartular o el derecho a la vivienda, cuya protección que reconoce la ley a todo propietario. Creemos que debe primar el derecho de afectación de la vivienda por ser este un derecho de rango constitucional. Al final de cuentas, será un juez quién decida frente al caso concreto, si se dan las circunstancias que justifican la oponibilidad frente al reclamo.

La necesidad de acompañar título, que en su momento pudiera haberse visto justificada por circunstancias históricas, ha devenido hoy absolutamente innecesaria, amén de no contar con fundamento normativo suficiente para impedir, trabar o demorar la inmediata afectación.

Necesidades de sustento.

El artículo 34 LBF refería que toda persona puede constituir en “bien de familia” un inmueble de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de *sustento* y vivienda de su familia. Y los frutos indispensables para satisfacer las necesidades de la familia no podían embargarse, según el artículo 39 LBF. El artículo 41 LBF refería a la explotación por cuenta propia del inmueble o la industria en él existente.

Sobre dicha base, algunos sostenían que el inmueble de bien de familia podría ser locado por el titular con el objeto de alquilar una vivienda más pequeña y satisfacer las *necesidades de sustento* con la diferencia.

El nuevo régimen pareciera negar la posibilidad de alquilar la vivienda afectada toda vez que el nuevo régimen solo garantiza la vivienda y no menciona el sustento; a pesar que mantiene la inembargabilidad de los frutos que fueren indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios.

No vemos impedimento alguno para que el propietario o los beneficiarios alquilen parcialmente la vivienda afectada –sus habitaciones- con el objeto de pagar gastos -expensas, impuestos y tasas, mejoras y mantenimiento- del inmueble.

CONCLUSIONES

A esta altura de la exposición podemos resumir lo dicho en algunas conclusiones.

1. Si bien el régimen de Protección de la Vivienda sustituye al régimen de Bien de Familia y muchas de sus ideas fuerza se repiten renovadas, muchas otras han cambiado o directamente han desaparecido.
2. No es apropiado aplicar sin más la normativa reglamentaria del Bien de Familia al régimen de Protección de la Vivienda, sobre todo a los requisitos de afectación del inmueble.
3. Ninguna norma del nuevo régimen (CCCN) autoriza a condicionar la inmediata inscripción a que:
 - a. Se identifiquen a los beneficiarios o se acredite parentesco alguno.
 - b. Se declare (bajo juramento o no) que no se cuenta con otro bien afectado al régimen u otro trámite en curso.
 - c. Se deba acompañar título de propiedad.
4. La ley 14.394 de Bien de Familia ha sido derogada; y las disposiciones que reglamentan su ejercicio, establecidas por el Decreto 2080 /1980 (to 1999) no son aptas ni pueden aplicarse por analogía para restringir o limitar la inmediata inscripción del régimen de Protección de la Vivienda (art. 41 Ley 17.801). Dicha reglamentación, como está redactada, no se adecua a la nueva legislación sustantiva, ni cumple con los requisitos de ley formal que exige el artículo 19 de la Constitución Nacional.
5. Siendo el acceso a una vivienda digna y su protección un derecho humano fundamental de rango constitucional, no se puede condicionar o limitar la inmediata afectación sino con una ley en sentido formal.
6. Son beneficiarios del régimen las personas que designa la ley, sea que existan o no al momento de su afectación. Ninguna norma exige que el constituyente identifique beneficiarios al momento de la afectación; ni limita o restringe la protección de la ley a aquellos beneficiarios que fueran designados y registrados.
7. La subrogación real no requiere registración alguna, ni manifestaciones específicas, previas o concomitantes. La misma se produce *ministerio legis* con la sola afectación de la nueva vivienda y desafectación de la anterior.
8. Tanto en caso de los beneficiarios como en el de subrogación real, no compete al Registro de la Propiedad verificar requisitos y circunstancias que la ley no manda, debiendo limitarse a examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, como refiere el artículo 8 de la Ley 17.801. Será el juez interviniente

en la ejecución quién deberá definir si se ha cumplido los recaudos de afectación y si los mismos subsisten al momento de la ejecución.

9. Se debe hacer “borrón y cuenta nueva” o “barajar y dar de nuevo”, refundando la reglamentación del ejercicio en base a la letra y el espíritu del Código Civil y Comercial de la Nación. Urge abandonar estructuras perimidas del Bien de Familia, que no se adecuan al nuevo instituto de Protección de la Vivienda.
10. La autoridad de aplicación debe asesorar y colaborar con los interesados a fin de concretar los trámites de constitución para la inmediata inscripción del inmueble al régimen de protección.