

34 JNA

Trigésimo cuarta JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

2023

Tema IV.

AFECTION A VIVIENDA FAMILIAR.

Coordinadores.

Esc. Gabriel B. VENTURA

Gabrielventura55@gmail.com

Esc. Arnaldo DÁRDANO

escribiadardano@escribiadardano.com.ar

Autor:

Escribano Alberto María MIGUENS

albertomiguens@tzm.com.ar

Título:

RENUNCIA SIN DESAFECTACIÓN

PONENCIA.

RENUNCIA SIN DESAFECTACIÓN

Se puede renunciar válida y eficazmente a la oponibilidad del régimen de protección de la vivienda en forma expresa por escritura pública, frente a obligaciones especiales, precisas y determinadas, sin necesidad de desafectar el inmueble del régimen de protección de la vivienda.

RENUNCIA SIN DESAFECTACIÓN

Régimen de oponibilidad.

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

El principio general -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 (en adelante Rpv), el cual constituye la 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 expresada en instrumento público. ⁽¹⁾

Para **la subsistencia** del régimen y su oponibilidad, la ley requiere la habitación efectiva por el afectante ⁽²⁾ 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. ⁽³⁾

Renuncia a la oponibilidad sin desafectar el inmueble.

Escribano: quiero salir de garante en el alquiler de mi hijo, pero no quiero desafectar mi casa como bien de familia. ¿se puede?

Cada tanto recibimos consultas de ese tenor y la respuesta -cliché automático- es "no se puede".

El art. 37 de la LBF -hoy derogada- permitía gravar el inmueble con derecho real de hipoteca sin necesidad de desafectarlo; cosa que se ha mantenido en el inciso b) del art. 249 CCCN.

En la medida que se puede desafectar el inmueble del régimen protectorio (i.e. para garantizar el contrato de locación de mi hijo), no se advierte cual sería el impedimento de declarar que el beneficio que acuerda el régimen pudiera renunciarse, de manera tal que no le fuera oponible a un determinado acreedor, crédito u obligación precisa y determinada.

¹ 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.

² En caso de condominio cualquiera de ellos, por ser cualquiera de ellos “beneficiarios”.

³ Autos “Gómez, Alberto Antonio y otro c/ Sama Explotaciones Agrícolas S.R.L. y otro sobre Ejecutivo”, Expte. Nº 21.893 /2013. Fallo del 15/06/2016.

Es un principio general e indiscutido en derecho que, quién puede lo más, puede lo menos. El aludido principio, que se conoce bajo el apotegma jurídico “*qui potest plus, potest minus*”, «consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor -de rango inferior- de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley.»

Debemos tener en cuenta, por un lado, que los derechos reales de garantía pueden garantizar toda clase de obligaciones (art 2187 CCCN); y por otro, que el régimen protectorio no es más que un sistema de oponibilidad e inoponibilidad.

El efecto principal de la afectación al régimen de protección de la vivienda es generar la oponibilidad del régimen frente a ciertos créditos y obligaciones, y la inoponibilidad frente a otros, según su antigüedad y su causa.

Cuando uno se plantea porqué la protección es inoponible a obligaciones con garantía real sobre el inmueble, y es oponible a las mismas obligaciones que no fueran garantizadas con derecho real, tal vez, el motivo dirimente sea que, los inmuebles solo se afectan al régimen protectorio por instrumento público -sea escritura pública o por acta administrativa ante el funcionario del registro, o por orden del juez.-

De la misma forma, los derechos reales de garantía sobre inmuebles, también se constituyen por instrumento público (escritura pública).

Por el principio de paralelismo de las formas, para que una obligación precisa y determinada sea oponible al rPV, se requiere una renuncia a dicha oponibilidad, expresada también en instrumento público (escritura pública).

Es claro también que, para que la renuncia sea válida, se requerirá además. el asentimiento conyugal o del conviviente en todos aquellos casos en que fueren necesarios para la desafectación del inmueble del régimen protectorio.

Lo que intentamos analizar es si existe alguna norma o circunstancia de orden público, que impida al propietario de un inmueble afectado al rPV, renunciar o declarar inoponible la protección del rPV sin necesidad de desafectar el inmueble del régimen protectorio. Si puede renunciar a la oponibilidad frente a una obligación precisa y determinada, sin abrir la puerta a que el inmueble pueda ser agredido por todos.

Interpretamos que ello podría lograrse mediante una declaración actual, condicionada a que se produzca la mora, donde el afectante renuncie a oponer al propietario la inoponibilidad derivada del régimen protectorio, renunciando al mismo frente a ese acreedor u obligación determinados.

Esta alternativa no constituye una desafectación del inmueble del régimen protectorio, quedando la oponibilidad sujeta al incumplimiento de la obligación y acaecimiento de la condición.

El garante, -fiador solidario, liso y llano principal pagador junto con el locatario-, podría, por escritura pública, afianzar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas y sus accesorios, -renunciando o no, a los beneficios de excusión y división-, y a oponer la inejecutabilidad que brinda el rPV.

Resulta indistinto que la locación se instrumente en la misma escritura de fianza o que se formalice por instrumento (privado o público) independiente.

La causa fin de todo este andamiaje jurídico es evitar desafectar el inmueble del rPV o de tener que salir a buscar garantías de otra naturaleza, generalmente de alto costo.

El orden público.

Dijimos al comienzo que la posibilidad de otorgar la garantía sin desafectar el inmueble dependía de que no se viera vulnerando el orden público. Tal vez alguien pudiera considerar que se están alterando privilegios.

Partimos del principio general que los bienes que integran el patrimonio de una persona constituyen la garantía común de sus acreedores (art. 242 CCCN), con excepción de aquellos que la ley declara inembargables o inejecutables.

Señala el art. 2573 CCCN que un privilegio es la calidad que corresponde a un "crédito" de ser pagado con preferencia a otro crédito; y el art. 2574 CCCN que los privilegios resultan exclusivamente de la ley, por lo cual el deudor no podría crear a favor de un determinado acreedor u obligación un derecho a ser pagado con preferencia a otro.

Siguiendo esa línea argumental se podría interpretar que los créditos enumerados en el art. 249 CCCN serían privilegiados, ya que por su naturaleza hacen inoponible el beneficio de la protección de la vivienda; siendo que los créditos comunes, deben soportar la oponibilidad de dicho beneficio.

En definitiva, la desafectación del inmueble del rPV, no hace más que tornar ejecutable un bien que antes no lo era.

No creemos que tal razonamiento pudiera prosperar. La renuncia del propietario garante a oponer al acreedor la inejecutabilidad derivada de la afectación del inmueble al rPV no constituye *per se* una alteración de los privilegios de cobro de los acreedores; y consecuentemente no vulnera el orden público, encontrándose en la esfera de actos disponibles por las personas.

Si considerásemos que ello afecta el orden público, también debiéramos considerar lo mismo cuando esa misma obligación es garantizada con derecho real de garantía, o cuando

se resuelve desafectar el inmueble del régimen para afectarlo a una garantía. Si lo más no afecta el orden público, tampoco debiera hacerlo lo menos.

A todo evento, llegado el caso, será un juez quién deberá aplicar el "convenio de renuncia" una vez que se produzcan las circunstancias referidas (mora). Llegado a dicha instancia, se deberá:

- acreditar que existe la obligación;
- que la misma esté garantizada en escritura pública;
- que esté identificado el inmueble que la garantiza;
- que los garantes o fiadores en forma expresa hubieran renunciado al beneficio del Rpv;
- que se hubiera producido la mora; y,
- que en el proceso el juez, sopesado todos esos extremos, diera luz verde a la ejecución del inmueble.-

A todo evento, cualquier acreedor que creyere tener un crédito privilegiado o se sintiere agraviado por la ejecución de un bien supuestamente inejecutable, podrá presentarse a la ejecución y reclamar se respete su eventual e hipotético privilegio; y será el juez quién, una vez analizadas las circunstancias, permitirá se continúe la ejecución o dispondrá lo que corresponda.-

Ventajas y desventajas.

Cuando uno analiza estos potenciales cambios o enfoques, que no suelen verse en la práctica forense, se pregunta si vale la pena intentar su análisis.

Si lo contrastamos con la necesidad de desafectar el bien del régimen de protección de la vivienda, este procedimiento sería sumamente ventajoso.

Si bien podríamos desafectar el bien y volver a afectarlo una vez otorgada la garantía, dicho proceder genera riesgos, y habilita la ejecución de obligaciones asumidas en el interín, entre una y otra afectación.

Es claro el beneficio que implica para el fiador poder garantizar la obligación sin necesidad de desafectar el inmueble del régimen protectorio. Obligar a un individuo -o presionarlo- a tener que desafectar su vivienda del régimen de protección de la vivienda, cuando puede renunciar a la oponibilidad frente a una obligación determinada, no parece razonable.

Otros créditos.

En esa línea argumental, alguien podrá sostener que, si permitiéramos garantizar de esa forma un simple alquiler, debiéramos permitir garantizar toda clase de obligaciones.

De hecho, si las garantías reales pueden constituirse sobre cualquier tipo de obligación, pura y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, de hacer o de no hacer, como refiere

el art. 2187 CCCN, no se percibe razón alguna para prohibir que se pueda renunciar libremente a la oponibilidad del rPV para garantizar cualquiera de dichas obligaciones.

Si bien todo acreedor podría exigir a sus obligados que renuncien con antelación a la inoponibilidad que brinda el régimen de protección de la vivienda, creemos que son pocos los casos de la vida diaria donde se piden garantías personales que incluyan la determinación de inmuebles en el patrimonio del garante y se verifique que los mismos no están afectados al régimen de protección de la vivienda. Normalmente los fiadores garantizan con su patrimonio en forma genérica.

La práctica consuetudinaria de las locaciones es, en cierto sentido, un oximoron, que no se replica en otros contratos. Cuando uno afianza o garantiza una deuda con su patrimonio, poco sentido tiene que exhiba un bien particular, que acredite su titularidad, y se comprometa a no enajenarlo o gravarlo -siendo ésto una obligación de dudosa legalidad-, ⁽⁴⁾ y que se comprometa -en su caso- a sustituirlo por una garantía *ad gustum* del locador.

La costumbre pareciera ser más una deformación patológica que obedecer a una causa real; y no suele replicarse en otros ámbitos contractuales.

⁴ Prohibida en el Código de Vélez Sarsfield, art. 1364 CC