

## XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Mar del Plata. 4 a 6 de mayo de 2023

### # 4. Afectación a vivienda familiar

Coordinador: Esc. Gabriel VENTURA ([gabventura@arnet.com.ar](mailto:gabventura@arnet.com.ar))

Subcoordinador: Esc. Arnaldo DARDANO ([escribaniadardano@yahoo.com.ar](mailto:escribaniadardano@yahoo.com.ar))

Trabajo. “**Protección formal de la vivienda**”

Autor: Dr. **Gastón A. ZAVALA**. [escgaz@yahoo.com.ar](mailto:escgaz@yahoo.com.ar) (Col. Notarial de Río Negro)

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica. 3. Derecho fundamental. 4. El régimen de vivienda. a. Elemento real. b. Elemento personal. i. Titular registral. ii. Titular no registral. iii. Legitimación. iv. Régimen optativo. v. Condiciones personales del titular. vi. Afectación a favor de terceros. vii. Beneficiarios. c. La forma instrumental. d. La habitación efectiva. e. Subrogación de vivienda. f. Efectos. g. Transmisión de la vivienda afectada. h. Desafectación del régimen de vivienda. i. Desafectación objetiva total y parcial. ii. Desafectación subjetiva total y parcial. iii. Desafectación y asentimiento de los beneficiarios. iv. Algunos casos de desafectación forzosa. 5. Afectación y sucesión *mortis causa*. 6. Conclusión.

### Ponencias

1. El derecho a la vivienda y sobre la vivienda es un *derecho humano de raigambre constitucional que tiene por objeto resguardar la sede del hogar personal y familiar*, e indirectamente al inmueble que le sirva de base.
2. El régimen de vivienda es el estatuto legal (arts. 244 a 256 CCyCN) que a partir de un acto jurídico formal protege la vivienda familiar habitada de manera efectiva por cualquier beneficiario designado, torna inejecutable el inmueble en el que se encuentra el hogar mientras subsistan los requisitos impuestos, produciéndose los efectos asignados en la ley y no se extingue por la defunción del constituyente.
3. La interpretación del régimen de vivienda debe considerar la finalidad del instituto y responder al espíritu de su base normativa constitucional y de convencionalidad, *en el sentido más favorable a la protección de la familia y la subsistencia y conservación de la vivienda* como elemento natural y fundamental de la sociedad.
4. El derecho del beneficiario es un derecho subjetivo cuya titularidad la ostenta cada integrante de la familia designado como tal, que supera la faz inmobiliaria y su consideración patrimonial para ponderar su función vital y dinámica, el hogar.
5. Se puede afectar al régimen de *vivienda* un inmueble o parte de él, dos o más inmuebles, urbanos o rurales, edificados o no, solo que en éste último caso la eficacia queda supeditada a su habitación efectiva.

6. La habitación efectiva convierte al inmueble edificado en una vivienda, que conlleva la protección reglamentada a partir de la constitucionalización del derecho privado.
7. La afectación a vivienda se ubica dentro de los actos dispositivos no traslativos.
8. En la subrogación de vivienda, cambia la *vivienda* donde la familia se asienta, y se produce el traslado de la protección a la nueva sede familiar, con efecto retroactivo a la fecha de la inscripción originaria. El inmueble puede no cambiar o no transferirse.
9. El legislador, conteste con la afirmación de que los efectos se transmiten de manera automática a la vivienda sustituta, no ha impuesto el otorgamiento de asentimiento conyugal o convivencial para la subrogación. Solo se exige para transmitirla o desafectarla del régimen protectorio (conf. arts. 250 y 255 CCyCN).
10. Corresponde diferenciar entre causa y deuda al momento de analizar y determinar los efectos de la afectación a vivienda y su oponibilidad. Mientras el párrafo inicial del art. 249 establece que la afectación es inoponible a los acreedores de **causa anterior**, inmediatamente después fija que la vivienda no es susceptible de ejecución por **deudas posteriores**.
11. En el contrato de cuenta corriente bancaria mientras no exista una deuda liquidada, solo habrán de existir “partes contractuales” pero no obligación exigible ni un acreedor en condiciones de desvirtuar los efectos protectorios, cuando la “deuda” se genere con posterioridad a la afectación, aun cuando el contrato sea anterior.
12. La transmisión de la vivienda afectada apareja la celebración de todo hecho o acto dispositivo formal o material que implique su enajenación.
13. La transmisión de la vivienda no responde a acuerdos comerciales ni convenciones negociales (como si lo está el inmueble), sino que trata sobre la posibilidad del constituyente de transmitir el bien afectado a alguno de los beneficiarios, produciéndose un encadenamiento en la titularidad dominial y consecuentemente el traspaso de la vivienda con la subsistencia de los efectos tuitivos en el destinatario de la transmisión, desvinculando a alguno o algunos de los beneficiarios con derecho a habitarla, *pero no a todos*.
14. El régimen tutelar de la vivienda, no pone en crisis el acervo hereditario, ni impone una modalidad partitiva o la evita, solo hace primar la continuidad del hogar familiar a favor de los beneficiarios, dejando en suspenso la efectiva adjudicación hereditaria de ese bien hasta tanto cese el régimen protectorio.
15. Si el matrimonio o los convivientes que desafectan la vivienda del régimen tutelar voluntario (art. 255) permanecen habitándola, la vivienda familiar continuará protegida por ministerio de la ley (art. 456 y 522 CCyCN).

## “Protección formal de la vivienda”

**1. Introducción.** La vivienda para la persona humana, desempeña un rol esencial, representa su espacio de protección, de intimidad, de desarrollo, de afianzamiento de vínculos familiares, de ubicación social y fiscal; excede indiscutiblemente la consideración patrimonial del inmueble en el que ella se asienta.

Establecer un concepto universal de protección de la vivienda implica apartarse no solo de tecnicismos sino también de particularidades que suelen incorporarse en el derecho positivo de cada Estado. La familia conformada a partir de una estructura matrimonial bajo la conducción patriarcal fue superada por una realidad que se sobrepuso a lineamientos jurídicos, dándose cabida a una familia basada en vínculos afectivos estables, fácticos y concretos.

De manera superadora a las Constituciones nacionales que primaban en la época, las Convenciones internacionales a partir de 1948 consagran a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10/12/1948), lo que se ha replicado en los distintos Pactos internacionales como en las estructuras normativas de cada país.

La República Argentina asignó a la familia un *status* jurídico preponderante entre los derechos y garantías consagradas constitucionalmente, brindándole protección integral, entre los que se destaca el acceso a la vivienda digna y su defensa.

Con la consagración constitucional de la protección integral de la familia en general y de la defensa del hogar familiar en particular, se pregona el derecho de la persona humana a la vida, a la libertad, a la seguridad, a su vida privada y familiar, a la salud y en especial a la vivienda.

Consecuente con esa premisa el Código Civil y Comercial de la Nación instaura dos institutos para resguardar el hogar de quienes residen en nuestro territorio:

**El régimen de vivienda**, *régimen legal que a partir de un acto jurídico formal protege la vivienda habitada de manera efectiva por cualquier beneficiario designado, que torna inejecutable el inmueble en el que se encuentra el hogar familiar mientras subsistan los efectos asignados en la ley en base a los requisitos impuestos y no se extingue por la defunción del constituyente.*

Y la **vivienda familiar**, *que es un régimen jurídico instaurado de manera automática, que protege la morada familiar matrimonial o convivencial, cualquiera sea el lugar en el que se asiente, contra las deudas contraídas con posterioridad a la celebración del*

*matrimonio o la inscripción de la unión convivencial y no requiere de un acto formal para su constitución ni publicidad para su oponibilidad.*

**2. Naturaleza jurídica.** Se diagrama el epicentro del régimen legal, apartándose del inmueble catastral de contenido patrimonial y se integra con la *vivienda* como derecho primario. Se trata de un *derecho humano fundamental que tiene por objeto resguardar la sede del hogar personal y familiar*, e indirectamente al inmueble que le sirva de base, el cual queda amparado bajo el paraguas jurídico tornándose inejecutable, sin que ello signifique posicionar al inmueble fuera del comercio.

Es la Constitución Nacional y el Bloque Convencional internacional que la integra donde el instituto abreva para amarrar la cobertura protectoria del asiento familiar, en cualquiera de sus variantes.

**2.a. Legitimación.** La titularidad del derecho la ejerce cada uno de los integrantes de la familia.<sup>1</sup> La familia como institución no está legitimada como sujeto activo para accionar, pero es generadora de una situación afectiva y social que habilita a cada uno de sus miembros a actuar, operar y accionar en defensa personal y de todo el grupo familiar.<sup>2</sup>

Los beneficiarios del hogar familiar, ya sea bajo el régimen de vivienda (arts. 244 y conc., CCyCN) o del régimen patrimonial primario que establece la vivienda familiar (456 y 522, CCyCN), son titulares de auténticos derechos subjetivos que les permite permanecer a resguardo de toda situación que pudiera atentar contra la habitación efectiva del hogar, sin que implique la adquisición de un derecho real sobre el inmueble ni sobre partes indivisas, ni los habilita a pedir la división del inmueble o derecho a solicitar un anticipo de herencia.

Los derechos subjetivos de los beneficiarios están ligados al uso de la vivienda, en concurrencia con los demás beneficiarios y en particular con el constituyente-

---

<sup>1</sup> La XX Jornada Nacional de Derecho Civil (UBA, Buenos Aires, 2005), arribó a la siguiente conclusión "1º. La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (art. 14 bis de la C.N.; art. 25, ap. 1 de la DUDH; art. 14 ap. 1º del PIDESC), beneficia no solo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.). Así alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar".

<sup>2</sup>El Code Civil du Québec de 1991 se explaya en este sentido. Distingue la propiedad de los bienes, como elemento patrimonial y el *destino* de los bienes como patrimonio familiar. *Art. 414*: "El matrimonio implica la constitución de un patrimonio familiar constituido por determinados bienes de los cónyuges, independientemente de cuál de ellos tenga derecho de propiedad sobre esos bienes".

beneficiario; derechos que son oponibles *erga omnes* y tienen carácter absoluto, *asimilable a los derechos reales*<sup>3</sup> aunque no puede confundirse con ellos.

**2.b. Vivienda adecuada y digna.** El concepto de vivienda adecuada no se circunscribe a un sentido edilicio. Implica seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios, facilidades e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, acceso -en especial para los más vulnerables-, ubicación que permita su vinculación con centros de salud, educación, comerciales y otros servicios sociales y culturales. El reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes.

Representa el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad. Las características del derecho a una vivienda adecuada están definidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, encargado de determinar el alcance del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.<sup>4</sup>

**2.c. Naturaleza del derecho de uso de la vivienda.** El debate se centra en dirimir si se trata de un derecho real, de un derecho personal, un derecho que participa con elementos o caracteres de uno u otro, un derecho de carácter familiar, más aún si se tiene en cuenta que puede ejercerse en relación a un inmueble cuya titularidad no pertenezca a ninguno de los miembros de la familia que lo habita, por ejemplo cuando son locatarios, comodatarios o meros ocupantes.

Es una situación en la que debe estarse a un análisis concreto, sin alterar el ordenamiento jurídico en perjuicio de terceros, basado en el derecho fundamental a habitar la vivienda de toda persona humana y su grupo familiar.

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges o convivientes cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda por voluntad unilateral.

---

<sup>3</sup> GUASTAVINO, Elías "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia", p. 258. Omeba. Bs. As. 1962.

<sup>4</sup> Observación general n° 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada y en la observación general n° 7 (1997) que analiza la prohibición de desalojos forzosos como uno de los elementos integrantes del derecho a una vivienda. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas - Derechos Humanos: El derecho a una vivienda adecuada. Folleto inf. n° 21. (Rev. 1).

La vivienda comprende no solo el espacio físico que contiene a la familia sino también a los muebles indispensables que la integran, requiriéndose contar con el asentimiento no solo para disponer del citado mobiliario sino también para trasladarlo fuera de ella. Esta novedosa disposición encuentra fundamento en el hecho de que los muebles son objetos necesarios para el quehacer cotidiano de la familia, convirtiendo al inmueble propiamente dicho en una vivienda y especialmente en una “vivienda digna”.

**3. Derecho fundamental.** En el siglo XX las Constituciones de los distintos países abrevan en los principios sociales y contemplan en sus disposiciones una protección diferenciada y primordial que tuvo por protagonista a la familia y su vivienda, consagrándose los derechos *de segunda generación*, que han sido definidos como “aquellos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado con el objeto de reclamar de la autoridad pública el deber de protegerlos”.<sup>5</sup>

La protección de la vivienda responde a una directiva constitucional, que surge a partir de sus principios, acentuado en los tratados internacionales y recalificado en cada una de las constituciones provinciales.

En 1957 se introduce el actual art. 14 bis en nuestra Carta Magna, proclamándose “...la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.<sup>6</sup> En 1994 se incorporan algunos tratados internacionales que pasan a ostentar *jerarquía constitucional* y se empieza a hablar de *los derechos constitucionales y del bloque convencional constitucional*.<sup>7</sup>

Estos instrumentos internacionales consideran a la vivienda adecuada como una de las necesidades humanas fundamentales, no solo por representar un lugar seguro donde vivir, sino también para la dignidad de la familia, su salud física, emocional, sanitaria, asociada con la calidad de vida pretendida por cualquier mortal dotado del *status* de persona humana.

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá (Colombia) en 1948,

---

<sup>5</sup>MANILI, Pablo L.: “El bien de familia desde el punto de vista constitucional”, en *RDPC*, 2011-1, cit., p. 38.

<sup>6</sup>ZAVALA, Gastón A.: “Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”. *DFyP*, 19/12/2018, 37. AR/DOC/2447/2018.

<sup>7</sup>Para Rabbi-Baldi Cabanillas significa que: a) los tratados son superiores a las leyes; b) algunos tratados sobre derechos humanos ostentan rango constitucional, y c) los tratados de derechos humanos (ostenten o no rango constitucional) según el art. 1º del CCyCN son fuente del derecho de conformidad con los cuales deben interpretarse las leyes civiles en los casos contenciosos. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en RIVERA, Julio C., y MEDINA, Graciela (dirs.): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, La Ley. Buenos Aires, 2014, p. 57.

afirma que toda persona tiene derecho a "...constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella" (art. VI), "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica..." (art. XI); como también "...a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" (art. XXIII). Representa el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos y se anticipa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El apartado 1 del art. 25 de la DUDH predica que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia [...] la vivienda ..."; mientras que el primer apartado del art. 11.1 del PIDESC establece que "Los Estados Partes ... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso [...] vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. ...".

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, se proclama de manera expresa la defensa de la vivienda, ampliándose la protección de la familia y el derecho a la vivienda digna.

*La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su protocolo facultativo, representa un cambio de paradigma, se pasa de una perspectiva médica o caritativa a un enfoque de derechos humanos, que vela porque las personas con discapacidad tengan acceso y puedan participar en las decisiones que influyen en su vida; les reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, imponiéndole a los Estados el compromiso de asumir políticas públicas que aseguren el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública. Esta Convención posee jerarquía constitucional desde 2014 (ley 27.044).<sup>8</sup>

*La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* aprobada en 2015 en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y vigente desde el 11 de enero de 2017, es el primer instrumento

---

<sup>8</sup>B.O. n° 33.035.

a nivel internacional que establece los derechos de las personas mayores, cuyo art. 24 predica que “la persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades...”. El Congreso Nacional aprobó esta Convención mediante ley 27.360.<sup>9</sup> Emerge de este encuadre Convencional el derecho de toda persona a tener una familia y no ser separados de ella, a la vez que se proclama el mandato de protegerlos contra toda forma de desamparo e insiste en la obligación de la familia, la sociedad y el Estado en el sentido de garantizar su desarrollo armónico e integral. Nada de lo cual puede lograrse cabalmente si cada miembro de la sociedad, pero en particular los más vulnerables, carecen de una vivienda digna a la cual acogerse o si corren el riesgo de perderla, generalmente a causa de problemas económicos que no está a su alcance resolver, darles alternativas de solución al conflicto.

La Corte Suprema ha reconocido que “la protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del Estado de Derecho y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Llamar ciudadano a quien no tiene ..., vivienda ... , constituye una afrenta ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social”.<sup>10</sup>

La garantía constitucional ampara no solo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda que gozan legítimamente quienes no lo son.<sup>11</sup>

El legislador, en cumplimiento al art. 28 C.N., sin prescindir de la situación de los acreedores, protege la familia y más aún en contextos de emergencia. El máximo Tribunal, frente a los deudores hipotecarios cuyos hogares estuvieron con riesgo de ser ejecutados como consecuencia de las graves implicancias sociales, sostuvo que “...la ley 26.167 persigue un fin legítimo y resulta coherente con la pauta constitucional del art. 14 bis que contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna, derechos que también son tutelados por tratados internacionales de idéntica jerarquía según la reforma de 1994.”<sup>12</sup>

La evolución de la jurisprudencia de la Corte, luego de la reforma constitucional de 1994, la ha llevado a la recepción del control de convencionalidad. En el caso

---

<sup>9</sup>B.O. nº 33635.

<sup>10</sup> CSJN, 28/8/2007, “Cambiaso Pères de Nealón, Cecilia María Ana y ot. c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, *Fallos*, 330:3725.

<sup>11</sup> Las conclusiones de las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, señalaron (por mayoría) que “Debe autorizarse la afectación a pedido del cónyuge no titular, incluso después de la sentencia de divorcio, si el inmueble fue asiento del hogar conyugal y continúa siendo habitado por el peticionante y los hijos menores o incapaces”.

<sup>12</sup> CSJN, 11/9/2007, “Bezzi, Rubén Amleto y otro c/Valentín, Sixto Carlos y otro s/ejecución hipotecaria”, B. 2087. XLII. REX. *Fallos*, 330:4001.

“Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y ot. s/amparo”,<sup>13</sup> efectúa una clasificación de los derechos en función de su operatividad, a partir del control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Se sostiene que los jueces están obligados a realizar esta actividad, a efectos de impedir que pueda producirse la responsabilidad internacional del Estado por realizar acciones contrarias a lo que prescriben los tratados u omitir la toma de decisiones que permitan que sus disposiciones sean operativas.<sup>14</sup>

Cuando el derecho a la vivienda o el derecho a la vivienda adecuada es reconocido en los distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional, alude indefectiblemente al contenido social de ese derecho de la persona humana relativo al acceso a la vivienda para sí y su familia, pero también sienta las bases inquebrantables para que esa persona que adquirió su vivienda, pueda protegerla y conservarla (derecho sobre la vivienda). Se ingresa de esta manera en la faceta civil del derecho, clara muestra de la constitucionalización del derecho privado.

El Código establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el Derecho Privado. Estos principios brindan las herramientas hermenéuticas al juez para interpretar la conducta humana a partir de la constitucionalización de los derechos y la aplicación de su reglamentación, tanto en función del constituyente como de los beneficiarios.<sup>15</sup>

El nuevo Código amplía el marco tuitivo que preveía la legislación antecedente. Sin dejar de ubicar su tratamiento en la normativa de derecho privado, se focaliza y apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona, permitiéndole ampararla con independencia del modelo de familia.

El nuevo régimen le asigna a la vivienda un alcance que supera la faz inmobiliaria y su consideración patrimonial para ponderar su función vital y dinámica: el hogar.

**3.a. La familia y la vivienda.** La Carta Magna consagra de manera contundente la protección integral de la familia (art. 14 bis),<sup>16</sup> sin establecer distinciones según que

---

<sup>13</sup> *Fallos*, 335:452.

<sup>14</sup> SABSAY: El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Pensar en Derecho* Año I, nº 0, pp. 265-282. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-acceso-a-la-vivienda-digna-en-un-fallo-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion.pdf>.

<sup>15</sup> En igual sentido FLAHERTY-AGUILAR: ob. cit., p. 831. JUNYENT BAS, Francisco, y GIMÉNEZ, Sofía I.: “La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 80 - julio 2017, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 132.

<sup>16</sup> La protección integral de la familia ha sido consagrada en el art. 14 bis de la C.N. y se proyecta, en singular correspondencia, en el ámbito municipal al establecer el art. 34 de la Carta Orgánica de Córdoba a la familia como la célula social básica; por lo cual la estipulación de normas tendientes a

estén constituidas a partir de matrimonios civiles, de uniones convivenciales, forma de conformación o de vínculos de una naturaleza particular. Ha dicho el máximo Tribunal que "...la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio".<sup>17</sup>

Los derechos fundamentales se separan del resto especialmente por su carácter de inalienables, indisponibles, inviolables, intransigibles y personalísimos y, como tales, deben ser garantizados a todas las personas más allá de la forma de vida por la que han optado.<sup>18</sup>

**3.b. Familia unipersonal.** La nueva axiología constitucional implica la consideración primaria de la persona humana como eje esencial del sistema jurídico y, por ende, como núcleo central de regulación en el ordenamiento.<sup>19</sup> El nuevo marco normativo protege el hogar sin importar que la familia se multipersonal o unipersonal, personas solteras, casadas o en unión convivencial, con o sin hijos, etc.

No obstante, la inmunidad para la familia unipersonal, solo se logra acudiendo a la afectación voluntaria (art. 244 y cc. CCyCN), sin lograr el abrigo de pleno derecho a los hogares individuales ni a los monoparentales. Ello deja en evidencia un tratamiento inequitativo frente a la familia matrimonial y convivencial (arts. 456 y 522).

**3.c. Familia y uniones convivenciales.** El Código innova en relación a la ley 14.394, a los distintos anteproyectos y proyectos de ley que lo precedieron —inclusive en relación al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio—, al incorporar a los convivientes como beneficiarios del régimen de vivienda, conformar uno de los supuestos de afectación judicial por conclusión de la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245 *in fine*) e instaurar la protección de la vivienda familiar convivencial (art. 522).

---

su protección, alentada por los propios vecinos —ordenanza 1660/14 del Municipio de Arroyito—, no solo no podría ser objetable sino que se presenta en línea con una manda constitucional expresada en los tres niveles de gobierno. CSJN, 20/5/2021, "Shi, Jinchui c/Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/Acción declarativa de inconstitucionalidad", *Fallos*, 344:1151.

<sup>17</sup> CSJN, 8/3/1990, "Missart, Miguel Angel s/haberes (prenatal)", *Fallos*, 313:225. En similar sentido GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, t. I, La Ley. Buenos Aires. 2008, p. 224.

<sup>18</sup> FAMÁ, María Victoria: "La protección jurídica de la vivienda unipersonal: constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia". *RDPC*, 2011-1, Bien de Familia, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2011.

<sup>19</sup> RIVERA, Julio C.: "El derecho privado constitucional", *RDPC*, t. 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1994.

El Código otorga determinados efectos a las uniones convivenciales a partir de dos principios esenciales, uno de rango constitucional como lo es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico que obliga a los poderes del estado a promover las condiciones para su realidad y efectividad, teniendo como eje la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. El restante, a partir de su reconocimiento y tratamiento legislativo, con la asignación de derechos o beneficios, como el derecho a pensión, continuación de la locación ante el fallecimiento del locatario, beneficiario del régimen de vivienda, etc.<sup>20</sup>

### **3.d. Interpretación de la vivienda en la constitucionalización del derecho privado**

El Código Civil y Comercial acude a los *principios y valores* para la interpretación de la ley, en consonancia con las teorías neoconstitucionalistas, que reclaman el reconocimiento y operatividad de estos. Se señala una cierta identidad entre principios y valores dado que en definitiva sus contenidos apuntan al origen legitimador y a la finalidad intrínseca del Derecho que es servir al bien del hombre en común.<sup>21</sup>

Tal como lo afirma Vigo, los jueces no están para ejecutar la ley, sino para decir el derecho en cada caso, sin que ello implique incurrir en el reductivismo del Derecho a la jurisprudencia.

**3.e. Interpretación constitucional.** La evolución de la teoría neoconstitucionalista nos conducen a considerar la Constitución Nacional, los Tratados internacionales y las leyes de la Nación que se dicten en el congreso como ley suprema y prevalencia en orden jerárquico, debiendo cada provincia —y la población—, conformarse a ellas, estando expresamente vedado alterar o restringir los principios, garantías y derechos naturales e inalienables del ser humano reconocidos en la Carta Magna.<sup>22</sup>

El punto de partida será la interpretación del derecho fundamental y la fidelidad a los fines previstos en la Constitución y el Bloque de Convencionalidad. Luego descender a la norma infraconstitucional que reglamenta su ejercicio, de conformidad al párrafo

---

<sup>20</sup> Conf. sent. 5270/05 del Tribunal Superior de España, Sala de lo Civil, 12/9/2005 (Rec. 980/2002. resol. 611/05).

<sup>21</sup> VIGO, Rodolfo L.: “El derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial”, *RDPC*, 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2013, p. 45.

<sup>22</sup> Si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas: solo si la colisión con el tratado fuera inevitable y palmaria debe estarse a la hipótesis de su incumplimiento, con las consecuencias que ello entraña (voto del Dr. Antonio Boggiano). CSJN, 13/10/1994, “Cafés La Virginia SA s/apelación (por denegación de repetición)”, *Fallos*, 317:1282.

inicial del art. 14 de la C.N., a fin de verificar que guarde coherencia y armonía con todo el ordenamiento en su conjunto (art. 28, C.N. y art. 2º, CCyCN) y de esa manera considerar su aplicabilidad a una situación jurídica concreta.<sup>23</sup>

**3.f. Principio *pro homine*, de progresividad y no regresividad.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó el principio *pro homine* a través de su Opinión Consultiva Nº 5 de 1985, indicando que si a una misma situación le son aplicables la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. El principio *pro homine* es el criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a *interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen*. Ese criterio fundamental conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción.<sup>24</sup>

En este orden, adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (*pro justicia socialis*) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana (*pro homine*), de progresividad de los derechos y de no regresividad (conf. art. 75, incs. 19 y 22, C.N.; CADH —arts. 26, 29, inc. b—; PIDESC —arts. 2º.1, 5º.2, 51—; PIDCP —art. 5º.2—).

El principio *pro homine* es autónomo, tiene entidad propia a pesar de su interacción con los principios de progresividad, no regresividad, integralidad. Es atemporal, al neutralizar la temporalidad normativa, sin interesar si una norma es anterior o posterior se posiciona sobre aquella que lo salvaguarda.

A su vez, si bien las distintas partes que componen la Carta Magna se encuentran en un pie de igualdad jerárquica dentro de la supremacía formal, los valores que hacen a la persona humana y a sus derechos, predominan sobre aquellos que se refieren a la estructura de poder.

**3.g. Interpretación del régimen de vivienda.** Su interpretación debe atenerse más que a la literalidad positiva o a la apariencia de la ley —que es su base reglamentaria—, a su sentido jurídico, a la finalidad del instituto y al espíritu de su base normativa

---

<sup>23</sup> El Proyecto de ley 121/000089 de 2022 por el derecho a la vivienda de España (BOE, 18/02/2022), lo considera como un derecho constitucional, e incorpora en sus disposiciones un capítulo destinado al *régimen jurídico básico del derecho de propiedad de vivienda*.

<sup>24</sup> Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1º.1 y 2º, CADH). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29/8/1986. Serie A, nº 7. Voto del juez Rodolfo E. Piza Escalante. (pto. 36). San José, Costa Rica.

constitucional y del bloque de convencionalidad, que protege la familia y su hogar como elemento natural y fundamental de la sociedad.<sup>25</sup>

No solo no hay una directriz que establezca una pauta restrictiva para la interpretación del régimen de vivienda, que de existir sería contraria a derecho, sino que se debe ponderar la protección esencial dada por la *ley fundamental* a la vivienda, a partir de los elementos establecidos en la legislación de fondo y el derecho vigente.<sup>26</sup>

El Congreso de la Nación con el objeto de interpretar la aplicación del conjunto normativo de emergencia pública declarada por la ley 25.561 y sus modificatorias, en protección de los deudores de obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, garantizadas con derecho real de hipoteca sobre inmueble destinado a su vivienda única y familiar, dispuso como pauta que *los jueces se decidirán en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección de la familia.*<sup>27</sup>

La Corte Suprema de Justicia, afirmó que en “...la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y de protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, dado que, además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia, procura que al percibir su crédito el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto.” Y frente a la grave crisis económica de 2001 sostuvo que “ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios puedan ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el art. 14 bis de la C.N., las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar —leyes 25.798 y 25.908, que al presente han quedado subsumidas en la ley 26.167— obedecen a un propósito de justicia, y la razonabilidad de las mayores restricciones que aquellas imponen al derecho de propiedad del acreedor, deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse”.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> La interpretación de las leyes debe practicarse de manera que las garantías constitucionales no resulten afectadas. CSJN, “Harari, Elías c/Reiss, Osias”, 1960, *Fallos*, 246:162.

<sup>26</sup> ZAVALA, Gastón A.: Protección constitucional de la vivienda. En imprenta. – Edit. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2023.

<sup>27</sup> Conf. art. 15, ley 26.167, sancionada el 8/11/2006, publicada en el B.O. n° 31.043 del 29/11/2006.

<sup>28</sup> CSJN, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ejecución hipotecaria”, *Fallos*, 330:855. En igual sentido CSJN, 29/4/2008, “Baschi Ferruccio y otro c/Guntin, Carlos Alberto y otro s/ejecución hipotecaria”, *Fallos*, 331:926. En consonancia, Kemelmajer expone que la defensa de la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad y que cómo mínimo, ante una situación dudosa, la interpretación debe priorizar a quien tiene un derecho sobre la vivienda, por encima de quien solo ostenta un derecho creditorio. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 137.

Una década después, la Corte reiteró en “Dalamaca” que en caso de duda sobre la aplicación, interpretación o alcance de la ley, los jueces deben decidir en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección integral de la familia, en los términos del art. 14 bis de la C.N.<sup>29</sup>

El derecho vigente y válido coloca a la protección de la vivienda (arts. 244 y conc., CCyCN) y de la vivienda familiar (arts. 456 y 522 CCyCN) en un lugar preferente que solo puede ceder ante casos excepcionales. La hermenéutica debe ser realizada con un criterio omnicomprendivo del derecho tutelado, de otro modo se corre el riesgo de vulnerar la protección constitucional a través de la interpretación.

**3.h. Particularidades del régimen de la vivienda familiar.** La protección *ope legis* de la morada familiar matrimonial o convivencial representa la canalización más fidedigna como derecho humano fundamental. No solo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros acreedores, al tornarla inejecutable por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial.

En la XXXII Jornada Notarial Argentina (2016), con Karen Weiss, planteábamos el interrogante respecto a si frente a una deuda generada con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial por uno de los cónyuges, sin contar con el asentimiento del otro, habría de primar el derecho constitucional y la correlativa protección del art. 456 o el derecho de un acreedor; pronunciándonos de manera expresa en favor del derecho a la vivienda.<sup>30</sup> En este sentido se pronunció la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew frente a un incidente de nulidad de subasta promovido por la cónyuge del deudor. Entendió que atento no encontrarse perfeccionada la venta judicial del inmueble subastado (hechos en curso, no alcanzados por la noción de “consumo jurídico” conforme art. 7º del CCyCN), se torna aplicable la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas con posterioridad a la celebración del matrimonio sin el asentimiento del otro cónyuge. Destaca la Cámara que la deuda se basa a partir de un pagaré suscripto por el deudor -sin el asentimiento de la cónyuge— el 5/3/2010, con posterioridad a la celebración

---

<sup>29</sup> CSJN, 12/7/2016, “Dalamaca SA c/Nahra, Raúl Héctor y otro s/ejecución especial ley 24.441”, *Fallos*, 339:919.

<sup>30</sup> ZAVALA, Gastón A., y WEISS, Karen M.: “Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones”, *Anuario de la Revista del Notariado del Col. de Esc. de la Ciudad de Buenos Aires*, 2016; *Revista Notarial*, nº 981, Col. de Esc. de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, mayo-agosto 2016, pp. 437/486.

del matrimonio (1994), por lo que declara la nulidad de la subasta y de los actos procesales consecuentes.<sup>31</sup>

No obstante esta operatividad de los derechos fundamentales, el Estado debe establecer de manera adecuada su regulación y los magistrados resolver los casos que se le planteen, analizándolos de una manera razonada según la estructura normativa aplicable, en la que ponderen el derecho a la vivienda con otros derechos en pugna, algunos de ellos también con jerarquía constitucional, a fin de evitar el subterfugio que permita a deudores maliciosos evadir sus obligaciones.

**3.i. Asentimiento.** El asentimiento es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino que es una condición jurídica para la validez de él. Quien lo presta no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto. Esto se advierte nítidamente en la parte final del art. 456 cuando distingue según que el acto haya sido contraído "...por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro"; de manera similar se presenta el art. 522 CCyCN para los convivientes.

No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento, pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (art. 1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición (459 primer párrafo *in fine*).

El *asentimiento anticipado* requiere contener no solo el acto para el que se otorga sino también sus elementos constitutivos —precio, plazos para el pago, entrega de la posesión, etc.— (art. 457); prohibiéndose apoderar al cónyuge para que otorgue el asentimiento cuando está en juego el hogar familiar (art. 459 CCyCN).

Disponer de los derechos sobre la vivienda, es significativamente más abarcativo que actos de disposición, dado que engloba tanto actos disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía), como también actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

La protección de la vivienda procede sin importar que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio, de la unión convivencial, en ambos o en un tercero.

Cuando lo que se pretende es la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre), si bien se exige este asentimiento para

---

<sup>31</sup> CApel. Trelew, Sala B, 11/12/2015, "P.C. SA c/R., G. D. y otro s/ejecutivo", Cita *online*: AR/JUR/88079/2015.

cuando se pretenda gravar o enajenar el bien, es extensivo para estos casos si se afecta la vivienda familiar. Medina plantea si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo, pronunciándose en forma negativa porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien.<sup>32</sup>

**4. El régimen de vivienda.** Es el estatuto legal (arts. 244 a 256 CCyCN) que a partir de un acto jurídico formal protege la vivienda familiar habitada de manera efectiva por cualquier beneficiario designado, que torna inejecutable el inmueble en el que se encuentra el hogar mientras subsistan los efectos asignados en la ley, en base a los requisitos impuestos y no se extingue por la defunción del constituyente.

Este marco normativo vino a sustituir la plataforma prevista en los arts. 34 a 50 de la ley 14.394, circunscribe la protección al destino de vivienda y desestima explotación del inmueble para sustento familiar, cuando ello fuere con carácter exclusivo.

El tratamiento legal responde a la reglamentación de la protección constitucional de la familia y el amparo de su habitación permanente, como núcleo de contención social, familiar, afectiva, educativa, de salud, cultural, administrativa y fiscal.

Para que prospere de manera eficaz la tutela legal de este estatuto la afectación se habrá de integrar con elementos reales, personales y formales.

El elemento objetivo o real se caracteriza por el soporte físico en el que se asienta la vivienda. El subjetivo, se asocia a las personas humanas que pueden participar de la relación jurídica. Y el elemento formal, se da por la exteriorización expresa, deliberada y concreta de la voluntad de afectar el elemento real al régimen protectorio previsto en la ley, en beneficio de los miembros de la familia y que cumpliendo con la publicidad adecuada, adquiere la eficacia jurídica pretendida.

**4.a. Elemento real.** El elemento objetivo se integra con un inmueble en su totalidad o parte de él, sin importar que se ubique en el ejido urbano, rural o zonas intermedias. El inmueble -al que alude el Código-, ha perdido relevancia desde el punto de vista intrínseco, sino que su valor está dado por su destino, como lugar residencia familiar, nucleándose así dos instituciones jurídicas protagónicas: la familia y la propiedad.

---

<sup>32</sup> MEDINA, Graciela: "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial". *DFyP* 2012 (noviembre), 1º/11/2012, 3.

Cuando la morada comprende la parcela catastral, hay una simbiosis jurídica entre título y hogar. Es suficiente con la designación del inmueble en el que se encuentra una edificación (por ej. casa) y su afectación con destino de vivienda, para que se active integralmente la mecánica protectoria.

Catastralmente se denomina parcela a la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico (con. art. 4º, ley 26.209).

Este inmueble, que sirva de sustento en la afectación al régimen, debe designarse formalmente según título de manera precisa, con su código de parcela (sea numérico, alfabético o alfanumérico), de manzana, quinta, chacra o sección y todo otro elemento descriptivo que el catastro local determine en la tarea de individualización.

**4.a.i. Certificaciones de libre deuda.** No se exige ni para la constitución ni para la subrogación, contar con certificaciones de libre deudas en concepto de expensas, impuestos, tasas y contribuciones del inmueble.<sup>33</sup> Su fundamento se posiciona en el hecho de no representar el acto de afectación un acto dispositivo de tipo traslativo.

**4.a.ii. Plano de mensura.** El inmueble objeto de la afectación, puede no encontrarse definido planimétricamente y no corresponde exigir su delimitación. E incluso, puede ser que la parcela cuenta con plano de mensura registrada y vigente y la afectación comprenda solo una parte del bien. La razón de la excepción estriba en el hecho de que el objeto de la afectación es la vivienda y no el inmueble en si mismo.

**4.a.iii. El valor del inmueble.** El valor del inmueble no es relevante en la nueva legislación, como si la tenía con la ley 14.394.<sup>34</sup> Lo que ahora se pondera, no es el valor económico, sino si la vivienda satisface las necesidades de la familia.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> La ley 10.284 de “Lotes de Hogar” de 1917 requería para la afectación que el inmueble no adeudase impuestos ni contribuciones.

<sup>34</sup> El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro admitió la sustitución del inmueble inscripto como bien de familia que poseía 633,28m2, por uno de 50m2, por considerar que la morada superaba las necesidades de sustento y vivienda del demandado —quebrado— y su familia, y que en virtud del carácter suntuoso de la vivienda, debía ser entendida en el sentido de “desproporcionada” en relación a las necesidades de habitación que consagra la tutela legal. STJ Río Negro, Secretaría Civil, 27/3/2007, “Satollo, Evelina B. c/Martínez, Reynaldo S. s/sumario s/casación”. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema. CSJN, 16/11/2009, “Recurso de hecho. Satollo, Evelina Bartolomea c/Martínez, Reynaldo s/sumario”, S. 796. XLIII.

<sup>35</sup> La Sala I de C.Apel.Civ. y Com. de Salta revocó la sentencia del magistrado de grado que había rechazado la exclusión del inmueble afectado bien de familia de la masa de acreedores del fallido basado fundamentalmente en el valor y envergadura del mismo, dispuesto su desafectación y

**4.a.iv. Afectación parcial.** El estatuto legal admite que se afecte solo una parte del inmueble. Puede suceder que exista una construcción que excede las necesidades de una sola familia, por ejemplo la construcción de un edificio con varios departamentos sin afectárselo a derecho real de propiedad horizontal (arts. 2037 y conc., CCyCN). En este caso se podrá afectar solo un departamento, que al no estar regido por el derecho del art. 2037 y sgts., su titular podría afectar al régimen de vivienda solo una parte de dicha parcela catastral.

Los registros inmobiliarios reglamentan que cuando se afecte solo una parte del bien, se exprese esa situación en el formulario de inscripción. Cada registro tiene la autonomía suficiente para determinar la modalidad descriptiva que crea. La DTR 10/2016 de RPI de la Provincia de Buenos Aires menciona de manera genérica que “si se afectare solo por una parte ... se dejará constancia en el asiento de tal circunstancia”. En CABA o Río Negro, se requiere su especificación en términos fraccionarios respecto del valor total, en La Pampa se solicita consignar la proporción correspondiente, mientras que el Registro misionero “...recomienda expresar el valor de afectación en porcentajes o números fraccionarios”.<sup>36</sup>

**4.a.v. Afectación de más de un inmueble.** El Código restringe la posibilidad afectar -de manera idéntica- dos viviendas de manera simultánea y de un mismo titular dominial, pero nada impide que se proteja una única vivienda aunque esta esté asentada sobre dos o más parcelas catastrales o unidades funcionales.

El digesto evoluciona sustancialmente al determinar un esquema jurídico de protección, que excede lo referente al predio físico y se posiciona sobre un aspecto dinámico asociada a su destino. La actual plataforma normativa, habilita a interpretar que la vivienda puede comprender más de un inmueble del mismo propietario, entendiéndose esta situación por su emplazamiento en más de una parcela catastral -no necesariamente linderas-, o más de una unidad funcional.

El segundo inmueble puede adquirirse junto con el primero, pero es factible que se corresponda con una adquisición posterior para ampliar y complementar la vivienda existente, integrando con esta una sola unidad.<sup>37</sup>

---

ejecución. Afirma la Cámara que el nuevo Código pone fin a los toques o límites de valor. CCiv. y Com. Salta, Sala I, 10/11/2020, “Rallín, Juan A. s/incidentes”, *LL online*: AR/JUR/67713/2020.

<sup>36</sup> DTR 10/2016 de Buenos Aires, art. 2º; DTR 4/2016 de CABA, art. 3º; DTR 1/2021 de Río Negro, art. 4º; DTR 9/2015 de La Pampa, art. 1º; DTR 10/2016 de Misiones, art. 3º.

<sup>37</sup> Conf. GUAUSTAVINO: ob. cit., p. 303.

La Cámara Civil, Comercial y de Minería de Viedma, hizo lugar a un recurso de reconsideración por el que se cuestionaba la calificación registral, que entendía la improcedencia de la afectación a vivienda sobre dos parcelas y ordenó su inscripción. El tribunal patagónico, expuso que “la exégesis propiciada es la que más se ajusta al derecho sobre la vivienda que prescribe el art. 244 del CCyCN, ... . La circunstancia que esta, la vivienda, se encuentre emplazada sobre dos predios pareciera no ser suficiente para justificar mayores exigencias -ej. unificación predial- a fin de dar la cobertura instituida por el legislador a modo de política de Estado. Es que, si así fuera, ya no se estaría preservando la vivienda como lugar de cobijo de una determinada persona o de un grupo familiar ... . Mantener la posición refrendada por el Registro de la Propiedad Inmueble ..., implicaría colocar la mirada en la cantidad de inmuebles en los que se asienta el techo que, a mérito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la ley protege por razones de interés general ..., y no en este, lo cual quita razonabilidad al sistema de protección instituido por el codificador”.<sup>38</sup>

**4.a.vi. Inmuebles en condominio.** La solicitud de afectación debe contar con la conformidad de todos los cotitulares del condominio (art. 245, CCyCN).

A fin de no quedar expuestos a una interpretación judicial, es conveniente que todos los condóminos otorguen un convenio de uso y goce exclusivo y excluyente sobre *determinadas partes materiales* del inmueble -o sobre la totalidad-, con facultad expresa para afectar la parte material asignada a cada uno al régimen de vivienda, formalizado por escritura pública (conf. arts. 375, 1017, 1987 y 1989, CCyCN).

Será la prudente y diligente función notarial desarrollada en las audiencias preliminares y en la instrumentación del acuerdo, lo que anticipe y suministre las herramientas suficientes para que cada condómino pueda proteger su vivienda.

Lamentablemente el legislador nacional se quedó a mitad de camino en el tratamiento en la interacción de estos derechos, sin abordar la posibilidad de que un condómino, unilateralmente y de manera voluntaria, pueda proteger su vivienda.

Sí lo deja expuesto a la acción de los acreedores (conf. art. 1989, CCyCN) en su parte indivisa y admite que todos los titulares lo afecten a vivienda, sobre una parte material determinada y *a posteriori* de esa afectación, el resto del inmueble permanezca sujeto a la acción de los acreedores e incluso hasta podría solicitar la desafectación parcial

---

<sup>38</sup> CCiv., Com. y de Minería de Viedma, 12/8/2019, “Zavala, Gastón Augusto c/Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble de la 2ª Circunscripción Judicial dela Provincia de Río Negro s/contencioso administrativo (recurso de reconsideración)”.

del inmueble respecto a las partes indivisas restantes —reflejadas en partes materialmente determinadas.<sup>39</sup>

La situación expuesta nos permite concluir que ese condómino pueda afectar otro bien en el porcentual restante, de manera tal de no superarse la unidad y que cada vivienda tenga su habitante efectivo, que por razones obvias no podrá ser el mismo.

A diferencia de lo que acontecía con ley 14.394, ya no rige la necesidad de que exista un vínculo parental entre los condóminos, solución conteste con la oportunidad de designarse un único beneficiario o que este sea un conviviente.

**4.a.vii. Inmueble rural.** Ni el Código ni la Constitución, ni el bloque Convencional con jerarquía superior a las leyes indican que la vivienda se tiene que relacionar con parcelas urbanas, suburbanas, subrurales o rurales. Recuérdese que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resol. 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, consagra que los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, debiendo asegurársele "...el derecho a... gozar ... de la vivienda... ." (art. 14).

El requisito indispensable para que prospere el régimen tuitivo en un inmueble rural es que en el mismo obre una edificación, construcción o instalación que cumpla de manera eficaz con el destino de vivienda, independientemente que el resto de la unidad económica se encuentre -o no- destinada a satisfacer las necesidades alimentarias.

**4.a.viii. Características constructivas.** El Código no ingresa en las características constructivas, de edificación o de instalación que debe observarse en el inmueble, como tampoco se posiciona sobre la seguridad o precariedad de lo que obre en el predio para albergar a cada integrante de la familia ni sobre su perdurabilidad.

Se ocupa del lugar habitacional de la familia, sin ingresar en la descripción material de la morada. Solo la ley 23.302 de Comunidades Aborígenes refiere a la gestión de habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas,

---

<sup>39</sup> La ley 4403 de la Provincia de Jujuy Sancionada el 17/11/1988, B.O. nº 79 del 12/7/1989, preveía que en caso de "inmuebles rurales, cada uno de los condominios con derechos a la constitución del bien de familia podrá afectarlo por la cuota parte indivisa que le corresponda, ..." (art. 8º). Si bien pondero la intención del legislador jujeño, corresponde destacar que la norma confronta con lo establecido en el primer párrafo del art. 245 del Código nacional (art. 31, C.N.).

*resguardándose el respeto y adaptación de la técnicas y costumbres de cada comunidad (art. 23 bis)*".<sup>40</sup>

En su caso la precariedad del lugar y la ausencia de condiciones y servicios apropiados para que la familia se asiente podrá conculcar contra las particularidades que se exigen para que sea considerada una "vivienda digna y adecuada".

Una situación particular se suscita con la colocación de casas prearmadas en el terreno, como podrían ser aquellas construidas en *containers* o estructuras similares, que si bien inicialmente son cosas muebles que pueden desplazarse por una fuerza externa, a partir de su instalación en el inmueble y la colocación de los servicios propios de una vivienda (agua corriente, cloacas, gas natural, energía eléctrica), la caracterizan con carácter perdurable considerándosela como un inmueble por accesión y eficaz para la aplicación de la inmunidad legal.

**4.a. ix. Inmuebles baldíos.** Para que opere el régimen tuitivo, el inmueble debe estar destinado a vivienda por su totalidad o por una parte de él y para cumplir con dicha finalidad, debe existir en el predio una construcción, edificación o instalación que sea apta para su habitabilidad.<sup>41</sup>

No obstante ello, no puede impedirse constituir -e inscribir- el régimen de vivienda sobre un inmueble baldío, cuando se tiene en vista su edificación o instalación de una casa que albergue al o los beneficiarios. Su eficacia quedará condicionada a la efectiva instalación material de la vivienda y a que el destino requerido por la ley se cumpla de manera efectiva.<sup>42</sup>

**4.a.x. Faz dinámica del inmueble.** En el régimen de "vivienda" la naturaleza catastral y su aspecto patrimonial quedan relegados a un segundo plano. El marco normativo protege el destino del inmueble, que es su habitación efectiva y que el derecho constitucional denomina "hogar", posicionado sobre un aspecto vivo y dinámico.

Desde el primer acuerdo internacional base de los Derechos Humanos y antecedente de la Declaración Universal, se registra la disquisición entre propiedad y hogar familiar al establecerse que toda persona tiene derecho "...a la propiedad privada ... , que

---

<sup>40</sup> Ley 23.302, sancionada el 30/9/1985 (B.O. n° 25.803), modificada por ley 25.799 del 5/11/2003.

<sup>41</sup> La Dirección General del RPI de Misiones dispuso que "en todos los casos de afectación, deberá hacerse constar: que el inmueble se encuentra edificado o incluye mejoras declaradas, según las constancias del informe catastral ..." Art. 6º, DTR 10/2016 de Misiones, del 11/11/2016.

<sup>42</sup> La DTR 1/2021 del RPI de Río Negro sostiene que "podrá afectarse un inmueble catalogado en el certificado catastral como baldío o a construir siempre que se manifieste el destino de vivienda en el instrumento inscribible" (art. 2º, inc. f).

contribuya a mantener la dignidad de la persona y del *hogar*” (art. XXIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Así lo comprendió la Cámara de Viedma al afirmar que “la mirada del legislador a la hora de posarse sobre el objeto que pretendía proteger lo hizo sobre el lugar en que la persona vive, ... y no en un sentido parcelario registral” y advierte que en los artículos subsiguientes al 244 del CCyC, se utiliza en forma indistinta el término inmueble o vivienda, abonando la caracterización que se postula.<sup>43</sup>

El art. 248 ratifica literalmente el destino de vivienda al establecer que “la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada...”. Eso evidencia que lo que se protege es esencialmente el hogar familiar por sobre el inmueble.

Si bien corresponde descartar la posibilidad de que se constituya el régimen tuitivo sobre una parcela en la que se desarrolla en *exclusividad* una actividad industrial, comercial, profesional, etc., tampoco puede ser terminante su rechazo cuando en parte de la vivienda se desarrolla de manera complementaria otra actividad para poder satisfacer la obligación alimentaria de la familia y el mantenimiento de la vivienda.<sup>44</sup>

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, frente al cuestionamiento de cambiarse el destino del hogar, al destinarse el garaje de la casa para la instalación de una oficina para la atención profesional de la abogacía, sostuvo que pretenderse que el inmueble vuelva al estado anterior no resulta admisible bajo ningún aspecto, en tanto la actividad laboral que se realiza allí, claramente tiende a contribuir con el deber alimentario respecto de la hija así como al propio sustento y al mantenimiento de la vivienda.<sup>45</sup>

**4.b. Elemento personal.** El Código Civil y Comercial de la Nación estructura el régimen de vivienda en atención a la familia, cualquiera sea su composición, con prerrogativas de las que podrá gozar cada miembro designado como beneficiario.

El elemento subjetivo inicial está dado por el constituyente, titular registral del bien en el que se asienta la vivienda. En segundo orden cronológico, corresponde considerar a aquellos sujetos que adquieren una participación protagónica en la subsistencia de la afectación, los beneficiarios. Estos, salvo el constituyente-beneficiario, no participan del acto constitutivo. En tercer lugar, los sujetos acreedores del afectante.

---

<sup>43</sup> CCiv., Com. y de Minería de Viedma, 12/8/2019, “Zavala, Gastón Augusto c/Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble de la 2ª Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro s/contencioso administrativo (Recurso de reconsideración)”.

<sup>44</sup> Véase art. 2º, DTR 9/2015 de la Provincia de La Pampa.

<sup>45</sup> CCiv., Com., Lab. y de Minería de Neuquén, Sala I, 3/3/2021, “P.B.G.O. c/B.S.G. s/división de bienes”, cita *online*: TR LALEY AR/JUR/10546/2021.

**4.b.i. Titular registral.** La actual plataforma normativa refiere al *titular registral*, lo que engloba distintas expresiones de propiedad. El criterio del legislador habilita la interpretación extensiva para la aplicación del instituto a una serie de variables de trascendental importancia, por ej. que se constituya el régimen por quien sea titular del derecho real de uso, usufructo, habitación o superficie, como también que se realice solo a favor de otros beneficiarios (y no del constituyente).

De esta manera se encuentran legitimados para afectar al régimen de vivienda, el titular de dominio, los condóminos, el titular de derecho real de propiedad horizontal, el titular de derecho real de conjunto inmobiliario y el superficiario. Todos derechos reales sobre cosa propia, cuyo objeto resulta compatible con el destino de vivienda.<sup>46</sup> El superficiario, de manera expresa se encuentra facultado para transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas (conf. art. 2120). Conteste con esta potestad, el titular del derecho real de superficie, se encuentra legitimado para constituir el régimen de vivienda sobre el inmueble en el que ejercite su derecho.

Circunscribir la factibilidad de la constitución del régimen de vivienda solo al caso de la propiedad superficiaria (construida) por tratarse de un derecho sobre cosa propia, significaría desatender la realidad y el derecho a edificar que confiere el derecho de superficie —en cosa ajena—, que lleva ínsita una propiedad superficiaria en curso y que se convertirá en tal una vez concluida la edificación, sin formalidades de ninguna naturaleza —más allá de la documentación técnica de *final de obra*.

**4.b.ii. Titular no registral.** En múltiples circunstancias la titularidad registral no es coincidente con la titularidad dominial, por no estar este último inscripto en el registro real y aun así ese titular dominial se encuentra legitimado para constituir el régimen. En estos casos, la legitimación requerida se posiciona sobre la legitimación extrarregistral, relacionándose los actos correspondientes de manera tal que no se quiebre el principio de tracto sucesivo y se refleje el encadenamiento de titularidades.

**4.b.iii. Legitimación.** La constitución del régimen requiere la voluntad expresa del *titular registral*, sin requerirse asentimiento conyugal ni convivencial para formalizarlo, como tampoco la participación ni el consentimiento de los beneficiarios que se determinen.

---

<sup>46</sup> SABENE, Sebastián E. (dir.): *Derecho registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Thomsom Reuters-La Ley. Buenos Aires. 2017, p. 249.

La constitución que pertenece a la categoría de actos jurídicos familiares, a partir del cual el hogar familiar pasa a regirse por un estatuto legal con características propias, por el que se vincula y hace partícipes a otros sujetos, de manera directa como lo son los beneficiarios, y a otros de manera eventual, como acontece con los terceros a quienes les serán oponibles los efectos de la afectación; como también a los órganos del Estado o privados que asumen alguna intervención en estas relaciones jurídicas. La afectación a vivienda se ubica dentro de los actos dispositivos no traslativos; se produce la modificación del *status* jurídico y por ello **se requiere activar la mecánica registral prevista en la ley 17.801**, publicitarlo y lograr su correspondiente oponibilidad. Por no ser de naturaleza traslativa, no es necesario contar con el asentimiento conyugal (dentro del régimen de ganancialidad), ya que no se enajena ni grava ningún bien (conf. art. 470, CCyCN). Tampoco corresponde el asentimiento prescripto por los arts. 456 o 522 del CCyCN porque no se está disponiendo del derecho sobre la vivienda familiar, sino que se pretende es su protección.

**4.b.iv. Régimen optativo.** La afectación a vivienda es una potestad que se asigna al titular registral con carácter facultativo. Lo estipula de manera expresa el estatuto legal al establecer que “*Puede afectarse al régimen ...*” (art. 244 CCyCN).

Esta situación lo diferencia de los regímenes previstos en los arts. 456 y 522 del Código, o la inembargabilidad de la vivienda regulada en la Carta Orgánica del Banco Hipotecario o del Banco de la Nación Argentina, donde la protección es automática.

**4.b.v. Condiciones personales del titular.** A los fines constitutivos es irrelevante la nacionalidad del titular registral, su género, su estado civil, si se encuentra en unión convivencial o si cambia su estado, si tiene hijos o no.

**1) Patrimonio.** Es indiferente que el titular posea únicamente el inmueble que va a afectar a vivienda o que sea titular de una fortuna inmobiliaria. Para que el régimen tuitivo se active es suficiente con que se afecte un inmueble del afectante y se cumpla con el destino exigido.

**2) La capacidad jurídica** es el principio medular del Código Civil y Comercial (conf. art. 22). Toda persona humana por regla general es capaz para ser titular de derechos y deberes jurídicos (capacidad de derecho), excepto las limitaciones expresamente previstas en la ley o determinadas en una sentencia judicial.

El digesto se alista bajo las directivas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad,

reflejándose su incidencia en la capacidad de ejercicio, a partir del deber de considerar la edad de la persona y el grado de madurez suficiente que ostente. Situación que nos permite sostener que la capacidad con la que cuenta el adolescente (art. 25 CCyCN) con grado de madurez suficiente es apta para afectar a vivienda, porque ese acto dispositivo no implica un acto traslativo ni que lo perjudique, sino todo lo contrario.

**3) Titular Inhibido.** El titular registral que se encuentra inhibido está legitimado para otorgar la afectación por no significar un acto traslativo ni producir alteraciones en su patrimonio.<sup>47</sup> La afectación será un acto perfectamente válido, eficaz y oponible a todos los terceros a partir de cumplimentarse los mecanismos de publicidad previstos; excepto para el acreedor inhibiente a quien el acto de afectación le será inoponible.<sup>48</sup>

**4.b.vi. Afectación a favor de terceros.** La posibilidad de que la constitución de la vivienda sea realizada por un tercero, no era factible durante la vigencia de la ley 14.394. Se establecía allí que toda persona podía constituir en bien de familia "...un inmueble de *su* propiedad..." que "...no exceda las necesidades del sustento y vivienda de *su* familia..." (art. 34).

El Código unificado establece que la afectación puede ser solicitada por el titular registral y que son beneficiarios de la afectación el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes, requiriéndose que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble. Mientras que cuando se trate de beneficiarios parientes colaterales, exige la convivencia con el constituyente.

Se infiere que la conjunción "o" da la posibilidad de que el constituyente tenga la voluntad y la decisión de elegir, a quien o quienes designar como beneficiarios, entre los que podrá o no designarse a si mismo. Si no se designase como beneficiario, implicaría una constitución a favor de terceros.

**4.b.vii. Beneficiarios.** Son beneficiarios del régimen de vivienda las personas humanas que integran la familia del constituyente, sea en virtud de vínculos matrimoniales, convivenciales, filiatorios o por afinidad, además del propio afectante. Cada uno puede, de manera individual o conjunta, invocar los efectos de la afectación.

---

<sup>47</sup> En sentido similar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 84.

<sup>48</sup> Vitali destaca que la inhibición como medida cautelar o protectiva procesal, no pretende, ni puede incapacitar, ni ilegitimar, menos aún prohibir. VITALI, Héctor H.: *Derecho registral inmobiliario*, Di Lella Ediciones. Buenos Aires. 2015, p. 330.

Debe ser alguna o algunas de las personas enunciadas en los incisos del art. 246, aunque no necesariamente todos, los cuales serán designados según el criterio discrecional del constituyente. Es decir, el legislador no le impone al titular registral quienes serán los beneficiarios, pero prevé quienes lo son potencialmente.<sup>49</sup>

Son titulares de auténticos derechos subjetivos familiares, que inciden inevitablemente en lo patrimonial -aunque no sea referido a su patrimonio- y oponible *erga omnes*.<sup>50</sup> Si bien estas prerrogativas que se desenvuelven en su favor inciden frente a acreedores desde el punto de vista patrimonial, para los beneficiarios no representa una atribución dominial -ni de otro derecho real- por el solo hecho de haber sido designados como tales ni por el ejercicio de la habitación de la vivienda.<sup>51</sup>

**1) Constituyente.** El primero de los beneficiarios enunciados es el propietario constituyente. Se produce aquí un reflejo de los cambios sociales al reconocerse la familia unipersonal y beneficiársela con este régimen tuitivo.

Si el constituyente se designa a sí mismo como beneficiario, junto a su cónyuge o conviviente, a sus descendientes (por ej. a sus hijos) y sus ascendientes (por ej. a sus padres), estos no deben necesariamente habitar de manera conjunta la vivienda al momento de la constitución. Lo importante para la subsistencia de los efectos protectorios es que al menos uno de los beneficiarios, permanezca en la vivienda.

No hay referencia legal limitativa en cuanto al grado en línea recta que tuviere el constituyente con el beneficiario, siempre que sea descendiente o ascendiente. Se puede designar como beneficiario solo a un descendiente -o varios-. Es indiferente que existan otros parientes en línea recta descendiente o ascendiente de menor grado o en grado concurrente. Tampoco es requisito que los descendientes o los ascendientes convivan efectivamente con el constituyente.

**2) Hijos afines.** El art. 246 del CCyCN omite referirse al parentesco por afinidad entre los beneficiarios del régimen. Este vacío, no puede considerarse un impedimento si se analiza el instituto en armonía con el resto del articulado. El art. 536 establece que el parentesco por afinidad es el que existe entre la persona casada y los parientes de

---

<sup>49</sup> ZAVALA, Gastón A.: ob. cit. "Derecho constitucional de la vivienda".

<sup>50</sup> Afirma la Sala 1 de la SC Mendoza que "Los beneficiarios no se limitan a adquirir expectativas, sino que se convierten en titulares de auténticos derechos subjetivos". 22/2/198, "Bordon, Juan José en J: Bordón, Juan José y Benítez, Antonia Avelina Liquidación de Sociedad Conyugal – casación", expte. 41.337.

<sup>51</sup> La circunstancia de hallarse constituido un inmueble como "bien de familia" implica que el mismo se halla establecido en el interés de una pluralidad de beneficiarios (arts. 36 y concs., ley 14394), calidad esta última que no se identifica con la de "propietario" de la vivienda. Más aún, el régimen también tiende a proteger a los beneficiarios aún ante los eventuales desmanejos del titular. STJ de Río Negro, 15/11/1999, "A. S., L. c/L. H. s/reclamo s/inaplic. de ley", sent. 118.

su cónyuge, mientras que el art. 672 denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

En virtud de ello, pero especialmente por la obligación existente de dar alimentos entre los parientes por afinidad cuando están vinculados en línea recta en primer grado (art. 538, CCyCN), debe reconocérsele la posibilidad de designarlos como beneficiarios del régimen, cuando efectivamente habiten en la morada familiar protegida.<sup>52</sup>

**3) Colaterales.** El Código contempla la posibilidad de designar como beneficiarios a los parientes colaterales, aunque los condiciona a tres requisitos sustanciales: a) Que el vínculo parental con el constituyente sea dentro del *tercer grado*. Alcanza a los hermanos (segundo grado) y a tíos con sobrinos y viceversa (tercer grado). b) La posibilidad de la designación es *en defecto* de “ellos”, en directa referencia a los beneficiarios enumerados en el inc. a) del art. 246. c) Que convivan con *el propietario constituyente*.

El inc. b) del art. 246 del CCyCN predica que la designación como beneficiarios de los colaterales dentro del tercer grado, opera “en defecto de ellos”, refiriéndose al propietario constituyente, cónyuge o conviviente, descendientes o ascendientes.

Resulta un desacierto absoluto que para designar como beneficiario a estos colaterales no deba existir ninguno de los beneficiarios del inc. a) del art. 246. La redacción dada a esta disposición arrastra el criterio primitivo obrante en el marco legal de 1954, que ha sido superado por la evolución de la sociedad argentina.

En primer término no es adecuada la semántica normativa, ya que al generalizar la expresión se incluye al propietario constituyente, quien inevitablemente habrá de existir. Si lo que el legislador pretendió, era que no se autodesignase como beneficiario, sería incongruente con la exigencia de que conviva con los colaterales. Esta exigencia se descalifica por desafortunada.

En segundo lugar, corresponde ponderar la naturaleza afectiva existente entre los vínculos de quienes conviven, que en muchas ocasiones está caracterizada por un vínculo asistencial. El legislador no puede impedir la designación de un colateral como beneficiario que convive con el constituyente, por el solo hecho de que exista alguna de las personas mencionadas en el inc. a), sin que habite la vivienda. Piénsese por ej., en una propietaria de avanzada edad constituyente del régimen de vivienda, que

---

<sup>52</sup> En este sentido se pronunció el RPI de RN., en los considerandos de la DTR 1/2021, dictada el 23 de julio de 2021, para el régimen de vivienda.

reside con su cónyuge —persona también mayor que padece dificultades motrices—, quienes conviven con un sobrino que los cuida y asiste y a quien pretende incluir como beneficiario. Lamentablemente la letra confusa de la ley, es poco feliz al restringir esta posibilidad, por lo que se alberga la esperanza de que la interpretación judicial sustentada en las fuentes resultantes de la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales, canalice esta factibilidad protectoria hasta tanto una reforma legislativa la consagre de manera expresa.

En contra de esta tesis, la Corte mendocina resolvió que existiendo hijo y ascendiente, no es legalmente posible designar beneficiarios a los parientes colaterales, produciéndose una clara irregularidad de la constitución del bien de familia previsto en la ley 14.394.<sup>53</sup>

El tercero de los elementos, es que convivan con el constituyente. Ello permite concluir que: 1) esta exigencia se circunscribe a la convivencia en el momento constitutivo; aclarándose a continuación que en todos los casos, **basta que uno de ellos** permanezca en el inmueble (art. 247, CCyCN). 2) Es factible considerar la vigencia del régimen cuando se hubiera designado como únicos beneficiarios a los colaterales que cumplan con la habitación efectiva, aun cuando el constituyente no obre como beneficiario pero sí habite con ellos, al menos inicialmente. 3) Si se hubiese designado a dos o más parientes colaterales como beneficiarios, no es necesario que todos convivan en simultáneo con el constituyente.

**4) Pluralidad de beneficiarios.** El Código contempla la posibilidad de designar un único beneficiario del régimen tuitivo o varios, cualquiera sea el vínculo que los relacione dentro del marco de posibilidades brindado por el art. 246. El precepto legal brinda al titular registral un listado de personas (familiares o no) entre los cuales puede elegir a quien o quienes designar como beneficiarios; impidiéndole designar a personas que no se encuentren allí enumeradas.

El concepto amplio de familia, es argumento suficiente para comprender los motivos de porque se incluye tanto al cónyuge como al conviviente como beneficiarios del régimen, evidenciando la igualdad que ostentan en torno a la vivienda familiar.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> SC DE MENDOZA, Sala I. Soria, Federico A. c/Lund, Emy Ana Margarita s/desalojo s/tercería s/ recurso extraordinario provincial. 01/04/2022. RDF 2022-v, 85. Cita TR LALEY AR/JUR/2689/2022.

<sup>54</sup> La Sala M de la CNCiv. sostuvo que "(...) la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la C.N.) no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección (...), la convivencia en relación de pareja es una situación visible y clara que emerge en la actualidad como manifestación en la sociedad (...)". CNCiv. Sala M, 16/5/2014, "Ceber, Juana c/Registro de la Propiedad Inmueble s/recurso directo a Cámara".

El vínculo con el conviviente habrá de conformarse documentalmente con la mera declaración del instituyente en el acto constitutivo y **sin que sea requisito formal que la unión convivencial se encuentre registrada** -solo se menciona para la desafectación-.<sup>55</sup> Aquellos registros que exigen *acreditar documentalmente* la inscripción de la unión convivencial para proceder a la registración de la afectación actúan en exceso de sus atribuciones al incorporar un requisito formal no impuesto por la legislación de fondo, que incluso podría atentar contra el amparo del derecho constitucional y dejarlo expuesto a los acreedores.<sup>56</sup>

Los beneficiarios que hayan sido designados por el constituyente están legitimados para habitar la vivienda de manera efectiva, pero no es necesario que lo hagan de manera simultánea. Aquellos miembros de la familia que no hubieran sido designados, nada podrán objetar de la decisión del constituyente.<sup>57</sup>

Quien se encuentre en el ejercicio efectivo de la habitación, será el que haga pervivir los efectos del régimen para él y para todos los beneficiarios, sin que resulte necesario cumplir con ninguna formalidad en relación a mencionar o anotar cual o cuales son los beneficiarios que se encuentran habitando la vivienda, quienes se suceden en su ejercicio o reflejar documentalmente cuando se produzca la sustitución de quien se incorpore a habitarla o cese en ella. La habitación por parte de cualquiera de los beneficiarios es una situación de hecho. El único requisito formal es su designación como beneficiario.

**5) Beneficiarios posteriores a la constitución.** Los beneficiarios del régimen habrán de ser designados en el acto constitutivo y subsistir durante el transcurso del tiempo. O *bien, designarlos* con posterioridad, ampliando los beneficiarios del régimen, sustituyendo a alguno de ellos, a varios o a todos.

**6) Aceptación del beneficiario.** Las personas beneficiarios del régimen no tienen participación formal en el acto constitutivo -ni en la subrogación-, no se requiere su aceptación, ni siquiera tácitamente, e incluso puede suceder que ni siquiera se anuncien que han sido designados como beneficiarios. La afectación a vivienda es un acto jurídico unilateral del constituyente que tiene en miras la protección familiar.

---

<sup>55</sup> El art. 9º de la DTR 9/2015 de La Pampa contempla que en el acto constitutivo deberá acreditarse el vínculo existente entre constituyente/s y beneficiario/s. Cuando se trate de convivientes, si la unión convivencial no está inscripta, se deberá dejar constancia de que se cumplen con los requisitos del Art. 509 del CCyCN.

<sup>56</sup> Art. 26 DTR 10/16 RPI de Misiones: “se deberá acompañar a la solicitud de afectación, ...b) Conviviente: convivencia inscripta: acta de convivencia expedida por la Dirección del Registro de las Personas y/o la Dirección General del Registro Civil y Capacidad de las Personas...”.

<sup>57</sup> Ello sin perjuicio de que en caso de corresponder, reclamen el cumplimiento de las obligaciones alimentarias de quienes ejerzan la responsabilidad parental.

**7) Exclusión de beneficiarios.** El constituyente tiene la potestad unilateral de desvincular en cualquier momento a los beneficiarios del instituto -en su caso, con el correspondiente asentimiento previsto en el art. 255, inc. a) del CCyCN-.

Las razones que motiven la desafectación subjetiva de un beneficiario obran en el fuero interno del titular y formalmente no es necesario revelarlas. Esta decisión no lo libera de las obligaciones familiares, en particular tratándose de menores, incapaces o personas con capacidad restringida.

Si hubiere oposición del beneficiario a su exclusión, éste, en amparo de sus pretensiones, deberá acudir ante la autoridad judicial para que dirima el derecho aplicable, que interpreto podrá sustentarse en otros derechos tutelados pero no exclusivamente en su carácter de beneficiario del régimen de vivienda.

**8) Beneficiarios de varias viviendas.** Puede suceder que una misma persona haya sido designada como beneficiaria de varias viviendas (conf. art. 244, CCyCN), e incluso que ignore su designación. No existe impedimento para figurar como beneficiaria en distintas afectaciones, ni implica para esa persona obligación de ninguna naturaleza.

Si luego de encontrarse como beneficiario de uno o varios regímenes de vivienda, esa persona constituye su propia vivienda -y la inscribe- no necesariamente debe requerir su desafectación de los otros regímenes.

Así como no se requiere su aceptación, tampoco se exige su desvinculación. Al no habitar las otras viviendas, su relación con ellas es irrelevante jurídicamente.

**4.c. La forma instrumental.** La afectación es un acto jurídico formal que tiene por virtud modificar el derecho real de dominio del inmueble, al incidir sobre el patrimonio del titular y su poder dispositivo y extraer el bien afectado de la garantía común de los acreedores, además de asignar derechos subjetivos a los beneficiarios del régimen.

La forma es jurídica, no por ser su materia fenómeno de esa naturaleza, sino cuando por la forma se alcanza o se acentúa un efecto jurídico. Mientras en la protección de la vivienda familiar (arts. 456 y 522, CCyCN) no se exige ningún acto de afectación para que prospere la inejecutabilidad de la morada familiar, se impone cumplir con determinados requisitos conducentes a la identificación de los beneficiarios y la individualización inmobiliaria en el régimen de vivienda (arts. 244 y cc. CCyCN).

Los requisitos no pueden ser arbitrarios ni imponer procedimientos engorrosos, costosos ni meramente burocráticos que atenten contra la seguridad, dinámica y la manda constitucional de la tutela del hogar familiar.

Los elementos formales que se establezcan deben ser operativos, ajustados a las previsiones establecidas por la normativa sustancial, que coadyuven al cumplimiento de la finalidad, que no la impidan o entorpezcan, acompañados de un criterio interpretativo a favor de la protección familiar.

El estatuto legal no contiene una referencia especial a la forma, sino que se enanca sobre la plataforma resultante del ordenamiento jurídico que impone la escritura pública para los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017 CCyCN).

El Código prescribe que la *vivienda* se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble, a fin de publicitar la situación jurídica adoptada para lograr su oponibilidad. De manera conteste, la Ley 17.801 determina que los documentos para ser inscriptos deben “estar constituidos por escritura notarial, o resolución judicial o administrativa” y que aquellos documentos que modifiquen derechos reales sobre inmuebles, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones legales, se inscribirán en el registro real, lo que es reafirmado por el art. 249 al determinar que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su *inscripción*.

En virtud de considerarse que la afectación al régimen protectorio implica una modificación al derecho real de dominio o de cualquier otro de los derechos reales que admiten la constitución, cobran relevancia otros preceptos del ordenamiento jurídico. En este sentido se pronunció la VIII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 1959), en relación al acto jurídico de constitución de bien de familia, al sostener que importa una modificación que restringe las condiciones del dominio de los bienes inmuebles y que tales actos, por ello son de competencia notarial.

El Código Civil y Comercial, no contiene pauta alguna referida a la intervención administrativa en la constitución del régimen; se limitó a consignar que su función está circunscripta al deber de *asesoramiento* y *colaboración* gratuita a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de la afectación (arts. 253, CCyCN), pero sin atribuir competencia constitutiva.

La discusión sobre la competencia administrativa no es novedosa. Las primeras opiniones que se erigieron contra el art. 42 de la ley 14.394, advertían sobre su inconstitucionalidad al atentar contra la división de poderes;<sup>58</sup> o la falta de capacitación

---

<sup>58</sup> Conf. WEIDMANN, Rodolfo, citado en GUASTAVINO: ob. cit., p. 359.

del personal de los registros inmobiliarios —y de otras reparticiones del Estado— para brindar el asesoramiento jurídico, económico y social en la materia.<sup>59</sup>

La forma constitutiva —notarial y judicial— se deduce a partir de lo previsto en cuanto a la legitimación (art. 245, CCyCN) y a lo previsto en el art. 1017, inc. a), CCyCN.

**4.c.i. Afectación por acto de última voluntad.** La afectación puede disponerse por actos de última voluntad (art. 245, párr. 2º), ya sea en testamento ológrafo (art. 2477, CCyCN) o mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, quienes deberán firmar, luego de oír su lectura (art. 2479).

**4.c.ii. Afectación por resolución judicial.** El legislador prevé que la afectación puede ser decidida por el juez en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelva las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, siempre que hubiere beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

En estos casos, la afectación no es una potestad que pueda ejercer de oficio el magistrado, sino que debe expedirse en relación a una petición de parte, siempre que entre los beneficiarios hubiere incapaces o personas con capacidad restringida.

Dicha petición, podrá ser formulada no solo por alguno de los ex cónyuges o ex convivientes, sino también por el Ministerio Público, quienes ejercen la representación promiscua de los incapaces o personas con capacidad restringida<sup>60</sup>, por los menores de edad con un grado de madurez suficiente que les permita comprender el sentido del acto y la conveniencia de petitionarlo (art. 26, párr. 2º, CCyCN), o las personas con capacidad restringida cuyo discernimiento fuera considerado suficiente por la autoridad judicial (conf. arts. 31 y 32, CCyCN).

**4.c.iii. Constitución, afectación e inscripción.** La relación existente entre constitución y afectación al régimen de vivienda, mantiene un vínculo de género a especie. Toda constitución implica afectación pero la relación no es recíproca. La constitución se traduce en la primera afectación por la que el titular registral vincula al régimen un inmueble (afectación objetiva) e instituye a uno o varios sujetos como

---

<sup>59</sup> FERRARI CERETTI, Francisco: “Réplica a la defensa de la reglamentación de bien de familia”. JA, 1960-III-77.

<sup>60</sup> En autos “Galeno ART SA c/R.M. s/consignación judicial”, el juez dispuso la afectación al régimen de vivienda familiar del inmueble que los menores iban a adquirir con el dinero obtenido en carácter de indemnización por la muerte del padre en un accidente de trabajo, porque así se le solicitó y acordó con el Ministerio Público (Asesoría de Menores nº 3). Juzg. de 1ª Instancia en lo Laboral nº 2 de Corrientes, 2/3/2022, cita: MJ-JU-M-136433-AR. MJJ136433.

beneficiarios (afectación subjetiva). La afectación en cambio consiste en la incorporación de un bien al régimen, pero esta puede producirse de manera inicial (constitución), calificándose en este caso los términos constitución y afectación, como sinónimos jurídicos; o bien por sustitución, acto este que implica la desafectación de un bien y el traslado de la afectación antecedente a un nuevo bien (art. 248). En este último supuesto, la afectación se produce sobre la vivienda que viene en reemplazo de la anterior, pero el régimen tuitivo ya se encuentra constituido e irradiando la eficacia protectora prevista en la ley. Es decir, en la subrogación hay afectación pero no constitución.

Mientras la afectación de la vivienda representa el acto constitutivo gestacional de la eficacia tuitiva, la inscripción registral implica publicitar al acto jurídico para su oponibilidad a terceros.

**4.d. La habitación efectiva.** La habitación efectiva convierte al inmueble edificado en un hogar familiar, en una morada nutrida de vida, que la ley denomina “vivienda” y las Convenciones internacionales “hogar”.

Esa *habitación* deja en estado latente la significación patrimonial del inmueble como integrante de la masa de bienes que garantizan las obligaciones de su titular y hace resaltar su destino de vivienda.

La habitación, conlleva la protección plasmada en la constitucionalización del derecho privado. No se tutela cualquier tipo de habitación, sino solo aquella que sea *efectiva*. Si el bien afectado al régimen, no se encuentre habitado por al menos alguno de los beneficiarios, habrá perdido la esencia de lo que la ley protege. Deja de ser *vivienda* y el inmueble vuelve a integrar la prenda de los acreedores.

**4.d.i. Subsistencia de la habitación.** El Código requiere que *al menos uno* de los beneficiarios habite el inmueble; no necesariamente tiene que ser siempre el mismo. Los beneficiarios de origen podrán ser unos y con posterioridad adicionarse otros que la habiten o directamente los reemplacen. El edificio debe estar siempre habitado con destino de vivienda, sin importar la cantidad de beneficiarios que moren en ella.

**4.e. Subrogación de vivienda.** La subrogación se produce en dos contextos fácticos definidos por el ordenamiento, la transmisión de la afectación a la vivienda adquirida *en sustitución de la afectada*, o a los importes que **la** sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Es un instituto que satisface la necesidad de no permanecer siempre los individuos que componen la familia en el mismo lugar, adecuándose el amparo jurídico del hogar a donde quiera que el grupo vaya, de lo contrario se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo sitio, aunque no se ajuste a sus necesidades, lo que contraría de manera directa y grave la libertad de la persona a elegir su lugar de residencia (art. 344, CCyCN).

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código la jurisprudencia reconoció que los derechos fundamentales a la vivienda se verían avasallados si se denegase la subrogación.<sup>61</sup>

**4.e.i. Subrogación real y subrogación de vivienda.** La subrogación real responde a un supuesto de modificación objetiva de la relación jurídica en virtud de la cual, reunidos ciertos requisitos, un inmueble ocupa en esa relación (patrimonial) el lugar que ocupaba otro inmueble, respetando la validez y eficacia del acto jurídico, favoreciendo el tráfico económico, situación excepcional que eventualmente podrá lesionar –aunque no debiera- el principio de la garantía patrimonial colectiva e igualdad de los acreedores.

En la sustitución de vivienda, no necesariamente se transfiere un inmueble y otro ingresa al patrimonio de la persona, el patrimonio puede permanecer inmutable. Lo que cambia es la *vivienda* donde la familia se asienta y lo que se protege no es el inmueble propiamente dicho sino la vivienda familiar al trasladarse la protección de ella, con efecto retroactivo a la fecha de inscripción de la afectación inicial.

**4.e.ii. Interpretación del 248 CCyCN.** La hermenéutica adecuada para comprender el sentido dado por el legislador nos exige analizar la filología de sus palabras y la finalidad contenida.

El precepto refiere a “**vivienda...**” dirigiéndose a la sede familiar, asignándole un concepto vivo y un alcance que supera lo referente a la faz estática y patrimonial del inmueble. “... **adquirida...**”, que según el diccionario de la RAE posee varias acepciones de *adquirir*, siendo la primera de ellas “*conseguir con el propio trabajo o industria*”, además de las siguientes como “Comprar (obtener por un precio)”.

---

<sup>61</sup> C.Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 3/2/1997, “Kipperband, Jacobo v. RPI de la Provincia de Bs. As.”. JA, 1997-III-82. En sentido similar: CCiv. y Com. de Rosario, Sala I, 15/10/2002. “Botto, Dardo S. y otra”, *LL Litoral* 2003 (febrero), 115, cita *online*: AR/JUR/2588/2002.

El art. 248 es terminante en su sentido protectorio al afirmar que “la afectación **se TRANSMITE** a la vivienda adquirida...”, no queda sujeta al arbitrio del constituyente originario ni del registrador. Se produce *ope legis* con la sustitución de la vivienda (como también es automática la protección del asiento conyugal o convivencial luego de celebrado el matrimonio o inscripta la unión convivencial). De lo contrario, si no se aceptase la subrogación, podría significar una modalidad de renuncia tácita temporal a la inmunidad que le brinda el régimen, perjudicial para toda la familia. Es oportuno recordar que el Código requiere cumplir con una serie de requisitos formales tanto para desafectar una vivienda del régimen como para renunciar a derechos.<sup>62</sup>

**4.e.iii. Reglamentación.** La legislación sustancial que regula lo relativo al régimen de vivienda debe receptor la manda constitucional, respetando las prerrogativas constitucionales a partir de las directivas prescriptas en los arts. 14 bis, 28, 31 y 75, inc. 22 de la Carta Magna.

El Código no impone pautas que se tengan que ejecutar para conservar el régimen ante un caso de subrogación, cualquiera sea su modalidad. Serán las legislaturas de cada demarcación, quienes elaboren las reglamentaciones pertinentes; los notarios autorizantes o autoridades judiciales intervinientes los que desarrollen las tareas conducentes a aplicar este régimen, sin desnaturalizar la gramática legal; y los registros inmobiliarios los que a partir de disposiciones técnicas delimiten la modalidad inscriptoria para reflejar la protección de la vivienda.

La solicitud preliminar expresa —o la referencia a la reserva previa— no es un condicionante para sustituir la vivienda, ni un elemento indispensable para resguardarse del accionar de terceros acreedores. Agregar un elemento de estas características, operaría de manera contraria al derecho fundamental a la vivienda.<sup>63</sup>

Estos parámetros merecen su reconocimiento a fin de evidenciar la trazabilidad de la protección y de esa manera tornar irrefutable que el *iter* traslativo de la protección se realiza bajo el paraguas legal del art. 14 bis de la C.N. Pero lo que se requiere para “*garantizar la seguridad*” atribuyéndole un *beneficio inequívoco*, podría significar el finiquito de una protección de rango constitucional en perjuicio para la familia.

---

<sup>62</sup> El Código determina que “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva” (conf. art. 948, CCyCN).

<sup>63</sup> La DTR 4/2016 del RPI de CABA expresa en su art. 4, no solo que no es necesario formular reserva para ejercer el beneficio de la subrogación prevista en el art. 248 de la CCyCN, sino que aclara que la reserva “no será materia de inscripción”. Y en la parte sustancial establece que del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria.

La labor sustancial en el documento subrogatorio debe especificar con claridad cual es la vivienda que se desafecta por subrogación y desde que fecha se encuentra protegida, detallándose de manera precisa cual es el inmueble -o parte de él- en el que se asienta la vivienda que habrá de protegerse en lo sucesivo.

No hay límites ni restricciones para trasladar el beneficio de manera sucesiva, como tampoco se requiere que deba transcurrir un determinado espacio de tiempo para volver a cambiar de vivienda protegida. En este sentido se expidió el XXI Congreso Nacional de Derecho Registral (agosto de 2021).

**4.e.iv. Sustitución de vivienda.** La gramática empleada en la norma abriga perfectamente la posibilidad de admitir la subrogación de la vivienda cuando se produce entre bienes que se encuentran en el patrimonio del mismo titular. No hace falta acudir a una *interpretación extensiva* de la disposición; además de considerar que el patrimonio permanece invariable. Es suficiente con desarrollar una hermenéutica filológica del precepto como también comprender la intención del legislador y del constituyente.

El Registro bonaerense a pocos meses de la entrada en vigencia el nuevo Código, no hizo lugar a la subrogación por considerar que para ello era menester que exista un inmueble adquirido en sustitución del afectado, descartando la pretensión de trasladar la afectación entre dos inmuebles que integraban el mismo patrimonio. La Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, confirmó la calificación registral, cuya sentencia reza “el texto de la ley es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulte de sus propias palabras, aun cuando pareciera injusta, pues la interpretación de la ley debe comenzar por la ley misma...”.<sup>64</sup> Lamentablemente, la Cámara incurrió en una interpretación que no fue ni gramatical ni se ajustó a sus funciones, debido a que no resolvió el asunto sometido a su jurisdicción mediante una decisión racionalmente fundada desde el Derecho vigente y válido. Como lo afirma Vigo “los jueces no están para ejecutar la ley, sino para decir el derecho en cada caso”.

En cambio la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, ante un planteo similar revierte la denegación inscriptoria registral y afirma que “sostener que la protección pretendida *solo* puede transmitirse a un inmueble que se adquiere luego

---

<sup>64</sup> C1ª en lo Civ. y Com. La Plata. Sala I, 14/6/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expediente 23077 - 1003/2016. Iniciado por el Notario Emilio Coto”, sent. 90; Sala III, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expediente 2307 - 1222/2016. Iniciado por la Notaria Hilda Vega de Torchia”, *LL online*, cita AR/JUR/10761/2016.

de “vender” o “permutar” otro afectado y no a uno que ya se tiene ... luce irrazonable y apartada del derecho protegido”.<sup>65</sup>

**4.e.v. Subrogación de vivienda en dos viviendas.** Una hipótesis que requiere una interpretación extensiva de la norma es respecto a la posibilidad de subrogar la protección legal de una “vivienda” en dos que se adquieran, siempre con eficacia protectoria retroactiva a la fecha de inscripción de la inicial.

El caso se produce por ej. cuando los cónyuges o convivientes ponen fin a su cohabitación por cuestiones laborales, por desavenencias de pareja, etc., y a partir de ello disponen de la vivienda y que por ej. con el producido de su venta, adquieren cada uno una unidad a la que trasladan el beneficio previsto en el art. 248 del CCyCN.

Una interpretación restrictiva, tal vez no admita la factibilidad del supuesto planteado, basado en el hecho de que la previsión legal alude a la sustitución singular (“la afectación se transmite *a la vivienda*”). Pero en una hermenéutica extensiva, la afectación se debe transmitir al importe que la sustituya en concepto de precio y sucesivamente a la vivienda que adquiera el titular de la vivienda subrogada con parte de esos fondos. El resto de esos fondos deberían continuar con la inmunidad consagrada por los arts. 248 y 249 del CCyCN y con ellos adquirirse otra vivienda bajo la titularidad del otro cónyuge o conviviente, bien que también debe contar con la protección legal a partir de la manda constitucional de la defensa de la familia y la protección de la vivienda.

El caso no conculca contra las previsiones legales porque continúa afectándose un solo inmueble por persona (art. 244, párr. 3º, CCyCN); ni afecta el eventual interés de un tercero acreedor porque no está extrayéndose ningún bien de su garantía común sino que se emplean fondos que estaban protegidos.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Agrega la Sala I que la interpretación de las normas atinentes al régimen de vivienda jamás debería ser restrictiva ya que, aunque se considere que dichas normas configuran un régimen de excepción patrimonial, sus caracteres son tan enérgicos y poseen fundamentos tan sólidos que su aplicación debe guiarse por los superiores derechos tutelados y estar presidida por el interés familiar. CCiv. y Com. de Santa Fe, Sala I, 6/10/2020, “Cursack, Eduardo Marcos s/Resol. Admin. (Reg. Civil, Inspec. Pers. Jur.) – recurso de recalificación”.

<sup>66</sup> El RPI de Chaco, en los considerandos del DTR 28/2020, expresa “que una hipótesis no prevista en el art. 248 del CCyCN es la posibilidad que el constituyente de una vivienda decide desafectarla y adquirir en su reemplazo dos viviendas” y agrega que “acepta tal posibilidad... basado en el derecho familiar que se encuentra en juego”.

**4.e.vi. Subrogación de la vivienda entre cónyuges o convivientes.** No hay disposición alguna que inhiba la posibilidad de sustituir la vivienda originaria de titularidad de uno a una vivienda que sea de propiedad de ambos cónyuges o convivientes y viceversa.

Lo que se protege en los art. 244 a 256 del CCyCN no es el patrimonio del titular registral, ni el carácter ganancial o propio del inmueble sino la vivienda del o los instituyentes y beneficiarios, por eso los efectos protectorios subsisten mientras al menos uno de los beneficiarios permanezca en la vivienda (art. 247).

**4.e.vii. Afectación de vivienda *in itinere*.** Una hermenéutica estricta al texto de la norma trasladaría la afectación al precio de la venta o la indemnización obtenida, importe que quedaría a reparo del efecto de los acreedores. Pero hasta allí llegaría la protección legal, ya que el esquema diagramado en el art. 248 no lo hace extensivo a la reinversión en un nuevo bien en el que se asiente la vivienda sustituta. Este criterio resulta irrazonable y erróneo.

Una interpretación dentro del contexto del ordenamiento jurídico, no puede quedar circunscripta literalmente al traslado de la protección a esa indemnización o precio, sino que la finalidad es que esos fondos se empleen en la adquisición de una nueva vivienda para la familia en la que desembarque el manto protectorio legal, sin establecerse plazo alguno.

El “Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial” elaborado por la Comisión designada por dec. 182/2018 propuso incorporar 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”.

Es oportuno reconocer 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, pero no comparto establecer un plazo rígido que podría ocasionar la pérdida de la inmunidad cuando no se pueda sustituir la vivienda en ese plazo por cuestiones meramente administrativas.

**4.e.viii. Subrogación y asentimiento.** El legislador no ha impuesto el otorgamiento de asentimiento conyugal ni convivencial ni del resto de los beneficiarios del régimen para la subrogación de la vivienda. Es una decisión congruente con la afirmación de que los efectos se transmiten de manera automática a la vivienda sustituta.

La omisión es razonable; el asentimiento previsto en los arts. 250 y 255 CCyCN es con la finalidad de prevenir la desprotección de la sede familiar y su pérdida. En el caso de la subrogación, el acto conlleva el traslado de la familia a otro espacio físico que habrá de habitar de manera efectiva y al que se trasladan los efectos tuitivos.

**4.f. Efectos.** Entre los efectos principales que caracterizan al instituto, la inejecutabilidad de la vivienda es el que sobresale, junto a la restricción para su disponibilidad.

Desde el momento en el que se afecte el inmueble al régimen de vivienda, se verá modificado el contenido del derecho real de dominio al sustraer al inmueble del poder de agresión patrimonial de ciertos acreedores, relativizando su función de garantía (art. 242), y el propietario no podrá transmitirlo ni gravarlo sin la conformidad de su cónyuge o conviviente —o en su defecto con autorización judicial— (art. 250).

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble rigiéndose la prioridad temporal por las normas contenidas en la ley nacional inmobiliaria.

El art. 249, se titula de manera terminante “efecto principal de la afectación”. Su 2º párrafo establece que la vivienda afectada, *no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción*, mientras que el 1º párrafo expresa que “la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación”, elemento que requiere su análisis e inserción en el engranaje registral.

Una respuesta integral al planteo requiere ingresar en la ingeniería inscriptoria prevista en la ley registral y los elementos particulares para cada situación; no solo porque es la ley que regula lo atinente a la publicidad y oponibilidad a terceros para los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, sino porque expresamente remite a ella el art. 244 del Código. Si la instrumentación de la afectación se formaliza por escritura notarial, dentro del plazo de vigencia de las certificaciones registrales y se presenta para su inscripción en el plazo del art. 5º de la ley 17.801, se considerará registrada en la fecha en la que la afectación se instrumentó, produciendo su inmunidad -oponibilidad- desde la afectación inicial y en lo sucesivo -aun cuando hubiera una o varias subrogaciones-. Cuando la *publicidad suficiente* (conf. art. 1893, CCyCN) para su oponibilidad a terceros interesados y de buena fe no sea la adecuada, es importante considerar si el tercero conoce o debe conocer la situación no inscripta por cualquier vía como por ejemplo las publicidades “cartular” y “posesoria”. Frente a este acreedor, la invocación

del derecho no requiere, de la inscripción (los que han intervenido en la formalización del documento, sus herederos, el funcionario autorizante y en su caso, testigos).<sup>67</sup>

**4.f.i. Embargabilidad.** El Código omitió en el capítulo destinado a vivienda referir a la inembargabilidad del inmueble, conservando sí la inejecutabilidad como fundamento central del instituto.

La omisión es razonable, dado que el inmueble en el que se asienta la vivienda puede ser embargado de manera condicionada y así se exhibirá en la publicidad registral, aun cuando no pueda ejecutarse el crédito y proceder a la realización en subasta, salvo que se acredite alguna causal de exclusión de dicho beneficio (art 249).

**4.f.ii. Inejecutabilidad.** La inmunidad de ejecución de la vivienda centra su fundamento en el hecho de que el derecho de los acreedores nace con posterioridad a la vinculación del inmueble al régimen de vivienda. Los acreedores anteriores tienen un derecho que ha surgido de manera anticipada a la constitución del régimen y esa alteración de la situación jurídica patrimonial no pueden perjudicarlos.<sup>68</sup>

Tratándose de obligaciones contractuales la cronología del crédito surgirá de la fecha del contrato. Siendo obligaciones no convencionales, su responsabilidad se vinculará a la prevención del daño y su deber de repararlo, evitar que se produzca o disminuir su magnitud, lo que habrá de ser ponderado por la autoridad judicial, como también los factores objetivos o subjetivos de atribución del daño y la fecha de su generación. Podrá afectarse a vivienda con posterioridad al hecho o contrato causal —e inscribirlo—, pero ello no evitará que prospere el reclamo de ese acreedor anterior. La ley no funda la distinción en relación a la exigibilidad sino en el momento de su nacimiento. Esta doctrina fue sentada por la Corte Suprema, al afirmar que “...no habla de deudas exigibles o vencidas, sino que la inembargabilidad allí establecida, solo afecta a las deudas posteriores a la inscripción del bien de familia, y no a las

---

<sup>67</sup> URBANEJA, Marcelo E.: Comentario al art. 2º de la ley 17.801, en “Código Civil y Comercial” - Comentario al art. 2º. Astrea – FEN. Buenos Aires. 2019, t. 9, p. 33.

<sup>68</sup> Expone la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que el régimen de familia que afecta al inmueble cuya ejecución pretende el acreedor es inoponible a este, pues el crédito reclamado corresponde a una obligación generada con anterioridad a la afectación del bien a dicho régimen. CNCiv., Sala J, 22/4/2014, “P., A.R. c/Expósito, Daniel Rubén s/medidas precautorias”, *DJ*, 13/8/2014, 100, cita *online*: AR/JUR/11391/2014.

anteriores, sin distinción alguna, es decir, comprendiendo las deudas contraídas a plazo y las que tienen vencimiento posterior”.<sup>69</sup>

**4.f.iii. Acreedores de causa posterior.** Estos acreedores si no se encontrasen dentro de los supuestos de excepción tasados en el art. 249, CCyCN, no pueden ejecutar la vivienda afectada, ni siquiera en casos de concurso o quiebra,<sup>70</sup> ni cobrar sus créditos de los importes que la sustituyan en concepto de indemnización o precio.

La oponibilidad al acreedor posterior, subsiste aún en relación al remanente del precio obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva, monto que habrá de entregarse al propietario del inmueble. Es una solución armónica con la finalidad tuitiva del instituto donde lo que se protege no solo es la vivienda, sino también la familia.

**4.f.iv. Inoponibilidad y desafectación.** La inoponibilidad del régimen de vivienda implica que un determinado acreedor, cuya obligación responde a una causa generada con anterioridad, o si fuese posterior la misma se encuentra dentro de los supuestos de excepción que establece el art. 249, contará con la posibilidad de ejecutar la vivienda, de cuyo producido habrá de valerse para lograr la satisfacción de su crédito. Pero si hubiera un remanente, no habrá de beneficiar a otros acreedores, a quienes les resulta oponible el régimen.

La desafectación en cambio, es la conclusión de la tutela legal que solo puede ser solicitada por las personas enunciadas en el art. 255 y bajo la situación jurídica que la norma describe según el peticionante. La desafectación conlleva la supresión de la inmunidad para todos y cada uno de los eventuales acreedores, sin importar de cuando date su crédito, porque el bien vuelve a integrar la garantía común.<sup>71</sup>

**4.f.v. Inoponibilidad de la vivienda a determinadas obligaciones.** La vivienda afectada es susceptible de ejecución por deudas posteriores en virtud de la naturaleza

---

<sup>69</sup> CSJN, “Abujall, José Omar y Feu, Mario Gustavo c/García, Erika Ruth; Lehmann, Juan Daniel y otros s/juicio ejecutivo, Expte. 5185/97 s/inc. desafectación de bien de familia. 11/06/2003. *Fallos*, 326:1864.

<sup>70</sup> El bien inmueble denunciado por el acreedor verificado no debe desapoderarse en los términos del art. 107 de la LCQ, ya que el bien en cuestión es la vivienda única y de ocupación permanente de la ex cónyuge del fallido y sus hijos; a lo que se suma que la fecha de libramiento del pagaré que dio lugar a la verificación del crédito a favor del apelante es de fecha posterior a la afectación del inmueble como bien de familia. CNCom., Sala F, 27/11/2018, “Domingo, Angel s/quiebra”, *LL online*, cita: AR/JUR/64600/2018.

<sup>71</sup> CJ San Juan, Sala II, 18/5/2017, “Muñoz Verón, Jorge M. c/Sánchez, Miguel Angel s/apelación auto interlocutorio s/casación”, *LL Cuyo* 2017 (diciembre), cita *online*: AR/JUR/31487/2017.

de la obligación. Algunas de ellas obraban previstas por la ley 14.394 (art. 38). Otras como la responsabilidad por el incumplimiento en el pago de expensas<sup>72</sup> o las obligaciones alimentarias<sup>73</sup> fueron incorporadas en el Código (conf. incs. a) y d], art. 249), receptando los precedentes jurisprudenciales.

Ya Guastavino destacaba que “el interés protegido por el bien de familia es de la misma naturaleza que el interés que tutela la obligación alimentaria. No es justo conceder inmunidad al que no cumple con sus deberes esenciales de familia”.<sup>74</sup>

**4.f.vi. Obligaciones con garantía real sobre el inmueble.** El legislador admite que se constituya una garantía real sobre el inmueble en el que se asienta la vivienda, sin tener en cuenta el destino de la obligación garantizada. En este caso, la afectación a vivienda será inoponible a la garantía constituida con posterioridad y en su caso será pasible de ejecución.<sup>75</sup>

Debiera haberse seguido el sentido contemplado en la Carta Orgánica del Banco Hipotecario que impide la traba de embargos sobre inmuebles gravados a favor del Banco por préstamos otorgados para única vivienda propia, cuando mantengan su categoría originaria y destino, ni ejecutarse o constituir sobre ellos otros derechos reales salvo cuando los nuevos créditos estén destinados a construcción, ampliación, reforma, refacción o conservación. Nada se prevé al respecto; podría habérselo vinculado con la excepción del inc. c) del 249, pero no se lo previó.

**4.f.vii. Fianza.** El punto de conexión entre el contrato de fianza y la vivienda, se produce en aquellos casos en los que el fiador, asume una obligación personal, compromete su patrimonio al pago de la deuda y entre sus bienes es titular de un inmueble afectado al citado régimen.

Si el contrato de fianza se celebró con anterioridad y por un plazo determinado, la afectación le será inoponible al acreedor, sin importar que el incumplimiento se produzca con posterioridad.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> CSJN, 25/2/2003, “Khanis, Pablo s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por Consorcio de Propietarios de la calle Panamá 982/84/86/88”, *Fallos*, 326:269.

<sup>73</sup> CNCiv., Sala L, 18/5/2007, “D., A. y otro c/G., L.F. s/alimentos”.

<sup>74</sup> GUASTAVINO: ob. cit., p. 382.

<sup>75</sup> La Sala J de la Cámara Nacional Civil dijo la hipoteca prevalecerá sobre el régimen de protección a la vivienda en el caso de que la constitución del gravamen hubiera contado con la conformidad del cónyuge o el conviviente, en unión convivencial inscripta. CNCiv., Sala J, 22/11/2019, “Molczadzki, Néstor Gabriel c/Baca Pilco, Ma. Lidia s/ejecución hipotecaria”, *LL online*, cita: AR/JUR/44495/2019.

<sup>76</sup> CNCiv., Sala B, “Arslangul de Parsekian, María E. c/Pisacane, Rosa B.”, *LL*, 1990-B, 386.

Si el contrato afianzado es de plazo indeterminado, la interpretación no es uniforme. Para algunos el momento de celebración es el que debe considerarse. Afirma el máximo Tribunal cordobés que el hecho generador de la obligación está dado por la fecha del contrato, independientemente de que con posterioridad se produzca el incumplimiento y exigibilidad de la deuda que se pretende ejecutar.<sup>77</sup> En sentido divergente —tesis a la que adhiero más aún con la nueva reglamentación—, se postula que la fecha de certificación de la deuda, es la que debe considerarse a los fines de la inoponibilidad de la inmunidad.

El art. 249 del CCyCN, ha aportado nuevos elementos respecto a su antecedente (art. 38 de la ley 14.394), al distinguir la causa de la deuda. Mientras en el primer párrafo se hace constar que la afectación es inoponible a los acreedores de *causa* anterior, a continuación determina que “la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por *deudas* posteriores a su inscripción”, lo que evidencia un criterio diferenciador que aporta una herramienta decisiva para casos de la naturaleza que se analiza.

Si la fianza fue celebrada con posterioridad a la afectación a vivienda, la responsabilidad personal del fiador para con el acreedor subsiste y habrá de responder con el resto de su patrimonio, que representa la prenda común y ejecutable. Aquel bien, que se encontrase protegido en los términos prescriptos en el Capítulo III del Título 3 del Libro Primero del Código —como también por lo previsto en los arts. 456 y 522 del citado Código— estará a resguardo de la agresión de ese acreedor, por la lógica circunstancia de no haber sido considerado al tiempo de contraerse la fianza. No es pasible de ejecución ni siquiera cuando ambos cónyuges o convivientes hubieran otorgado el contrato de fianza, o consentido la fianza de su cónyuge o conviviente. El fundamento de esta tesis radica en el tenor taxativo fijado en el art. 249 de la normativa Civil y Comercial; únicos supuestos que admiten la ejecución de la vivienda por deudas posteriores a su afectación y la fianza no está allí contemplada.

**4.f.viii. Cuenta corriente bancaria.** El Código define la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual una institución bancaria se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja (art. 1393, CCyCN). El legislador describe una naturaleza jurídica compleja en este tipo contractual, nutrido de una causa gestacional o basal, que

---

<sup>77</sup> TSJ de Córdoba, 18/10/2006, “Banco Feigin SA c/Héctor Manuel Cella s/ejecutivo – recurso de casación”, Auto interlocutorio 207.

inescindiblemente va unida a una serie de actos posteriores (apertura de créditos, giros en descubierto, etc.) y que se verán reflejados en la liquidación periódica.

Para un sector, la afectación a bien de familia era oponible al banco, cuando la constitución era anterior a la apertura de la cuenta corriente; pero si el contrato bancario era anterior, éste primaba sobre el bien de familia, aun cuando el saldo deudor sea posterior a la afectación. Para otra tesis, la fecha de celebración del contrato de cuenta corriente era irrelevante. La primacía del instituto familiar o del interés bancario, estaba dado por la fecha de cierre.<sup>78</sup>

Esta figura comercial, si bien responde a un contrato particular tipificado normativamente (arts. 1393), da cuenta de una diversidad de situaciones sucesivas, específicas y causadas. El legislador diferencia entre causa y deuda al momento de analizar y determinar la oponibilidad y efectos de la afectación a vivienda. Si bien el párrafo inicial de la art. 249 establece que la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior, inmediatamente después fija que la vivienda no es susceptible de ejecución por *deudas posteriores*.

En el contrato de cuenta corriente bancaria mientras no exista una deuda liquidada, solo habrán de existir “partes contractuales”, pero no obligación exigible ni un acreedor en condiciones de desvirtuar los efectos protectorios. La Corte Sanjuanina interpreta que “en este tipo de contratos, se pueden derivar obligaciones de ejecución inmediata o que se devenguen periódicamente, y, por esa razón, corresponderá determinar el momento en que cada obligación se origina para concluir si, por esa obligación en particular, el acreedor es o no anterior a la afectación del bien.”<sup>79</sup>

**4.g. Transmisión de la vivienda afectada.** El inmueble afectado no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente. Este párrafo que se extrae del art. 250 marca una serie de premisas: refiere al “inmueble” en el que se asienta la vivienda; **es factible su transmisión** con el consentimiento del cónyuge o conviviente, apartándose del asentimiento prescripto para desafectar del régimen

---

<sup>78</sup> La Corte bonaerense exhibió las diferentes posturas. Hitter -que primó en la mayoría de 5 votos contra 4- sostuvo que la causa de la obligación encuentra su nacimiento en la celebración del contrato, y no en la certificación del saldo. De Lázzari -criterio que comparto- afirma que la cuenta corriente bancaria constituye un contrato normativo, en el que las partes contemplan futuros negocios, pactándose que estos últimos quedan sujetos a un contenido dado o a determinadas cláusulas; y concluye que la obligación de ejecución es la resultante del saldo deudor porque es la que conforma el título invocado del acreedor, en relación a lo cual debe considerarse la oponibilidad o no del régimen tuitivo. SCBA, 18/5/1999, “Banco Bissel SA Incidente de desafectación de bien de familia en autos Banco Bissel SA c/Arhex, Juan Pedro s/cobro ejecutivo”, Ac. 65.939.

<sup>79</sup> CSJ de San Juan, Sala II, “Muñoz Verón, Jorge M. c/Sánchez, Miguel Angel apelación auto interlocutorio s/casación”, *LL Gran Cuyo* 2017 (diciembre), 8, cita *online*: AR/JUR/31487/2017.

de vivienda (art. 255, CCyCN), para enajenar o gravar bienes gananciales (art. 470, CCyCN) o para contraer deudas por las cuales se pueda responder con la vivienda familiar (arts. 456 y 522, CCyCN).

La transmisión de la vivienda afectada apareja la celebración de todo hecho o acto dispositivo formal o material que implique su enajenación, desvinculando a su constituyente, a alguno o algunos de los beneficiarios con derecho a habitarla, *pero no a todos*, subsistiendo los efectos tuitivos en el destinatario de la transmisión.

**Si no hubiera transmisión de los efectos, no habría transmisión de vivienda y se trataría simplemente de la enajenación de un inmueble para lo cual solo debería existir la previa desafectación.** En virtud de estas circunstancias es que el legislador le dio un tratamiento diferenciado.

El art. 250 del CCyCN refiere de manera concreta a la celebración de actos que impliquen la transmisión del inmueble en el que se asienta la vivienda (ya sea por venta, dación en pago, donación, etc.). Si bien, la celebración de gravámenes, no implican *per se* la transmisión de la vivienda, la deja expuesta a su ejecutabilidad.

El destinatario de la transmisión debe ser alguno de los beneficiarios del régimen de vivienda. La identidad entre los beneficiarios del régimen originariamente constituido y el adquirente de la vivienda, hacen a la posibilidad de que los efectos protectorios subsistan desde la fecha de su constitución.<sup>80</sup>

La transmisión de la vivienda no responde a acuerdos comerciales ni convenciones negociales (como si lo está el inmueble que se vende, dona, etc.), sino que trata sobre la posibilidad que el constituyente transmita el bien afectado a alguno de los beneficiarios, produciéndose un encadenamiento en la titularidad dominial y la subsistencia de los efectos tuitivos. Admitir la transmisión de la vivienda a *terceros no beneficiarios* conllevaría la posibilidad de negociar un régimen especial que la Constitución, prevé teniendo como único objetivo la protección de la familia.

La transmisión implica para el constituyente desvincularse de la propiedad del bien, atribuyendo la continuidad de los efectos en el adquirente, aunque nada impide que pueda conservar el carácter de beneficiario.

Si la relación tuitiva del constituyente continuase en otra vivienda, ya no se trataría de la transmisión propiamente dicha sino de una subrogación. No es factible pretender transmitir la vivienda afectada y que sus efectos subsistan en el adquirente y que a su

---

<sup>80</sup> La DTR 10/2016 de la provincia de Misiones establece que cuando el constituyente donase el bien a los beneficiarios, reservándose el usufructo, a los fines que proceda la subsistencia y/o continuidad del régimen deberá dejarse expresa constancia de los datos de afectación originaria y rogarse la subsistencia y/o continuidad del régimen de la protección de la vivienda (art. 17).

vez el transmitente pretenda la subrogación del régimen legal originario en otra vivienda que adquiriera.

El acto requiere la conformidad del cónyuge o conviviente, refiriéndose al asentimiento deliberado en relación a la disposición de la vivienda familiar (art. 250). Si transmite la nuda propiedad, reservándose el usufructo, el uso o la habitación continuará habitando la vivienda, lo que nos aparta de la figura bajo análisis; aunque en su caso, podría requerirse el asentimiento previsto en el art. 470, inc. a) del CCyCN.

El Código ha innovado notablemente al incorporar la posibilidad de la transmisión de la vivienda afectada y la subsistencia de los efectos en el adquirente. Así lo entendió la Sala 2ª de la Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata quien en un pronunciamiento nutrido de la prerrogativa constitucional, conserva la afectación del régimen pese a que en el año 2007 el constituyente —y cónyuge supérstite— junto a los herederos de la cónyuge, habían cedido los derechos hereditarios y gananciales al nieto del titular dominial, quien habitaba la vivienda. Sostiene la Cámara, que la transmisión del inmueble afectado mediante una cesión onerosa no conlleva la extinción automática del régimen tuitivo. Destaca que la prohibición de enajenar el inmueble cobra sentido cuando lo es “en perjuicio de la familia..., pues es el interés familiar que ha de orientar la interpretación ante cualquier duda que la tarea hermenéutica enfrente ... . En la especie, la transferencia no lo fue en beneficio de un tercero extraño al grupo familiar...”, sino que era en beneficio del nieto del constituyente, hijo y sobrino de los coherederos cedentes; y que si bien no era beneficiario del régimen constituido, ponderó que “reviste la condición de potencial beneficiario, habida cuenta que el art. 36 entiende por familia, entre otros a los descendientes sin distinción de grado”.<sup>81</sup>

**4.h. Desafectación del régimen de vivienda.** Es el acto jurídico por el cual se deja sin efecto la protección legal de la vivienda. Puede responder a una decisión deliberada del constituyente, por petición de la mayoría de los herederos o condóminos como también ser un acto forzado por el cese de los recaudos previstos en el ordenamiento.

A partir de la desafectación, los efectos tuitivos llegan a su fin y el inmueble se reinserta como prenda común de los acreedores, que si bien nunca dejó de estar

---

<sup>81</sup> C1ª Civ. y Com. de la Plata, Sala 2ª, 28/5/2021, “Zannini, Cristina Edith c/González, Diego y otros/cobro ejecutivo”.

dentro del patrimonio de su titular, se encontraba ajeno -de manera parcial- a la masa patrimonial que responde por sus obligaciones.

**4.h.i. Desafectación objetiva total y parcial.** Si nada se aclara en el documento, se entiende que la desafectación del régimen alcanza a la totalidad del inmueble afectado. No hay impedimento para que el objeto de la desafectación sea parcial. En este caso, es menester que el inmueble sobre el que se constituyó el sistema protectorio, permita su parcialización en cuanto a uso y disponibilidad, de manera tal de destinar una parte del mismo a continuar con su destino habitacional protegido por el estatuto legal, liberando el resto de la tutela.<sup>82</sup>

**4.h.ii. Desafectación subjetiva total y parcial.** La desafectación subjetiva alcanza a la totalidad de los beneficiarios designados, salvo que se especifique lo contrario. La desafectación subjetiva parcial, comprende la desvinculación de alguno o algunos de los beneficiarios previamente designados, subsistiendo otros en la habitación.

Si la desafectación pusiera en riesgo el derecho a habitar una vivienda digna de un beneficiario que se encontrare en estado de vulnerabilidad y el constituyente incumpliera contra su obligación alimentaria, el acto formalmente será eficaz y deberá inscribirse en el registro público correspondiente. Independientemente de ello, podrá cuestionarse judicialmente la conducta del titular registral e incluso de quien otorgó el asentimiento, en desamparo de las personas vulnerables integrantes de la familia.

El constituyente, si al momento de otorgar la desafectación objetiva o subjetiva, se encontrase en unión convivencial o en matrimonio requiere contar con el asentimiento previsto en el art. 255, sin importar la situación personal en la que se encontrase al momento de la constitución. Es indiferente que el cónyuge sea o no beneficiario del régimen de vivienda y que el inmueble revista carácter propio o ganancial; cuando sea la sede del hogar familiar debe darse cumplimiento al asentimiento conyugal.<sup>83</sup>

Si bien el art. 255, inc. a), CCyCN establece que el asentimiento del conviviente corresponde cuando el constituyente estuviere en unión convivencial inscripta, el

---

<sup>82</sup> La DTR 10/2016 de la provincia de Misiones y la DTR 9/2015 de la provincia de La Pampa destinan un título a la desafectación parcial objetiva, asignándole un artículo a la modificación del estado parcelario por subdivisión, debiendo especificarse sobre que parcela se mantiene la afectación y si es parcial “se deberá indicar sobre qué porcentaje se mantiene la misma”.

<sup>83</sup> En igual sentido, ARMELLA, Cristina: “Bien de Familia: Cláusulas escriturarias para los casos en los que el instituto se vincula con otras figuras jurídicas”, en su disertación del *XXXIII Seminario Teórico-Práctico “Laureano A. Moreira”*. Academia Nacional del Notariado. *Rev. Notarial*, n° 928, p. 737.

asentimiento corresponde aun cuando la unión convivencial no se encuentre registrada.

**4.h.iii. Desafectación y asentimiento de los beneficiarios.** El legislador no hace partícipes necesarios del acto de desafectación a los beneficiarios en ninguno de los supuestos que contempla el art. 255, como tampoco para gravar o transmitir la vivienda. Desde el punto formal y registral, la omisión de ese asentimiento no puede ser observada en la calificación registral al momento de su inscripción.

Pero como acto sustancial, la desafectación debe analizarse cuidadosamente en resguardo de no afectar el derecho a la vivienda de los beneficiarios que no participen del acto, en particular cuando entre ellos hubiera personas vulnerables.

La Corte Nacional, hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por los beneficiarios del bien de familia -hijos de la fallida- mediante el cual adhirieron a los fundamentos vertidos por la Fiscal General, revocándose de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que ante el pedido del síndico había dispuesto su desafectación.<sup>84</sup>

**4.h.iv. Algunos casos de desafectación forzosa.** En la desafectación forzosa el cese del beneficio tuitivo se produce por la ausencia de los elementos sustanciales exigidos para que subsista la tutela legal, lo que provoca que a instancia de cualquier interesado o de oficio se disponga la desafectación.

La desaparición de los elementos esenciales, habilita el proceso de desafectación y la consecuente cancelación registral, a instancia de cualquier interesado o de oficio (conf. inc. d] del art. 255). La única autoridad competente para proceder de oficio es la judicial, previa acreditación en el proceso de la ausencia de los elementos sustanciales, bajo un estricto control interpretativo constitucional.<sup>85</sup>

Cuando la desafectación fuere a petición de “cualquier interesado” legitimado que **acredite** la no subsistencia de los recaudos previstos en el Código, o el fallecimiento del constituyente y de todos los beneficiarios (conf. inc d, art. 255, CCyCN), puede requerirse judicial o notarialmente su instrumentación y reflejo registral. La actuación debe ser realizada con máxima prudencia.

---

<sup>84</sup> CSJN, 10/4/2007, “Baumwohlspeiner de Pilevski, Nélica s/quiebra”, *Fallos*, 330:1377.

<sup>85</sup> No escapa a esta Sala la desafectación oficiosa que prevé el art. 49 de la ley 14.394, en su inc. d), empero entiende que tal facultad halla su límite en el *onus probandi* y el debido debate que asuntos como el traído a la alzada requieren y exceden el marco de actuación de la administración (...) Las normas que otorgan funciones jurisdiccionales a los órganos administrativos deben ser interpretadas restrictivamente frente a las disposiciones expresas de los arts. 109 y 16 de la C.N. (...). CNCiv., Sala G, 5/12/2013, “Sofer, Miguel Marcelo c/RPI 269/13 s/recurso directo a Cámara”.

Del marco normativo previsto en el Capítulo de Vivienda y lo establecido en el art. 1017 del CCyCN, si no hubiera una cuestión litigiosa que derivase su dilucidación al ámbito judicial, la desafectación debería formalizarse notarialmente.

La Sala 2ª de la Cámara 1ª de Apelación de La Plata sostuvo que "...pesa sobre la ejecutante la prueba de que las condiciones que justificaron el reconocimiento de tal beneficio han dejado de tener vigencia y, de tal modo, se ha configurado uno de los supuesto de desafectación que tornan procedente la cancelación de su inscripción como bien de familia ..., carga que no aparece abastecida en el caso".<sup>86</sup>

**5. Afectación y sucesión *mortis causa*.** El régimen de vivienda se constituye por un período de tiempo indeterminado, que se puede extender aún con posterioridad al fallecimiento del titular registral o iniciarse a partir de allí, si así lo dispuso el constituyente en una directiva de última voluntad. Cualquiera sea el caso, habrá de considerarse la indisponibilidad que ostenta la vivienda con la intangibilidad que caracteriza a la legítima (art. 2444, CCyCN).

El Código no solo no prescribe que la inmunidad legal de la vivienda se extingue con el fallecimiento del constituyente, sino que instituye una serie beneficios que operan a partir de ese hecho natural: por ej. la continuidad del régimen, beneficios impositivos, reducción de honorarios profesionales.

El régimen tutelar de la vivienda, no pone en crisis el acervo hereditario, ni atenta o impone una modalidad partitiva, solo hacer primar la continuidad de la vigencia del hogar familiar, dejando en suspenso la efectiva adjudicación hereditaria de ese bien. Los derechos sucesorios de los legitimarios permanecerán en suspenso hasta tanto cese el régimen de vivienda.

**5.a. La indivisión de la herencia y la vivienda.** Mientras los constituyentes de 1957 y 1994, han priorizado el interés familiar como derecho humano fundamental, el legislador nacional se ha mostrado dubitativo entre el interés patrimonial de los herederos, el interés familiar y la protección de la vivienda de sus beneficiarios.

Ante una pugna de intereses, analizadas las circunstancias del caso, debe preconizarse la protección de la vivienda por encima del valor patrimonial del inmueble en el que la familia se ubica, cuyo interés está solo dirigido por el carácter de legitimarios.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> C1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala 2ª, 28/5/2021, "Zannini, Cristina Edith c/González, Diego y otro s/cobro ejecutivo".

<sup>87</sup> Recientemente, en sentido opuesto, el máximo Tribunal mendocino sostuvo que hay un abuso del derecho al pretender oponer la constitución del bien de familia -en beneficio de la hermana del

Los efectos del régimen permanecen devengándose de manera inalterable mientras alguno de los beneficiarios mantenga el destino asignado.

No es menester cumplir con ninguna manifestación expresa de parte de los beneficiarios ni reinscripción registral.

**5.b. Atribución hereditaria del inmueble en el que se asienta la vivienda.** El Código no se pronuncia sobre el devenir de la vivienda con relación a los herederos beneficiarios. Se limita a prescribir que el cónyuge supérstite puede oponerse a que sea incluida en la partición la vivienda que ha sido su residencia habitual al tiempo de fallecer el causante y que fue adquirida o construida total o parcialmente con *fondos gananciales*, mientras sobreviva excepto que pueda serle adjudicada (conf. art. 2332). El inmueble afectado a vivienda, integrará lógicamente la masa indivisa hereditaria — y poscomunitaria en su caso—, y los herederos que acepten la sucesión deben respetar la plataforma normativa que rige esa vivienda; no solo respecto a la prohibición de enajenarlo o gravarlo sino en especial respetar el derecho subjetivo a habitar ese hogar por parte de los beneficiarios designados.

El art. 2381 del Código establece que el cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte y de los muebles existentes en él (conf. inc. a).

## **6. Conclusión.**

La **vivienda** merece ser analizada como un derecho esencial para la vida humana y para la familia cómo célula fundamental de la sociedad. Comprenderse que su *reglamentación* emerge de principios cimentados por el Constituyente nacional e internacional, donde la normativa infraconstitucional (leyes, decretos, DTR, etc.) *debe* alinearse en tal sentido. Su *interpretación* ser en consideración a las necesidades de la persona, cuyos derechos predominan en la estructura de poder. Y la forma instrumental, reflejar tales principios reglados sin omitir ponderar que el contenido documentado es el reflejo de la constitucionalización de un derecho humano.

---

causante- en contra del hijo de éste. Y afirma que la protección de la ley es en contra de los acreedores, pero no puede servir para privar de los legítimos derechos a los legitimarios o crear en cabeza de los beneficiarios (*colateral*) un derecho vitalicio que impida el ejercicio de los derechos hereditarios. SC de Mendoza, Sala I. Soria, Federico Andrés c/ Lund, Emy Ana Margarita s/ desalojo s/ tercería s/ recurso extraordinario provincial. 01/04/2022. RDF 2022-V, 85. Cita TR LALEY AR/JUR/2689/2022.