

XXXIV° JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

**Mar del Plata Provincia de Buenos Aires
3, 4 y 5 de mayo de 2023**

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

PRINCIPIO DE UNICIDAD

PRINCIPIO DE MISMIDAD

TEMA IV – “AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR

Coordinadores: Esc. Gabriel VENTURA.

Esc. Arnaldo DARDANO.

Autor: Esc Augusto Luis Piccon
Email: apiccon@hotmail.com
Te 03547-421178

PONENCIAS

-Se destacan en el Régimen de Vivienda los principios de Voluntariedad, Unicidad y Mismidad, que se pueden extraer de la normativa, del estudio en torno a la misma y principalmente de los fundamentos que dan lugar a la protección de la vivienda.

- Principio de voluntariedad: La afectación al régimen de vivienda es voluntaria, con las excepciones expresamente previstas en la ley

- Debe interpretarse el párrafo final del Art. 245, que establece la afectación por orden judicial, cuando se atribuye la vivienda en un juicio de divorcio o cuando hay conclusión de la convivencia, en conjunto con los artículos 444 y 526, ya que es todo un solo mecanismo de protección de la vivienda.

- La voluntariedad en el último párrafo del Art 245, está dada por la solicitud de la atribución de la vivienda, que implica también su afectación. Porque para lograr los efectos deseados contra terceros se necesita de la afectación, y esta está impuesta como un mandato legal a cumplir por el juez.

-Principio de Unicidad: La vivienda es una y no es posible afectar una parte indivisa.

- El condómino o cotitular de otro derecho real susceptible de afectación, puede ser titular de dos o más inmuebles afectados al régimen

-Principio de Mismidad: Se entiende que la vivienda es la misma aunque pueda cambiar el sustrato material o físico donde se asienta.

- El nuevo régimen cambió la noción de vivienda que estábamos manejando. No es un objeto, estático y permanente. El concepto de vivienda, trasciende al inmueble donde originalmente es establecida, es un concepto más etéreo, que permite el cambio y el traslado con el sujeto. Por eso podemos decir que no hay una nueva

vivienda, sino que es la misma vivienda, pero con una configuración física diferente o en un lugar físico diferente.

-La movilidad de la vivienda es indispensable para lograr la protección de otros derechos humanos, como progresos o cambios en su trabajo, situaciones familiares, cambios en el entorno que hacen peligrar la salud (con un concepto amplio de la misma), etc.

-Se permite que esta vivienda cambie en algún aspecto, y como es la misma continúa protegiéndola en todo el iter de cambio hasta la nueva situación a la que llega, siempre por el todo como una única entidad. (Principio de unicidad y mismidad)

- Cuando el propietario subrogante (o sea con una afectación anterior) adquiere en condominio con otro no subrogante, la afectación protege la vivienda de ambos en forma total y no por una parte de su valor. La solución contraria sería una inconsistencia del sistema, porque posibilitaría dos afectaciones distintas, de distintas fechas, cuando en realidad la misma ley, si hay condóminos no lo permite.

- Se necesita la reserva expresa para la subrogación aun en el caso de permuta, por el principio de voluntariedad.

-No es necesaria la desafectación para la transmisión del inmueble, ella se da tácitamente ante la no reserva de subrogación.

-Puede interpretarse claramente que la ley permite la sustitución del inmueble afectado a vivienda por otra ya existente en el patrimonio del propietario.

Sumario

INTRODUCCIÓN

Derecho a la vivienda - Derecho humano -

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

1) AFECTACIÓN VOLUNTARIA Y JUDICIAL

- a) Legitimación para otorgar el acto de afectación
- b) Usufructo, Uso, Superficie.

PRINCIPIO DE UNICIDAD

- C) Condóminos
- d) Dos Inmuebles una sola vivienda

PRINCIPIO DE MISMIIDAD

2) SUBROGACIÓN REAL

- a) Fundamento
- b) Regulación de la Subrogación real
- c) Límites a la Subrogación - LIMITE DEL VALOR - LIMITE EN EL TIEMPO
- d) Reserva (Conexión del principio de mismidad con el principio de voluntariedad)
- e) Reserva y Cancelación tácita
- f) Trazabilidad
- g) Sustitución en otro inmueble ya existente en el patrimonio
- h) La subsistencia
- i) Unión, anexión o subdivisión

PALABRAS FINALES

INTRODUCCIÓN

Derecho a la vivienda - Derecho humano -

Es importante ver de dónde viene este Régimen de Vivienda que vamos a estudiar, analizar y desmenuzar en estas jornadas, no solo en cuanto a su origen histórico, sino en cuanto a su fundamento jurídico, o sea la raíz que sostiene su existencia. Y por ello no podemos dejar de tener presente, aquí el derecho a la

vivienda, que es un derecho humano, y como todo derecho humano busca la dignidad del hombre, pero además este derecho humano, tiene cierta jerarquía, pues es un derecho base para otros derechos.

El derecho a la vivienda es “un derecho humano que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, ... lo que pone de resalto que resulta indivisible respecto de todos los demás derechos y esencial para un enfoque que toma como base la dignidad, la igualdad y la seguridad de las personas.”¹

“Pero debe remarcarse que, aunque hoy concibamos como natural la idea de tutelar la vivienda como uno de los elementos esenciales en la vida del hombre, en verdad la necesidad de su protección plasmada en la legislación de derecho privado, de manera eficiente y directa, es relativamente reciente. Como bien expresa Kemelmajer, la vivienda en sí, como base material de la vida humana, que da cobijo y protección física, frente a los riesgos de la intemperie, recién comienza a verse reflejada en el ámbito del derecho privado, en la segunda mitad del siglo pasado”².

Sin embargo hoy cuando hablamos del derecho a la vivienda, no nos referimos a este concepto de vivienda básico, sino un concepto más amplio. En cuanto lo concebimos como un derecho humano base, lo relacionamos con los otros derechos humanos, porque ese es el espacio para que el hombre pueda desarrollar su vida íntima, y también atender a las exigencias de la vida de relación, poder lograr una salud física y psicológica, espacio vital íntimo en donde se desarrolla el ser humano, es decir, el ámbito donde se transmiten las pautas culturales. Aquí es importante que recordemos que la definición amplia de salud adoptada por la OMS en 1946, según la cual, ésta no debe ser entendida como la mera ausencia de enfermedad sino como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social de los individuos.

¹“La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana”

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10765/1/afectacion-vivienda-expresion-dignidad.pdf>

²VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

“Salomón destaca que la protección constitucional de la vivienda familiar busca preservar el deber de asistencia entre los miembros de la familia, promover la estabilidad y cohesión entre sus integrantes, y resguardar la protección económica y jurídica del grupo familiar”.³

Nuestra antigua carta magna no poseía un precepto en relación a la vivienda, sino que en 1949, durante la presidencia del Gral. Juan Domingo Perón, se reformó la constitución de 1853 incorporando ciertos derechos sociales “En esa época se hacía notar el auge del Constitucionalismo Social que ganaba terreno en todas o la mayoría de los pueblos, impregnando sus principios en las normativas constitucionales de los Estados y Argentina no fue ajena a esa influencia”⁴

“El constitucionalismo social surge en la primera posguerra del siglo XX, encuentra expresión en la constitución de México de 1917 y cobra ejemplaridad universal cuando lo difunde la constitución alemana de Weimar de 1919... y se maneja con una pluralidad de lineamientos tales como:

a) inclusión en las constituciones formales de una declaración de derechos "sociales" y "económicos", que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, etc.;

b) Regulaciones en torno de la llamada cuestión social, que se refiere a: b') la situación del hombre en función del trabajo; b") las relaciones entre capital y trabajo, clases sociales y factores de producción, empleadores y trabajadores, sindicatos y estado.

³ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP “LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES”, citando a Salomón, SALOMON, M.J.: “Bien de familia y derecho sucesorio: reflexiones desde la constitución nacional”, p. 393. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011-1. Bien de Familia. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.

⁴Zaragoza, M. M. (2016). Historia, evolución y actualidad de los derechos sociales [en línea] Documento inédito. Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho. . Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/historia-evolucion-derechos-sociales.pdf>

.... se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos”.⁵

Hay claramente dos etapas bien diferenciadas, mientras que en la primera, el constitucionalismo clásico, marcaba claramente la necesidad de derechos individuales, en esta segunda etapa, el constitucionalismo social, incorpora una nueva categoría de derechos, mencionados en la doctrina entonces como "de segunda generación" que son los sociales, incorporando en la normativa constitucional cláusulas de tipo económico, social y cultural.

Pero lo más importante, es destacar que la incorporación de estos derechos de segunda generación, cambia claramente la concepción del Estado, “Estos contenidos de tipo social incorporados progresivamente... llevará de a poco ... a la concesión de un nuevo papel para el Estado: **una relación diferente entre derecho y economía**. Este fenómeno se produce como resultado de lo sucedido a partir del industrialismo y de sus consecuencias, que produce realidades que eran totalmente desconocidas en el siglo XVIII y principios del XIX. Es así como surge la necesidad imperiosa de proteger a determinados grupos vulnerables por su condición social, franja etaria (niños, ancianos), género (consideración de la maternidad), posición desventajosa (discapacidad), entre otras situaciones que requieren de una asistencia particular, sólo destinada a esos sectores, a diferencia de lo que ocurren en el terreno de los derechos individuales, que son conferidos a todas las personas por igual.”⁶

Si bien esa constitución de 1949 no duró muchos años ya que bajo el gobierno de facto del Gral. Aramburu, se decidió derogar la reforma anterior, o sea la de 1949 y por medio “...de la proclama del 27 de abril de 1956 especificaba: “Declarar vigente la Constitución Nacional sancionada en 1853, con las reformas de

⁵GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán “El derecho humano a una vivienda adecuada” Marzo de 2013 "La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAIJ: DACF170395

⁶GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán “El derecho humano a una vivienda adecuada” Marzo de 2013 "La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAIJ: DACF170395

1860, 1866, 1898 y exclusión de la de 1949...” pero “...no obstante el desconocimiento y desdén a la reforma de 1949, se incorporó el artículo 14 bis a la Constitución, manteniendo en cierta manera la performance social que se había aportado en la reforma anterior”⁷

Hay que remarcar que “El derecho a la vivienda se lo incluye en las declaraciones internacionales de derechos del hombre (Declaración Universal de los Derechos del Hombre -arts. 16 a 25-; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -art. 5°_ ; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -art, 3°_ ; Convención sobre los Derechos del Niño -art, 27, inc. 3°_ ; Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 26-)”⁸ Todos pactos ratificados por nuestro estado y que en virtud de nuestra actual constitución forman parte de la Carta Magna.

La Constitución de la Nación Argentina en su articulado 14 bis dice que: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del **bien de familia**; la compensación económica familiar y el **acceso a una vivienda digna**.

Un antecedente que menciona Kemelmajer es la figura del HOMESTEAD “expresión que los portorriqueños traducen como hogar seguro y es definida en el diccionario legal Black’s como el derecho sobre propiedad inmueble, creado por la ley para proteger la posesión y el disfrute de su dueño contra reclamaciones de sus acreedores mediante el retiro de la propiedad de la ejecución y venta forzada,

⁷“Zaragoza, M. M. (2016). Historia, evolución y actualidad de los derechos sociales [en línea] Documento inédito. .Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho. . Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/historia-evolucion-derechos-sociales.pdf>

⁸ABELLA, Adriana N. y SABENE Sebastián, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado, Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo 1 ASTREA FEN 2015.

siempre y cuando la propiedad sea utilizada para vivienda. Existe la creencia popular de que esta figura jurídica fue creada por Abrahán Lincoln en 1862, sin embargo según ciertos autores, su origen se remonta a 1820 cuando el gobierno federal norteamericano comenzó a ceder las tierras públicas bajo ciertas condiciones a los colonos que las ocupaban y las cultivaban. La primera ley sobre el homestead se promulgó en Texas, en 1839 y luego se incorporó a la constitución de ese estado en 1845".⁹

Ahora, si bien no podemos dejar de mencionar este antecedente, más teniendo en cuenta el prestigio de su autora, y la calidad de su trabajo. Entiendo que más importante es ver la raíz en la evolución de nuestro derecho constitucional, porque aunque esas ideas hayan ayudado al legislador para ver cómo dar cabida práctica a ciertos derechos, en realidad lo importante es que este vio la necesidad de incorporar ciertos derechos para lograr la dignidad del hombre, que los derechos individuales no conseguían del todo.

Volviendo a nuestra Constitución y la incorporación de este artículo 14 bis, tenemos que decir que, el legislador sabía que en lo práctico, esto no bastaba. Más allá de la discusión acerca de si una norma es operativa o programática, muchas veces no basta que un derecho está establecido en la constitución de un país, para lograr su efectivo goce, sino que para la eficacia del precepto se necesita de un desarrollo legislativo que determine más precisamente el mecanismo concreto de protección, estableciendo claramente su contenido, y la manera fáctica de acceder y gozar a la prerrogativa legal. Por esa razón, y en ese marco, del auge del constitucionalismo social, y con la constitución de 1949 vigente, se dicta una norma para hacer efectivo ese derecho a la protección de la vivienda familiar, la ley 14394 de protección al Bien de familia sancionada el 22/12/54.

El régimen de vivienda que vamos a analizar hoy, indudablemente tiene su raíz en este régimen de bien de familia, y eso también no podemos dejar de tenerlo en cuenta al exponer hoy nuestras ideas. Vamos a analizar y ver que operativamente el mecanismo para su afectación es muy similar y la protección que

⁹KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, "Protección jurídica de la vivienda familiar" Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995.

brinda también, aunque más amplia, porque no es necesario ya la existencia de una familia, o sea va de lleno a proteger el derecho a la vivienda de cualquier persona, independientemente de que posea o no una familia, sin embargo sigue teniendo conexión con la familia, a través de la institución de los beneficiarios de dicha afectación, de la exigencia del Art 250 para la conformidad en caso de disposición del inmueble afectado por parte del cónyuge, o las limitaciones testamentarias que tiene el afectante. Como dice Zavala “... también sienta las bases inquebrantables para que esa persona que adquirió su vivienda, pueda protegerla y conservarla (derecho sobre la vivienda); derecho subjetivo que se expande en cuanto a su beneficio y legitimación a cada uno de los integrantes del grupo familiar (denominados beneficiarios dentro del régimen de vivienda)”.¹⁰

“El artículo 3º Ley 26994 derogó la Ley 14394, que regulaba el instituto del bien de familia en su capítulo V. Esta circunstancia no desvaneció una situación de hecho ineludible: aún existen inmuebles afectados a dicho régimen. En los fundamentos del anteproyecto del CCyC, se establece que el actual régimen sustituye al anterior con las modificaciones que se introdujeron.... La protección no se extingue de pleno derecho porque implicaría la aplicación retroactiva de la ley. Tampoco puede subsistir en todos sus aspectos porque resultaría en la ultra actividad de la norma. Cuando el inmueble afectado al régimen de bien de familia cumpla con los requisitos que exige el CCyC para su afectación al régimen de vivienda actual, puede beneficiarse de la protección y sus efectos”¹¹.

Podemos afirmar claramente y según entiende la mayor parte de la doctrina, que el régimen de vivienda, es parte de la privatización del derecho de raigambre constitucional a la vivienda, por supuesto un aspecto de este derecho humano, porque lógicamente no comprende el acceder a la misma, sino que una vez obtenido este derecho le sea protegido, de nada serviría que el Estado pusiera todo su

¹⁰ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP “LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES”, citando a Salomón, SALOMON, M.J.: “Bien de familia y derecho sucesorio: reflexiones desde la constitución nacional”, p. 393. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011-1. Bien de Familia. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.

¹¹CHEJANOVICH - Ian Nicolás ”Régimen de vivienda (bien de familia)” Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020).

empeño en lograr que la persona pueda conseguir una vivienda y luego le sea fácilmente arrebatada. Como dijo Marisa Herrera “Finalmente, la protección de los derechos humanos ingresa de lleno en el ámbito del derecho privado. Sin lugar a dudas, la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales: ¿de qué sirve garantizar, por ejemplo, el derecho al desarrollo de la personalidad si su titular ni siquiera tiene un hábitat digno para llevar adelante su existencia?”¹²

Sin embargo, la protección de la vivienda y su íntima relación a la base de toda sociedad, que es la familia, o sea la vivienda familiar no tiene solo una normativa particular, sino que está dispersa en varias normas de nuestro derecho privado además de esta afectación al régimen, por eso nos gusta la idea de hablar de la transversalidad de la figura, como dice el Dr. Bono. Él en su trabajo hace un análisis exhaustivo, de distintos institutos diseminados por el Código Civil y Comercial donde podemos ver la intención del legislador de proteger el derecho a la vivienda y que también es útil tener en cuenta para analizar e interpretar las normas que hoy estamos estudiando. Como la exclusión de la garantía común de los acreedores de la vivienda familiar¹³, la inejecutabilidad del derecho real de habitación, la exigencia del asentimiento conyugal o convivencial para disponer de los derechos sobre a vivienda familiar, la prohibición específica prevista en el Art 459 para otorgar un apoderamiento al cónyuge para dar ese asentimiento (en el caso del Art 456), contemplar que dentro de la obligación alimentaria se incluye el deber de proveer de una solución habitacional, en fin, solo a manera de ejemplo dejamos aquí la lista, y remitimos al trabajo del autor para analizar todos los supuestos. Lo importante como dijimos al comienzo del párrafo, es tener en cuenta que el régimen de vivienda no está solo para proteger este derecho, hay toda una normativa diseminada por el Código y es necesario tener en cuenta para interpretarla en conjunto.

¹²HERRERA, Marisa y PELLEGRINI María Victoria, “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”,

¹³“Conforme las previsiones del Código Civil y Comercial, a partir de la celebración del matrimonio, o desde el momento de la inscripción de la unión convivencial, la vivienda familiar no puede ser ejecutada salvo que se trate de deudas contraídas por ambos miembros de la pareja o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 -tercer párrafo- y 522 -tercer párrafo-, CCC)”, BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

1) AFECTACIÓN VOLUNTARIA Y JUDICIAL

En principio la afectación al régimen de vivienda tiene que ser voluntario “El legislador no sustrae de la garantía el bien tutelado por imposición, sino que, como regla general, hay una voluntad de su propietario directamente encaminada a lograr ese beneficio... Debe tenerse presente que sacar del ámbito de la garantía de los acreedores una parte importante del patrimonio de un sujeto, y de manera imperativa, impuesta por la ley, lejos de beneficiar al deudor, disminuye su solvencia patrimonial, amén de chocar de plano con la Constitución Nacional (art. 17). La función de garantía de los bienes, incluida la vivienda, constituye parte de las prerrogativas que brinda el derecho real de dominio a sus titulares (art. 242 CCC)”¹⁴ Remarcamos que la misma ley, comienza diciendo en el artículo 244 “puede afectarse”.

Por eso entre las muchas críticas que se hicieron al Art 58 de la Constitución provincial de Córdoba y su ley reglamentaria 8067¹⁵, que establecía la inembargabilidad de la vivienda única, era el que este dispositivo legal no precisaba de la voluntad del sujeto para excluir a la vivienda única como parte del patrimonio que era garantía común de todo acreedor, de prepo la ley lo dejaba al sujeto sin este bien, muchas veces el más importante que tenía, y como bien criticaba Ventura con relación a esta ley provincial, no es lógico establecer un derecho constitucional, que por el ámbito donde se establece es de orden público, y la ley luego le dé la posibilidad a renunciar a ese derecho.

¹⁴VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

¹⁵Más allá de que Jurisprudencialmente a sido tachada de inconstitucional porque incursiona en materia propia de la ley nacional. Se hacen muchas críticas como las que menciona el Escribano Ventura “colocar en igualdad de condiciones a dos institutos entre si, como son la vivienda única con sus particularidades y el régimen de bien de familia. Otro error grave, es el que se refiere a la automaticidad de la inscripción como bien de familia a partir de la entrada en vigencia de la ley... si sabemos que la norma constitucional es de orden público, con el efecto de ser irrenunciable, nos encontramos con que se dispone su renuncia siempre que se cumplan condiciones establecidas en el reglamento.... Al poner el legislador " la inembargabilidad ", pensó erróneamente que la medida cautelar no ingresaría al Registro, y ello no es así, entonces, en el supuesto de una vivienda única y cumplimentado lo que la ley exige, encontrándose aún embargada, no puede ejecutarse en subasta pública.” (artículo de 3 de Octubre de 1991, REVISTA SEMANARIO JURIDICO Nro. 857, pág. 259) y como dice María Pia Bertilotti “Con tan desprolija reglamentación las consecuencias prácticas resultan nefastas, entre ellas por ejemplo, que las personas no afectan al régimen de bien de familia sus propiedades creyendo que se encuentran protegidos por los preceptos provinciales.”

Hay dos formas o procedimientos para que esta voluntad logre la afectación, una de tipo administrativo, ante el Registro General de la provincia que es también la autoridad de aplicación en este caso de esta ley, o por instrumento público notarial o sea por escritura pública.

Si bien la regla es la afectación voluntaria, también tenemos excepciones a la regla, que hay que interpretarlas como tales. En este caso la ley establece la posibilidad de que la afectación sea ordenada judicialmente en contra de la voluntad del propietario. Sin embargo, vamos también a ver que la excepción no es tan excepción a veces.

ARTÍCULO 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.*

Los primeros supuestos de afectación judicial son en el ámbito sucesorio, cuando la voluntad es del testador, y los beneficiarios lo solicitan. Allí podríamos decir que es también voluntario, o doblemente voluntario, y la excepción no es excepción, porque parecería que si no existió la voluntad del testador no se podría solicitar, y a su vez si existió la voluntad del testador pero los beneficiarios no la solicitan al juez no cabría la afectación.

Sin embargo hay que destacar que no es un supuesto innecesario, lo primero que pensamos es relacionar a los beneficiarios con los herederos, y estos podrían solicitarla por tracto abreviado. Pero aquí hay que hacer varias aclaraciones, en primer lugar que el conviviente que es uno de los beneficiarios, no es un heredero, salvo que el testador lo instituya como tal, y en este caso se amplían los supuestos.

Además porque no sería necesario la solicitud de todos ellos sino de alguno o algunos, a diferencia de la afectación cuando es por tracto abreviado, en la que lógicamente (al igual que en el supuesto del condominio o cualquier otra copropiedad) la afectación deberían solicitarla todos los herederos. Allí vemos más clara la excepción a la voluntariedad, porque algunos beneficiarios podrían estar en contra de la misma, y aún así el juez ordenarla.

También con respecto a este párrafo, cabe otra acotación, y es que podría interpretarse el término beneficiario de dos maneras distintas, una es tomar la definición que da este capítulo 3 del libro primero del Código, pero también podemos entenderlo, como un beneficiario como lo hace en el Título XI del libro quinto del Código, sobre sucesiones testamentarias, porque la norma está regulando en relación a un testamento, podría referirse a cualquier beneficiario de él, aunque no sea uno de los establecidos por este Régimen de vivienda, y allí el supuesto es mucho más amplio. No dudo de que el juez pueda en este caso también a solicitud de unos de ellos, y ante la voluntad del testador, ordenar su inscripción. Más teniendo en cuenta de que esta sería una situación transitoria hasta lograr la partición de los bienes.

Siempre la norma parte del supuesto de la voluntariedad del testador, que se completa por la voluntariedad de algún beneficiario, o la ley menciona la posibilidad de que lo solicite también el Ministerio público y hasta da la posibilidad de establecerlo de oficio por el mismo juez si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Ahora nosotros entendemos que la ley debería haber sido más amplia en este último supuesto, porque no deberíamos necesitar siempre la voluntad del testador, aquí la ley debería haber prescindido de ella, o sea en cualquier proceso sucesorio debería permitirse al juez ordenarla de oficio cuando hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La última parte del 245 hace referencia a otra afectación por orden judicial, cuando se atribuye la vivienda en un juicio de divorcio o cuando hay conclusión de la convivencia. El supuesto parecería ser una afectación por decisión judicial a petición de parte y solo si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, pero no lo entendemos así al supuesto. Entendemos que hay que combinarlo con el análisis de los Art 444 y 526. Es más claro en esto el Art 444 porque allí vemos que lo que

decide el juez a pedido de parte, es la atribución de la vivienda, no la afectación o no del inmueble, pero luego para lograr los efectos deseados por la ley con esta atribución contra terceros se necesita la afectación al régimen, y lo impone como un mandato legal a cumplir “La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral”.

Como sabemos no hay una inscripción de inmueble como vivienda atribuida, ni están establecidas reglas que regulen sus efectos, por lo tanto el legislador no ha querido otra cosa que establecer los efectos del régimen de vivienda. Allí no hay una solicitud de parte de afectar, hay una solicitud de parte de que le sea atribuida la vivienda familiar, y el juez por consecuencia debe ordenar la inscripción de la afectación a vivienda para lograr los efectos establecidos en la ley. La voluntad está dada por la solicitud de la atribución de vivienda, y lo demás viene como necesariamente añadido, para que sea protegida con los alcances que busca la ley.

En el mismo sentido Ventura dice que “No nos quedan dudas pues, que ese “efecto respecto de terceros” aludido en la parte final del primer párrafo del art. 444, apunta a la afectación a vivienda de lo que fue sede del hogar. Es decir que, además de atribuirse al cónyuge el derecho a la vivienda, en los casos en que corresponda, esa especial asistencia si el beneficiado lo solicitare, podría ir acompañada de la afectación prevista en el art. 244, motivo de nuestro análisis, para tutelar también ese destino frente a toda la comunidad” y es lógico que la ley le de esta posibilidad al “atribuido”, porque el mismo no va a ser un “titular registral de derecho real alguno sobre el inmueble”.

Se puede entender que de la combinación de ambas normas y por el principio de que la afectación debe ser voluntaria, es necesaria la solicitud de parte para afectar a vivienda. Pero esto es en principio, yo entiendo que el juez no puede esperar esta solicitud de afectación al Régimen, porque al establecer la atribución de la vivienda al cónyuge no propietario, debe necesariamente ir de la mano de su publicidad, para conocimiento de terceros, sino quedaría a la merced de maniobras del propietario para eludir esa atribución. Y como no hay una regulación específica de la atribución y los efectos que la ley menciona son los de la afectación a vivienda, es necesario que el juez ordene la misma, no le queda otra si busca esos efectos, de lo contrario no lo va a conseguir.

Tampoco entendemos como necesario que haya beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, quizás quedó mal redactado el artículo y quiso darle la posibilidad de la decisión de afectarla de oficio, como en el supuesto anterior. Entiendo que no es necesaria la exigencia de beneficiario incapaces o de capacidad restringida para lograr realmente que la atribución de la vivienda no quede desdibujada por las deudas del cónyuge o de la pareja titular o mejor dicho propietaria del inmueble a quien no se atribuyó el mismo. Además porque varios son los supuestos de atribución de la vivienda que no involucran incapaces, y aún así pueden buscarse los efectos del 444 como que no se pueda vender la vivienda sin acuerdo de ambos.

a) Legitimación para otorgar el acto de afectación

Dejando ya de lado la afectación judicial, veamos en la afectación voluntaria quienes son los que pueden solicitarla. El Código Civil y Comercial en el Art 245 habla del “TITULAR REGISTRAL” lo cual ha sido criticado por la doctrina, por diversas razones. Lo primero que es evidente al estudiar toda la normativa es que quien afecta no necesita estar registrado como titular de un derecho, pues la ley misma permite al momento de adquirir un derecho de propiedad, afectar en el mismo acto el inmueble al régimen, no solo por una aplicación de la ley registral y el tracto abreviado del art 16 (por actos simultáneos), sino también por la sustitución de la afectación del art 248. Ahora lo más grave de la norma al poner el énfasis en lo registral, como bien dice Ventura “... pareciera pasar por alto que la registración de inmuebles es declarativa y no constitutiva, con lo cual pretender que el solo titular registral pudiera afectar, implica desconocer la dinámica constitutiva de los derechos reales”¹⁶

Con la sola exigencia de la titularidad Registral, además nos quedamos cortos, porque no podemos pensar que se trate de cualquier titularidad registral, a la vista nos chocaría plantearnos que un titular del derecho real de hipoteca, por más que sea un titular registral no podría afectar ese inmueble al régimen. Pero aunque resulte obvio que el titular de un derecho de dominio lo pueda afectar al inmueble, y

¹⁶VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

lo podamos explicar a este porque el art 244 exige la unanimidad de los condóminos para afectar al régimen, o sea si pueden todos con más razón el titular de dominio único. También podemos decir que no lo dijo la ley y no queda claro que este titular registral sea el único, ¿podrá el titular de otro derecho real hacerlo?

De todas maneras si bien en varios pasajes habla de titular registral, también habla como en la ley de bien de familia en algunos pasajes del “**propietario** intelección que encuentra apoyo en las expresiones de los arts. 246 “inc. a” (donde se alude al propietario constituyente), y 249 (en cuanto esta norma prevé que si el inmueble se subasta, el remanente se entrega al propietario) del mismo cuerpo legal”¹⁷ y con este término, que le gusta utilizar a Ventura, pareciera que entiende que es alguien más que el solo titular de dominio el que puede hacerlo.

Nos parece correcta la interpretación que hace el Dr. Bono de la normativa y que concluye entendiendo que “puede afectarse al régimen de vivienda todo derecho real sobre inmueble que reúna las dos siguientes condiciones: (1) que admita por su contenido estatutario la destinación de vivienda; y (2) que sea ejecutable, es decir, susceptible de transmisión forzosa.”¹⁸ Como bien lo explica el autor la base para esta postura es “un criterio de interpretación sistemático,... en tanto el derecho real sobre el inmueble incluya como contenido idóneo el destino de vivienda, entonces debe considerarse legitimado a su titular para acogerse al régimen;” o sea mientras el titular del derecho puede valerse del mismo para utilizar el inmueble como su vivienda podrá afectarlo, así un titular de un derecho real de garantía no podrá afectarlo porque no podrá por la regulación del mismo, utilizar el inmueble para vivienda, y como bien dice Ventura “a finalidad del instituto es tutelar la vivienda del sujeto no simplemente sus inmuebles”¹⁹ pero además necesita también tenerse en cuenta otro aspecto fundamental, “... desde una perspectiva teleológica, la legitimación debe estar considerada en función de la finalidad del

¹⁷BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

¹⁸BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

¹⁹VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

régimen de que se trata, esto es la exclusión del derecho real de que se trate de la regla o principio de garantía común de los acreedores, es decir, proteger ese derecho de la ejecución de los acreedores de su titular”²⁰ o sea que además ese derecho real pueda ser ejecutable porque de no serlo, no tendría sentido permitirle a su titular acceder a la afectación, por ejemplo en el caso de un derecho real de habitación, que es un derecho real que permite a su titular vivir en el inmueble, pero al no ser ejecutable el mismo, carece de sentido esta protección.

b) Usufructo, Uso, Superficie.

El Registro cordobés anteriormente solicitaba que en caso de haber usufructuarios, el nudo propietario afectara el inmueble con la conformidad de los usufructuarios, manifestando que todos vivían en el inmueble, no se entendía posible la sola afectación por parte de los usufructuarios. Lo cual era lógico, pues el usufructo aunque permitía a su titular el destino de vivienda del mismo, no permitía su transferencia y por ende tampoco su ejecución. Pero la situación ha cambiado con el nuevo Código, pues el usufructo, hoy en día es transferible y es ejecutable. Por lo tanto es tan digno de tutela el titular de un derecho de dominio que destina el inmueble para su vivienda como un titular del derecho de usufructo que utiliza su inmueble para vivienda.

Afectación al régimen de protección de la vivienda: 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.

Conclusión por unanimidad de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015),

Lo mismo pasa con el uso, es también un derecho donde “ las facultades materiales que conceden admiten perfectamente la aplicación de una finalidad habitacional en tanto el objeto cumpla con los recaudos correspondientes (v.gr.:

²⁰BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

existir una edificación o estructura estable apta para morar en ella, etc.), de manera que la idoneidad de estos derechos no parece discutible” Y además también se da transmisibilidad voluntaria o forzosa, porque aunque no esté “prevista expresamente su transmisibilidad, ... además de no negarse expresamente la misma (como sí ocurre con el derecho de habitación) y regir en el caso la norma general del art. 1906, surte apoyo para admitir la transmisión la remisión supletoria del art. 2155 del nuevo Código a las normas del usufructo. Y aún más, el uso debe ser entendido como usufructo si no median limitaciones en el título (art. 2154, CCC), de manera que, en nuestro criterio, el uso es transmisible y ejecutable en igual medida y condiciones que el usufructo, por lo que afirmamos la procedencia de la tutela del régimen de vivienda”²¹

Con relación a la superficie, el Código nuevo tiene una regulación distinta para este derecho del que poseía anteriormente. Antes su estatuto nos limitaba a la forestación pero actualmente se amplió ese destino no solo a la forestación, y plantación sino también a la construcción, y por lo tanto está la posibilidad de que su titular lo utilice para morar en él. Por lo tanto se cumple el primer requisito que es la posibilidad de su destino a vivienda y en cuanto al otro requisito, ya sabemos que la superficie es transferible, más aún que el usufructo, porque también se transmite mortis causa, y por lo tanto es importante poder proteger esta vivienda de los acreedores, al igual que en los casos anteriores. El hecho que sea un derecho temporal, no hace caer a ninguno de los requisitos, al igual que si tuviera un derecho de dominio revocable, es más “incluso contempla la constitución de derechos reales de garantía (arts. 2120, 2206 y 2213 CCC), de donde es evidente la eventual transmisibilidad forzosa con motivo de una ejecución (por ejemplo, de la hipoteca constituida por el superficiario)” ²².

²¹BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

²²BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

PRINCIPIO DE UNICIDAD

c) Condóminos

Anteriormente en el Régimen de bien de Familia decía el Art 43 “Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.” O sea solicitaba que todos afecten, no se puede afectar una parte indivisa y también requería un parentesco entre ellos. Hoy no hay ese segundo requisito, y aunque todos tienen que afectar el inmueble, el 244 establece que “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.” Entendemos entonces que el condómino o cotitular de otro derecho real susceptible de afectación, puede ser titular de dos o más inmuebles afectados al régimen, porque la ley específicamente aclara que no se puede ser propietario UNICO de dos inmuebles, pero si podría serlo en conjunto con otro.

“La posibilidad de que un condómino pueda afectar más de un inmueble sirve de fundamento para evitar situaciones injustas. Veamos el caso: A es titular único de un inmueble afectado donde reside y, a su vez, es condómino con B de un inmueble donde este reside. Si A no pudiese afectar el inmueble en condominio con B al régimen de vivienda, se le estaría negando a B el derecho a proteger su vivienda”²³.

Hay siempre una única vivienda a proteger, pero eso es independiente de la cantidad de propietarios. Si bien todos deben estar de acuerdo en afectarlo por las limitaciones a la disposición y el sacarlo de la garantía común de sus acreedores, no es necesario que sea la vivienda de todos y cada uno de los copropietarios podrá tener una vivienda diferente.

d) Dos Inmuebles una sola vivienda

²³CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

Una situación que pasa seguido en la práctica y que le ha pasado inadvertida al legislador es cuando la edificación que permite al sujeto tener una vivienda, está asentada en dos lotes de terreno. La ley establece la posibilidad de afectar un inmueble

*ARTÍCULO 244.- Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, **un inmueble** destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor... **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.*

Ya el legislador provincial en el caso de Córdoba tuvo en cuenta el supuesto, cuando dictó en su momento la ley provincial reglamentaria del Bien de Familia para el caso de las Parcelas horizontales que tenían una unidad complementaria

Artículo 3. (ley provincial Cba 6074) El departamento en propiedad horizontal con su cochera, baulero, servidumbre y demás locales de servicio del mismo, será considerado como un solo inmueble a los fines del bien de familia.”

Así también el anterior Digesto Registral de Córdoba (del 2011) tenía una norma muy útil que ha desaparecido en el actual y deja un vacío enorme. El registro era claro, porque estaba expresamente admitido, que cuando la edificación estaba asentada en dos inmuebles, la situación se salvaba con el típico certificado de cabalgamiento dado por Catastro. De esta manera quedaban ambos inmuebles afectados.

Edificación que afecta más de una fracción de terreno urbana

8. Cuando la edificación afecte a más de una fracción de terreno urbana, procederá la afectación una vez acreditado tal extremo mediante certificación expedida por la Dirección General de Catastro.

Nosotros entendemos, que ante el vacío legal existente, estas normas que regulaban el anterior régimen de Bien de Familia, están subsistentes, son las que

debemos emplear a falta de regulación expresa para el caso. Pero además por una cuestión de lógica de interpretación del régimen de vivienda. Sino se pudiesen afectar ambos inmuebles, uno de ellos podría ser ejecutado y el otro no, dándonos en la práctica con la pérdida de la cocina y el baño, y conservando el living y los dormitorios, y entonces ... ¿podemos decir que se ha protegido la vivienda? Pues no, se desdibuja en este caso la protección que se quiere brindar y tiramos por la borda, todo lo escrito, pues no se cumpliría con el objeto principal que busca la ley.

Entendemos, y sobre todo a tenor de la última parte del artículo, que el legislador lo que ha querido expresar es, que no puede un sujeto tener varias afectaciones a vivienda, pero no varios inmuebles afectados. Es más en esa última parte del artículo habla de afectaciones en distintos tiempos, sucesivas, pero aquí estamos hablando de una única afectación en un mismo tiempo. Por eso el legislador esta previendo la situación de un cambio de vivienda, sin la posibilidad de dejar subsistente la anterior.

Ventura hace una muy útil apreciación con relación a la terminología, “Viene bien a estos efectos, efectuar una distinción ontológica entre vivienda y parcela. La parcela como tal, aquella definida en el art. 4 de la ley 2620912, no debe aplicarse al concepto de vivienda utilizada en el art. 244 y ss., que claramente hacen funcionar el amparo respecto de “una vivienda”. Así, bien puede concebirse que el objeto del amparo recaiga sobre dos o más parcelas.”²⁴

Podemos ver que la vivienda tiene que ser protegida por completo, no solo una parte de ella, porque de lo contrario podría dejar de ser tal. Si me pueden quitar una parte de ella, quizás ya no sea apta para ser mi vivienda. Hay aquí una idea que surge y es el de la unicidad de la vivienda. Es como la unidad que naturalmente no permite su división, porque de lo contrario pierde su entidad de tal. De aquí que podamos hablar del principio de unicidad de la vivienda. Hay un ente singular que no admite divisiones y que a su vez este ente singular no coincide con lo singular o no del ente que le sirve de sustrato físico (el inmueble).

²⁴VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

PRINCIPIO DE MISMIIDAD

2) SUBROGACIÓN REAL

a) Fundamento

El nuevo régimen que nos trae el Código, tiene una concepción distinta de la vivienda, ya no se piensa en un objeto, estático y permanente, sino con cierta posibilidad de cambio. Como bien se dijo, “esta figura jurídica implica un cambio en la concepción del derecho en juego, que pasa de un enfoque objetivo que prioriza el bien sobre el cual se lo ejercita o predica, a uno subjetivo, que permite o tolera su supervivencia más allá de la fluctuación del o de los elementos materiales sobre los cuales se ejerce (conf. Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, T. II, pág. 92)”²⁵.

Lo primero que podríamos pensar, es que influye en este cambio de concepción nuestra cultura del consumo, o sea la posibilidad de mejorar y lograr una mejor vivienda, en un lugar mejor, con más comodidades: pero este no es, a mi modo de ver, el principal factor que seguramente ha tenido el legislador para incorporar legalmente la figura. También podríamos pensar en un cambio de paradigma, de raigambre latino, sobre la conexión extremadamente fuerte del lugar en el mundo en el que el sujeto se afianza, con la personalidad e identidad del mismo, su estabilidad emocional, que está cambiando a un pensamiento de tipo más pragmático, para que el inmueble acompañe las necesidades del momento que le está tocando vivir. O sea, para que se entienda, cada vez vemos más en nuestras escribanías a un ciudadano que ya no piensa en construir una casa para toda la vida, sino para las necesidades del momento, y vemos también como personas de la tercera edad, venden el inmueble que les ha quedado grande, cuando no tienen familia, para adquirir un departamento, en un lugar más céntrico, más seguro y fácil de cuidar.

Creo sin embargo, que el legislador ha tenido en cuenta algo más profundo, y al pensar nuestro derecho a la vivienda como un derecho humano conectado con

²⁵Fallo de fecha 19/10/20 del Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 37.446 / 2013 ALBONIGA JUAN JOSE s/ QUIEBRA, tomado de https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga_juan_jose_s_quiebra

otros, su movilidad a veces es indispensable para lograr la protección de esos otros derechos, como progresos o cambios en su trabajo, situaciones familiares, cambios en el entorno que hacen peligrar la salud (con un concepto amplio de la misma), etc. Además caso contrario, no posibilitarlo sería como pensar que el legislador quisiera obligar al sujeto a residir indefinidamente en el mismo lugar y esto también implicaría ir en contra de otros derechos de raigambre constitucional, “la imposibilidad de elección de domicilio coartaría de modo grave la libertad de la persona (art. 344 CCCN)”²⁶.

Estos fragmentos se pueden ver como una etapa muy teoría de este trabajo, pero sin duda conocer el fundamento de esta institución y especialmente la posibilidad de la sustitución de la vivienda, van a ser indispensables a la hora de interpretar la normativa.

b) Regulación de la Subrogación real

ARTÍCULO 248.- Subrogación real. 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.

Este nuevo instituto creado por el Código permite el cambio o sustitución de la vivienda afectada. No es que antes no se diera la posibilidad de primero afectar un inmueble y más adelante el sujeto pudiera afectar otro, sino que lo más importante en la figura, es que queda establecido por ley, que “ese traspaso registral de la afectación no le hace perder la prioridad ganada en la primera afectación (art. 248 CCC)”²⁷, por supuesto cumpliendo ciertos requisitos. Ese es el punto más importante de la figura, porque anteriormente, con el bien de familia, el sujeto debía desafectar el inmueble que enajenaba y afectar el que adquiriría, pero esta última afectación, era una nueva afectación, con los efectos temporales propios. Como bien dice Ortolani “se incorpora al Código la regulación de este instituto, como una forma de receptor

²⁶Fallo de fecha 19/10/20 del Poder Judicial de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 37.446 / 2013 ALBONIGA JUAN JOSE s/ QUIEBRA, tomado de https://trivia.consejo.org.ar/ficha/502708-alboniga_juan_jose_s_quiebra

²⁷VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

una realidad fáctica que se relaciona principalmente con la movilidad de la familia ...evitando así "fisuras" temporales en su resguardo".²⁸

Pero, lo más novedoso de la figura es que, la “.. subrogación se extiende, no solo a la vivienda adquirida en sustitución o los importes que la sustituyen en concepto de indemnización, sino también a los importes correspondientes al precio de la enajenación. La subrogación, por consiguiente, comprende tanto la indemnización proveniente de una expropiación por causa de utilidad pública o la otorgada por la aseguradora en respuesta de algún siniestro, sino también el precio derivado de la venta del bien. La extensión al precio se podría justificar con un dato de la realidad: las operaciones de compra y venta de inmuebles pueden requerir, en ocasiones, el transcurso de un intervalo de tiempo entre la enajenación y la adquisición.”²⁹.

Es muy importante que la ley reconozca esta posibilidad, pero también no hay que perder de vista que ya la doctrina y jurisprudencia, si bien no con una postura mayoritaria, han venido reconociendo esta posibilidad en algunos trabajos y en algunas resoluciones jurisprudenciales, con relación al antiguo Bien de Familia, que no tenía norma alguna sobre subrogación.

Así cuando el deudor con un inmueble afectado al antiguo Régimen de Bien de familia, tenía deudas anteriores a la afectación y otras posteriores, se podía entender que había dos masas diferentes de bienes frente al concurso tal como lo muestra Kemelmajer, una ..”de la que se cobran sólo los acreedores anteriores a la afectación, pero no los posteriores...”³⁰ O como decía Rosana Gimeno cuando ... “El bien de familia es liquidado. De su producido cobran los acreedores de fecha anterior y se declara la indisponibilidad e inembargabilidad del remanente por un plazo cierto hasta la adquisición por el fallido de un nuevo inmueble, que sustituirá al

²⁸ORTOLANI, Luciana “Régimen de Vivienda: principales cambios” (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

²⁹ORTOLANI, Luciana “Régimen de Vivienda: principales cambios” (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

³⁰KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “Protección jurídica de la vivienda familiar” Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995, pág 139.

anterior en su función de vivienda familiar, manteniendo su misma situación jurídica.”³¹ Esta postura que en doctrina se confrontaba con otras, que no viene al caso traer aquí, tenía en ese momento argumentos que venían de afuera de las normas del bien de familia, entre otros la doctrina menciona el Art 245 de la ley de Concurso con relación a los privilegios especiales en concordancia con el art 269 de la misma ley que menciona concretamente la subrogación real de los créditos con prioridades especiales, el art 1266 del anterior Código civil sobre el principio de rogación para las relaciones patrimoniales matrimoniales, además de fundamentos que tienen su base en la justicia que lleva para todos, en cuanto que no se le da de menos a los acreedores anteriores, no se les quita nada ni se les agrega nada a los posteriores y lo más importante alcanza, el fin buscado por la ley de lograr que el afectante, terminado el proceso, conserve una vivienda y con las ventajas de conservar el privilegio temporal de la afectación inicial.

“La adquisición de otro inmueble con el remanente del precio obtenido por la venta del anterior autorizada en la quiebra facultará al fallido a mantener bajo el mismo régimen la vivienda adquirida. Dicho inmueble ocupará idéntica situación jurídica que el anterior, conservando sus efectos desde la fecha originaria de constitución y permitiendo la continuidad de la protección otorgada por la Ley 14.394. Sólo de este modo no se tornará ilusorio el derecho a la vivienda de jerarquía constitucional y supranacional que la ley ampara”³²

Lo importante de destacar aquí, es que, estos juristas, han visto la posibilidad de analizar las normas, con un funcionamiento de conjunto, de ver un Derecho en su integridad y completitud, sin estudiar compartimentos estancos, y por sobre todo teniendo en cuenta una escala de valores, que hacen que ciertas normas prevalezcan sobre otras. No nos olvidemos que por un lado estamos protegiendo un derecho de propiedad de los acreedores y por otro lado estamos garantizando la protección del derecho sobre la vivienda.

³¹GIMENO, Rosana, “El bien de familia y la quiebra del constituyente” en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41.

³²GIMENO, Rosana, “El bien de familia y la quiebra del constituyente” en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41.

Aunque minoritaria en su momento, esta doctrina y la jurisprudencia que la siguió son muy importantes, porque nos muestra la idea de proteger el derecho a la vivienda **en movimiento**, que ha llegado a plasmarse en la letra del nuevo régimen. Hay que pensar en que la ley trata de regular los mecanismos para efectivizar ese derecho consagrado por el legislador, pero no siempre es completa, de allí la importancia del estudio del fundamento de la norma, el fin de la ley, todos elementos que permiten interpretarla y por consiguiente aplicarla de manera correcta y sobretodo, justa. Por eso me gusta traer a colación el caso Alboniga Juan José s/Quiebra, porque aquí los jueces de la Cámara aplicaron la figura de subrogación real al Bien de Familia, para un caso de venta en el 2013 de inmueble afectado en 1994 (previa desafección que lógicamente necesitó hacer) a un inmueble comprado cinco días después de dicha venta, mencionando que el origen del dinero era la venta anterior y también afectando dicho inmueble al régimen de Bien de Familia. Vemos aquí, que la Cámara fue a lo sustancial, tomo cartas en el asunto porque estaba ante “... un derecho fundamental del hombre...” y con tantos argumentos para protegerlo y para permitir su movilidad “... el silencio de la ley anterior deja de ser un obstáculo para admitir la sustitución del bien de familia retrotrayendo los efectos a la primitiva inscripción”³³.

Principio de Mismidad

Como vemos, lo que hizo la ley, fue receptar estas ideas, o sea la aplicación concreta del principio de subrogación real que existe en el derecho, en relación a este régimen. Pero también creo que la norma fue más allá, porque al establecerlo, cambió la noción de vivienda que estábamos manejando. Porque el concepto de vivienda, trasciende al inmueble donde originalmente es establecida, es un concepto no tan material, sino más etéreo a manera como hablamos en nuestro lenguaje cotidiano del hogar. El hogar no es un lugar físico estanco, por eso podemos volver al hogar, aunque el mismo esté en una dirección diferente. Podemos hacer un paralelismo, con este concepto para entender mejor al concepto de vivienda, y

³³BRESSO, Laura I. y otros, “El bien de familia y la quiebra”, en Bergel, Salvador D. y otros (dirs.), Derecho concursal argentino e iberoamericano. Ponencia en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal. Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia (Mar del Plata, 1997), Buenos Aires, Ad-Hoc., 1997-1998, tomo 3, pag. 501

entonces vemos como esta se traslada con el sujeto, no hay una nueva vivienda, sino que es la misma vivienda, pero un lugar físico diferente.

De allí que podamos hablar del Principio de Mismidad, quizás queda grande el hablar de un principio para este pequeño conjunto de normas, pero lo cierto es que de nuestro estudio científico debemos hacer una síntesis, y si podemos hacer que esa condensación, se concentre en una idea, en una simple palabra, nos es puede ser muy útil.

Mismidad en el diccionario Real Academia Española, tiene varias acepciones entre ellas “ 1. f. Fil. Condición de ser uno mismo. 2. f. Fil. Aquello por lo cual se es uno mismo. f. Fil. Identidad personal.” Si bien estas definiciones nos dan una idea, creo que es por el lado de la filosofía por donde podemos buscarle una mejor explicación, así “se entiende por mismidad la idea que apela a la unicidad del ser y no a la condición que adquiere por el hecho de devenir, como sugiere, en cambio, el concepto de ipseidad. Desde la perspectiva de la identidad, la mismidad es aquello que no fluctúa en el proceso que va, por ejemplo, de la semilla al árbol. En otras palabras, mientras la mismidad alude a la dimensión estructural del ser, a lo que perdura a pesar del tiempo”³⁴. Hay algo que perdura en este cambio, hay un traslado de la vivienda, pero la vivienda es la misma, el lugar físico es otro, el inmueble es otro, pero lo que la ley busca proteger está siempre presente, y se traslado de un lugar a otro. El legislador no busca proteger un inmueble del patrimonio del sujeto, busca proteger una vivienda. Es fundamental para el legislador que el inmueble sea vivienda, quizás mas importante esto último que lo primero, porque actualmente la ley solo permite la protección de un inmueble destinado a vivienda, pero también podemos imaginarnos una vivienda en otra caso que no sea un inmueble, por ejemplo una embarcación, y podemos pensar en la continuidad del régimen, pero no podemos imaginarnos la protección de un inmueble, sin que sea vivienda.

³⁴Wikipedia

c) Límites a la Subrogación

Como bien señala Ortolani hay dos temas relación a la subrogación que debemos estudiar en profundidad “por un lado, la ausencia de límite en el valor del inmueble que se adquiere en sustitución, y por el otro, la extensión de la protección a sumas de dinero sin fijar plazo para la adquisición de una nueva vivienda”³⁵

LIMITE DEL VALOR: Esta normativa no establece límites como la anterior en cuanto al valor del inmueble afectar, y por ende aquí también es lógico que no lo establezca, pero el asunto es cuando el bien en sustitución tiene un muy diferente valor, ¿es justo que continúe con la misma protección? La ley no pone un límite como dijimos, pero la doctrina analiza y surgen dos posturas: “Un sector doctrinario señala que la afectación beneficia a la totalidad del inmueble pues el fundamento de la protección recae en un derecho constitucionalmente protegido, como es el acceso a una vivienda y su seguridad. Para esta postura, los acreedores posteriores a la fecha de afectación originaria no pueden ejecutar el inmueble adquirido por la diferencia de valores ya que la protección es retroactiva a la afectación inicial. Otra postura entiende que se deben individualizar y separar a los acreedores anteriores a la constitución originaria de los intermedios entre la venta del inmueble afectado y la adquisición de la nueva vivienda en un valor mayor”³⁶. O sea que algunos pueden entender que se puede ejecutar la vivienda para obtener esa diferencia.

Personalmente entiendo que siempre es factible que el juez permita la ejecución de la vivienda si la afectación se traduce en un abuso del derecho, o sea la propiedad suntuosa, lujosa, de un valor que excede lejos, lo que es la necesidad de una vivienda digna, que es fin de lo que se pretende garantizar. O cuando la figura se utiliza fraudulentamente para excluir de su patrimonio la mayor cantidad de bienes posibles, como sería subrogar la afectación sobre mi casa, cuando compro un edificio de departamentos, pero solicito al dueño anterior que lo desafecte del régimen de propiedad horizontal, para considerarlo un solo inmueble a los efectos de

³⁵ORTOLANI, Luciana “Régimen de Vivienda: principales cambios” (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

³⁶CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

continuar con mi afectación sobre todo el edificio. Siempre para estas trampas a la ley, la justicia también tiene sus herramientas.

No participo de la idea de algunos, que entienden que en este tema se podría aplicar la parte inicial del 244, cuando permite afectar por una parte del valor (Art 244 CCC “por su totalidad o hasta una parte de su valor”). Por lo tanto la afectación constaría de dos partes, una por subrogación (que está protegida desde la fecha originaria) y otra desde la actual por la diferencia de valor. Esta solución sería incongruente con la posibilidad que le da ley, sería decir: te permito el cambio de vivienda pero no te protejo en este cambio, por ende sería más un no te permito el cambio.

Aquí continuamos aplicando el principio de Unicidad pero combinado con el de Mismidad. Al sujeto que tiene LA vivienda protegida, se le permite que esta vivienda cambie en algún aspecto, y como es la misma continuo protegiéndola en todo el iter de cambio hasta la nueva situación a la que llega, y no con medias tintas.

En esto sigo a Ventura, que ve como claramente se desdibuja la figura por este camino “ es preferible tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor que, menoscabando su garantía ante un acreedor, venda su vivienda de escaso valor subrogándolo por uno más valioso, antes que hacer posible que “ab initio” se afecte solo una parte alícuota del inmueble. Con ello se altera la finalidad misma del instituto “vivienda”..... si el inmueble sale a ejecución, aun cuando lo sea por un valor inferior a su totalidad, toda ella será transferida al adquirente en la subasta, y ello determinará que dejará de ser la vivienda del que al había afectado, por lo que en el sentido más elemental de la expresión, dejará de cumplir su función. Por más que se reserve y proteja del monto obtenido en su realización la proporción que estaba afectada, la vivienda en su materialidad, como cobijo y lugar de residencia del propietario o de éste y su familia, ya no se encontrará en el patrimonio de su titular”³⁷

La figura no tiene en miras proteger parte del patrimonio de un sujeto, como dijimos, un patrimonio base, o mínimo, sino una VIVIENDA, y es más... entiendo que

³⁷VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

la figura va más allá, no quiere brindar seguridad en que el sujeto tenga UNA vivienda, sino que el sujeto conserve LA vivienda, o su vivienda. Con esto quiero decir que la norma quiere brindarle una tranquilidad al sujeto, pero no es que este va a tener donde vivir cuando termine el proceso, sino que no va a poder ser molestado en ese lugar donde está desarrollando su vida, no va necesitar cambiar sus vecinos, sus rutinas, el colegio de sus hijos, etc., porque tan valioso es posibilitar el cambio de vivienda cuando es necesario como conservarla con los mismos objetivos.

Esta interpretación del Art 244 cuando hace referencia a parte de su valor, es muy importante, porque también pueden colarse otros casos similares, ya no por un único propietario, sino cuando el propietario subrogante adquiere en condominio con otro no subrogante. Por ej. cuando un titular vende el inmueble y adquiere una parte indivisa con otro que podría ser su cónyuge o pareja, o también porque no con otro sujeto cualquiera. Aquí consecuentemente tenemos que pensar de la misma manera, como dice Zavala “No encontramos disposición alguna que inhiba la posibilidad de sustituir el régimen protectorio de una vivienda de titularidad de uno a una vivienda que sea de propiedad de ambos cónyuges o convivientes y viceversa.”³⁸ Aquí también sería una inconsistencia del sistema si podemos decir que alguien afecta por una parte del valor, porque si fuera así solo se afectaría una parte del inmueble y otra parte tendría una afectación anterior, por lo tanto hay dos afectaciones distintas, de distintas fechas, cuando en realidad la misma ley, si hay condóminos no lo permite, o sea no podrían hacerlo sino es en forma conjunta y al mismo tiempo. Podemos volver entonces a la idea central, el sustento de la normativa no está en proteger el patrimonio de un sujeto sino su vivienda, y entonces todo tomaría esta fecha o de lo contrario si tomáramos fechas distintas y en ese caso por la ejecución de la mitad indivisa pondríamos en riesgo la vivienda del primero.

LIMITE EN EL TIEMPO: No hay establecido un plazo para realizar la nueva adquisición, y entonces esto, que se entiende como excepcional, porque es proteger parte del patrimonio del sujeto, que actualmente no es el elemento que brinda cobijo a su vida, podría ser extendido por un plazo muy amplio. Por eso debería ser limitado por el legislador.

³⁸ZAVALA Gastón “Sustitución de vivienda” LXXV Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira - 12 Y 13 de julio de 2018 -,

“El anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de 2018 (Decreto 182/2018) propone incorporar en los requisitos de la subrogación que ... el titular debe reinvertir el importe –producto de la venta o indemnización– en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año.”³⁹

“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. Zavala expone 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.”⁴⁰

d) Reserva

(Conexión del principio de mismidad con el principio de voluntariedad)

En el caso de una permuta, donde se da automáticamente una subrogación real en el patrimonio de un inmueble por otro, en todo aspecto, (así por ej. lo tenemos en cuenta para analizar la calidad de ganancial o propio en cuanto al régimen de comunidad de bienes del matrimonio, sin necesidad de manifestación expresa para esa calidad) podríamos pensar que no es necesaria, mención alguna. Al respecto, parte de la doctrina señala en este aspecto que “El artículo 248 CCyC prescribe que la afectación “se transmite”. Eso significa que, si nada se señalara al respecto, la misma opera de pleno derecho”⁴¹

Sin embargo, como vimos anteriormente entendemos nosotros que es importante aquí respetar una exigencia que se puede excogitar de la ley, y es que en

³⁹CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

⁴⁰CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

⁴¹CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

principio la afectación al régimen de vivienda tiene que ser voluntaria, Principio de Voluntariedad.

Por lo tanto, y ante los argumentos para sostener este principio, debería estar expresa en el instrumento su intención para que el nuevo inmueble, esté también fuera de la garantía común de todos los acreedores, además porque puede cambiarlo por un inmueble que no sea destinado a su vivienda.

El problema principal está quizás en la subrogación con el dinero que, es el precio de la operación, allí ya es más difícil pensar en una protección automática, no sabemos qué piensa hacer el sujeto con el dinero, si lo va a emplear para adquirir una nueva vivienda o si lo va a emplear con otros fines, porque dejarlo automáticamente fuera de la garantía común de los acreedores, más teniendo en cuenta la falta de límites temporales y el carácter excepcional de la protección (ya que no es precisamente un techo lo que se está protegiendo).

“Las normas registrales de las distintas demarcaciones son disímiles respecto de la necesidad de efectuar la reserva en la escritura de desafectación. En la Ciudad de Buenos Aires, no es necesario efectuar esta reserva, según lo establecen la Disposición técnico registral 4/2016 y la Instrucción de trabajo 6/2016. En la Provincia de Córdoba, el Registro General exige efectuar dicha reserva, de acuerdo con la Resolución general 4/2015 (normativa técnico-registral unificada t. o. 2015, art. 8 del título II).”⁴²

El reglamento registral de Córdoba, dispone en el art. 8 del título II: *“afectación al Régimen de Vivienda que: Se admite la sustitución de la vivienda afectada por otra, la cual puede ser adquirida simultáneamente con la venta del inmueble afectado o con posterioridad, siendo menester en ambos casos obrar de la siguiente manera:*

1. En el primer caso, junto con la compraventa se deberá rogar la sustitución en cuestión mediante el código de acto que se creará al efecto (SUS). En el documento debe surgir en forma clara la identificación de la primitiva afectación, la cual deberá ser trasladada al inmueble que se adquiere con sus mismos datos. El

⁴²CHEJANOVICH - Ian Nicolás, “Cuestiones prácticas del régimen de vivienda especial”, Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020) Publicado: 2022-02-09

inscriptor deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a efectuar su traslado.

2. En el que caso que se pretenda sustituir la afectación a vivienda con posterioridad a la venta del inmueble primitivamente protegido, se calificará los siguiente:

a) En la escritura de compraventa por la cual se desafectó a vivienda, deberá surgir la reserva de sustituir o subrogar la vivienda en los términos del art.248C.C.C.

b) En la escritura de adquisición, el Notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los actos de la primitiva afectación. Se deberá rogar la registración mediante el código que se creará al efecto. En dicho caso, el inscriptor deberá controlar los datos del bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.

La LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata 2015), en su recomendación al Tema 1 punto 3, expresó: “En relación al art. 248 corresponde verificar que en el instrumento de transferencia de la vivienda afectada se haya hecho “reserva del derecho de subrogar”, para dejar constancia en el folio real de tal circunstancia”.⁴³

e) Reserva y Cancelación tácita

Dice el Digesto Registral de Córdoba:

7.1. La voluntad de cancelar la afectación a vivienda (bien de familia) debe manifestarse expresamente, no admitiéndose las cancelaciones tácitas. La manifestación de voluntad destinada a cancelar el bien de familia podrá estar contenida en instrumento privado con certificación notarial de firmas.

Cuando la cancelación provenga de autoridad judicial, deberá estar contenida en auto o sentencia

Así como se entiende que la afectación tiene que ser voluntaria, el registro entiende que la desafectación también, por eso la exigencia, en uno de los pocos

⁴³DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

puntos que se encargó de reglamentar en relación al Código. O sea la venta del propietario con el asentimiento del cónyuge del inmueble, no la va a tomar como una cancelación tácita de la afectación a la vivienda. Pero afectación y desafectación son totalmente distintas, y no podemos transpolar los argumentos vertidos.

Además el Código es claro al respecto, para transferir la propiedad del inmueble afectado lo único que exige es la conformidad del Cónyuge o conviviente inscripto (Art 250), pero nada dice de solicitar expresamente, previa o en el mismo momento, la desafectación al régimen, (y podría haberlo hecho).

Ahora, esta exigencia toma un tono de formalismo vacío, porque la observación de una escritura de venta en este sentido, no se entiende. Ya que el propietario, por el art 250 efectivamente a transferido el inmueble. ¿Puede venir después quien no es propietario a desafectarlo? ¿La afectación sigue presente en el inmueble para el nuevo propietario aunque no la haya solicitado expresamente?

Además esta interpretación es anacrónica, la situación en relación al Régimen de Bien de Familia era distinta, con una redacción distinta de la norma. Había un punto luego de la primer oración en el art 37 de la ley de bien de familia, entonces de su lectura surgía que el afectante debía desafectar el inmueble para disponer de él.

*“ARTICULO 37. – El "bien de familia" **no podrá ser enajenado** ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediere causa grave o manifiesta utilidad para la familia.”*

Pero la redacción actual del Art 250 es distinta

*“ARTÍCULO 250.- Transmisión de la vivienda afectada..... Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble **no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad** del cónyuge o del conviviente...”;*

Además como último argumento es que, las normas tienen que tener cierta congruencia, si se solicita expresamente la reserva ante la venta del inmueble, como

entendemos que debe hacerse, porque su continuidad (ya sea en el dinero o en otro inmueble, no se da sin la voluntad del sujeto en ese sentido), de la mano de ello la “no reserva” o sea la falta de ella debe terminar necesariamente con esta afectación, además porque al no trasladarse, no puede dejar afectado un inmueble del que no va a ser mas su propietario, sin la voluntad del nuevo dueño de querer afectarlo.

f) Trazabilidad

Volviendo al tema de la sustitución por la suma obtenida como precio o indemnización, como bien sabemos, el dinero es una cosa fungible, y va a ser difícil saber si una suma embargada es o fue parte de ese precio. En otros países como Uruguay se exige su depósito en un banco oficial del estado (Banco Hipotecario), en una cuenta especial al efecto. Por eso con nuestra ley es muy importante para el sustituyente que pueda guardar pruebas de la trazabilidad del dinero, como bien dice Ortolani “La prueba de la identidad de las sumas obtenidas con las reinvertidas recae sobre el afectante; por ello, la operación debería hacerse por transferencia bancaria, o de ser necesario depositar el importe en una cuenta bancaria especial, lo que facilitará la prueba e impedirá la traba de medidas cautelares que entorpezcan la disponibilidad.” Además permitirá esta trazabilidad, proteger el valor de ese bien, en una actualidad económica en que la moneda pierde a diario gran parte de su valor. Vamos a tener casos en que los afectantes quieran protegerse realizando un plazo fijo, o cambiando de moneda, de allí que todo lo que se pueda hacer para lograr, dejar pruebas de este camino que siguió el precio van a ser muy útiles ante un acreedor que desconozca esta posibilidad.

Entendemos que, esta protección de la afectación, sobre el dinero tiene carácter excepcional, y por eso entendemos que no cabría la posibilidad de realizar alguna inversión intermedia para proteger la depreciación de la moneda, como la compra de acciones, vehículos, terrenos, etc., pero si como dijimos antes el cambio a otra moneda, pues seguimos teniendo dinero, no es moneda de curso legal, pero es un bien con la misma naturaleza, tanto es así que si la hubiera obtenido de entrada no dudaríamos en decir que entra de lleno en el supuesto. Con relación a un plazo fijo, podríamos pensar que los intereses, son solo el pago por el uso del dinero que hace un tercero, pero en nuestro país generalmente ese interés solo logra mantener el valor real del mismo, es difícil que alguien pueda pensar que allí hay

una ganancia, por eso entendemos que en la situación actual, los intereses que se vayan capitalizando, también están protegidos por la afectación.

g) Sustitución en otro inmueble ya existente en el patrimonio

Una situación que no se contempla es el supuesto de traslación de la afectación entre dos inmuebles que ya existen en el patrimonio del titular. No sería un caso técnicamente de subrogación real, ya que el no hay un egreso e ingreso al patrimonio, sino que el supuesto sería trasladar la afectación primera sobre otro inmueble que ya está en el Patrimonio del sujeto.

Respecto de la negativa a sustituir una vivienda afectada por otra que existe en su patrimonio a la cual se trasladaría retroactivamente la afectación, Zavala, considera, muy inteligentemente que: “Una hermenéutica de esta naturaleza se encuentra distante del derecho protegido- la vivienda y la familia-: se circunscribe a tecnicismos jurídicos y formalidades administrativas. En esencia sólo se admitiría la conservación de la afectación en caso de permuta y sobre el precio percibido la indemnización recibida. Nada más. Obsérvese que tampoco deberían admitir que la afectación se trasladase luego del precio percibido- supuesto contemplado en el art. 248 in fine- al inmueble adquirido en subrogación y sobre el que se asentará la nueva vivienda, porque el Código no dejó expresamente estipulado la conservación de la afectación en el traspaso del precio al inmueble sucesivo. Asumir una hermenéutica en tal sentido es inadmisibles, irrazonable e injusta, por atentar contra la protección de la vivienda y de la familia”⁴⁴

Sin dudas muy inteligente la interpretación que hace Zavala, pero lo mejor que nos dice es que siempre la norma tiene que ser interpretada, y aquí volvemos a necesitar los fundamentos y las conclusiones a las que hemos arribado, por eso, y para ser más simples, necesitamos la aplicación del Principio de Mismidad, que nos lleva a la necesidad de proteger, el inmueble a donde se traslado la vivienda, siempre que reúna las condiciones legales para trasladar la afectación y respetando el Principio de Voluntariedad.

⁴⁴DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

“Los Registros de la Propiedad Inmueble suelen anticipar mediante Disposiciones Técnico Registrales (DTR) los criterios de calificación que aplicarán a determinados supuestos. Algunos aceptan la sustitución de un inmueble afectado por otro existente en el patrimonio del afectante, y lo han reglamentado; como los Registros de la Propiedad Inmueble de Rosario (Orden de Servicio N° 1/2003) y Chaco (DTR 25/2020 del 6/3/2020). Otros no se refieren a este supuesto como los Registros de la Propiedad Inmueble de Río Negro, (DTR 1/16); La Pampa, (DTR 9/2015); Córdoba (Resolución General 4/2015 y Orden de Servicio 9 del 30/7/2015); San Luis, (DTR 4/2015 del 9/10/2015); Neuquén (DTR 3/2015 del 31/7/15); Santa Fe, (DTR Conjunta N° 15 del 21/11/16); Buenos Aires,(DTR 10/2016); Misiones, (DTR 10/16 del 11/11/16); San Juan (DTR 36/15 del 18/9/2015). Y otros Registros no lo reglamentarán por entender que la norma del art. 248 del C. C. y C. es clara. De dichas normas advertimos que las opiniones acerca de la sustitución de la vivienda afectada por otra ya existente en el patrimonio del titular, entre los registradores de la propiedad, no son pacíficas”⁴⁵

h) La subsistencia

Otro supuesto no contemplado en la ley, pero que si es contemplado en el Digesto de la Provincia de Córdoba, es el caso de subsistencia de la afectación en los procesos de partición, situación muy útil, porque si bien la titularidad del bien muda, no muda la vivienda que existe en él.

Dice el digesto provincial:

12 .1. Cuando en los procesos sucesorios, liquidación de sociedad conyugal o divisiones de condominio se manifieste la voluntad de mantener el beneficio De afectación a vivienda (bien de familia), siempre que subsistan los requisitos legales, se practicarán únicamente las notas marginales pertinentes en el asiento de anotación de la afectación a vivienda (bien de familia)

Las notas que se realicen deberán contener las modificaciones respecto del asiento principal.

⁴⁵DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

12.2. Igual procedimiento al reglado en el artículo anterior se cumplirá respecto de la subsistencia de la afectación a vivienda (bien de familia) en materia de documentos notariales.

i) Unión, anexión o subdivisión

Otra situación similar no contemplada en la ley, y que puede prestarse a dudas es la unión con otro inmueble. Algunos podrían pensar que en estos casos habría que desafectar el inmueble y afectar el nuevo inmueble. Otros podrían pensar que en realidad no es otro inmueble nuevo (aunque tenga un nuevo nombre) sino que es el mismo inmueble pero aumentado (algunos discutirán que el aumentado es el otro, o que hay un ente nuevo, creado por la unión de otros, etc.). Pero nosotros entendiendo que lo más importante es la vivienda y no el inmueble, y conociendo que la ley ha establecido el principio de mismidad, no nos quedan dudas que sigue siendo la misma vivienda del sujeto, con una situación diferente en su soporte físico, y así podíamos interpretar que continua la misma afectación.

Esta base de interpretación es también muy importante, porque agrega un argumento más para coincidir con el planteo que hicimos anteriormente, cuando mencionamos que una sustitución por un inmueble mayor, hace continuar la afectación por el todo del inmueble y no por una parte indivisa, o sea aquí también deberíamos seguir la misma lógica, y deducir aquí que no solo se puede mejorar la vivienda cambiándola por otra, sino agregando más terreno a la parcela, y no por ello pasamos a tener una afectación por una parte del inmueble. En ambos casos, en el patrimonio del sujeto pasa a haber un inmueble destinado a vivienda mayor que antes, pero sigue siendo la misma vivienda del sujeto y que merece seguir conservando la misma protección, aunque vaya mudando su sustrato material.

A este respecto dice el Digesto Registral de Córdoba

14 . En los casos de unión, anexión o subdivisión de lotes por planos se procederá a extender o reducir el bien de familia⁴⁶ siempre que se verifiquen o subsistan las condiciones de afectación a dicho régimen

⁴⁶El registro de la provincia de Córdoba sigue mencionando la institución como bien de familia, en varios pasajes de la reglamentación del régimen de vivienda, en otros utiliza ambos nombres y en la página de internet para acceso del público sigue mencionando la afectación como Bien de familia, en este último caso puede ser entendible porque el público en general todavía desconoce el cambio, pero no en la reglamentación que se entiende que está destinada a los operadores de derecho.

Es lógico interpretar lo mismo en el supuesto inverso en el que se subdivide el inmueble, porque quizás es demasiado grande, o por alguna otra razón y los propietarios optan porque continúe en uno solo de esos inmuebles la vivienda. Aquí es clara la conservación de la misma afectación, porque principalmente no se ha cambiado la vivienda ni siquiera de lugar, quizás podrá estar más reducida pero sustancialmente sigue siendo el mismo centro de vida del afectante. Por supuesto que esta opción, esta voluntad de decidir donde continúa la afectación debe ser expresa.

El caso de la anexión, es algo que ya no maneja el afectante con su libre voluntad, sino que el Estado vincula dos inmuebles de su propiedad de los cuales no puede disponer independientemente, y esto puede surgir de un plano hasta de simple mensura, como lo explica el Dr. Bono, “la anexión de inmuebles traduce un vínculo jurídico de carácter inter-objetivo que relaciona dos (o más) inmuebles en función del destino conjunto o integrado al que están afectados, y por el cual, sin perder su individualidad (cabe destacar que no hay unión, por lo que los inmuebles siguen siendo objetos territoriales distintos que, incluso, pueden no ser contiguos) no obstante, tampoco pueden ser objeto de actos de una disposición separada”⁴⁷ y justamente como no pueden ser objeto de actos de disposición separada, tampoco podrá legalmente ejecutarse uno independientemente del otro por lo cual esta situación hace incongruente la afectación de un inmueble sin el otro, o en este caso particular la subsistencia de la afectación en el inmueble sin trasladarla al inmueble que se le anexa. Claramente vinculado el principio de unicidad de la vivienda, cuando hablamos de la posibilidad de afectar dos inmuebles al régimen, con la salvedad de que aquí hay una vinculación de los inmuebles que no permite la ejecución por separado de los mismos.

PALABRAS FINALES

Quizás es muy pretencioso hablar de principios, cuando no estamos siquiera frente a una rama del derecho. Debo confesar que fue un poco adrede, para llamar

⁴⁷BONO, Gustavo, “Los cónyuges frente al condominio y la unión, anexión o subdivisión de inmuebles” Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

la atención, a manera de esos titulares que nos llevan a abrir un artículo, que mueven a la curiosidad y con ello espero haber logrado que eso motivara la lectura de este trabajo, para poderles transmitir mis puntos de vista sobre la materia que tratamos. Pero luego me di cuenta que, trabajar con ellos es muy útil, un buen trabajo científico puede consistir en lograr armar, organizar, sistematizar el conocimiento. Por esa razón es interesante cuando luego de toda una labor de estudio, podemos fundir, condensar en unas pocas palabras, una serie de ideas que organizan toda una institución, y que nos permiten movernos con claridad en la interpretación que vayamos a hacer de cualquier situación problemática que se nos plantee. Por supuesto que podemos agregar más, discutirlos, cambiarlos, modificarlos, los principios son hipótesis, como decía Pelosi⁴⁸ que generan proyecciones automáticas que hacen de una ciencia tal ciencia, y no un explicación singular para cada caso y por supuesto no se va a agotar en ellos toda la problemática, pero puede ser interesante plantearlos, y hasta plantear su negación.

También lo que destaco con ello es tenemos la posibilidad de analizar las normas, con un funcionamiento de conjunto, sin estudiar compartimentos estancos que nos reducen a artículos.

Pero lo más importante para toda interpretación que podamos hacer, es que no podemos dejar de tener en cuenta, en esa escala axiológica, el valor del derecho con el cual estamos trabajando, su fundamento. Esta protección del derecho sobre la vivienda, es parte de ese derecho constitucional, de ese derecho humano que es la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

⁴⁸PELOSI, Carlos A. "EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO AUTÓNOMO" Revista del Notariado 729 del año 1973 "Por otra parte generan proyecciones automáticas que hacen de una ciencia tal ciencia, que permiten valorarla como un sistema organizado de juicios y conceptos. Si hubiera que forjar una explicación singular para cada caso, no habría ciencia sino una recopilación de observaciones, no habría más que casuística. Concluye con la certera indicación de que el principio es más principio por lo que de él sale que por de dónde viene. Lo que importa es una base discursiva, sobre la cual la ciencia pueda montar y desarrollar, en un alcance mayor o menor, sus contenidos conceptuales. En la llamada "Carta de Buenos Aires" aprobada en el 1er. Congreso de Derecho Registral realizado en Buenos Aires, a fines del año pasado, se brindó la definición más simple sobre los principios al declarar que son las orientaciones fundamentales que informan esa disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados."

ABELLA, Adriana N. y SABENE Sebastián, en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado, Coordinador: Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Tomo 1 ASTREA FEN 2015

BERTILOTTI, María Pía, REVISTA SEMANARIO JURIDICO Nro. 857, artículo de 3 de Octubre de 1991, pág. 259

BONO, Gustavo, “La protección de la vivienda en relación a los derechos reales, y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial” RDF N°80 Abeledo Perrot

BONO, Gustavo, “Los cónyuges frente al condominio y la unión, anexión o Subdivisión de inmuebles” Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escribana Amara Bittar de Duralde

BRESSO, Laura I. y otros, “El bien de familia y la quiebra”, en Bergel, Salvador D. y otros (dirs.), Derecho concursal argentino e iberoamericano. Ponencia en el III Congreso Argentino de Derecho Concursal. Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia (Mar del Plata, 1997), Buenos Aires, Ad-Hoc., 1997-1998, tomo 3, pag. 501

CHEJANOVICH - Ian Nicolás “Régimen de vivienda (bien de familia)” Revista del Notariado 940 (abr - jun 2020).

DIEZ, Lilia N., “Protección de la vivienda. Desencuentros entre la vivienda afectada y la vivienda que se quiere afectar para sustituirla. ¿Una relación imposible?” (online), en Revista Argentina de Derecho Civil, Buenos Aires, IJEditores, N.º 9 (noviembre 2020), 13/11/2020, IJ-CMXXXIII-434, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=c83ead484e8951904029861785090387>, última consulta: 27/5/2021.

GIMENO, Rosana, “El bien de familia y la quiebra del constituyente” en Revista del Notariado 913 del año 2013, pag 41

GOMEZ ZAVAGLIA, Tristán “El derecho humano a una vivienda adecuada” Marzo de 2013, "La sentencia constitucional: una importante llave para el acceso a la vivienda adecuada", en la obra "Derecho Procesal Constitucional"; Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. ISBN: 978-958-57887-0-1 VC-Editores Ltda. Bogotá Colombiana, Id SAIJ: DACF170395

HERRERA, Marisa y PELLEGRINI María Victoria, “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”

KEMELMAJER DE CARLUCCI Aida, “Protección jurídica de la vivienda familiar” Ed Hammurabi - Jose Luis Depalma Buenos Aires 1995

MAZZEI, Juana Beatriz, “Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Cuestiones registrales” Publicado en: RCCyC 2017 (febrero), 03/02/2017, 113, Cita Online: AR/DOC/3983/2016

MESQUIDA, Silvina M. y KOON, María Lucila “La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” Publicado en: DFyP 2014 (noviembre).

ORTOLANI, Luciana “Régimen de Vivienda: principales cambios” (Publicado en Revista Notarial 2016/1, N° 93, Edición especial en homenaje a la profesora escritora Amara Bittar de Duralde

PELOSI, Carlos A. “EL DERECHO NOTARIAL COMO DERECHO AUTÓNOMO” Revista del Notariado 729 del año 1973

PUERTA DE CHACÓN, Alicia “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?, Publicado en: RDF 2017-IV, 08/08/2017, 71 Cita Online: AR/DOC/3812/2017

SZMUCH, Mario G. “Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos” RdN 919, año 2015

VENTURA, Gabriel “AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA - Art 244 CCCN” Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 80, Abeledo-Perrot, Bs. As, 2017, págs. 73 y siguientes..

ZAVALA Gastón “Sustitución de vivienda” LXXV Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira - 12 Y 13 de julio de 2018 -,

ZAVALA Gastón, en su trabajo presentado en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2022 que será publicado próximamente en la Revista de Derecho Notarial y Registral de la UBP “LA SOCIOAFECTIVIDAD FRENTE A LA VIVIENDA FAMILIAR Y LAS SOCIEDADES”