



## RÉGIMEN DE VIVIENDA: PRINCIPALES CAMBIOS

Luciana Ortolani

### I. Introducción

La vivienda tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial sino también esencialmente extramatrimonial: en el plano material, le da amparo a su integridad física; en el plano jurídico, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; y en el plano moral, es el centro de la esfera de la intimidad, “el santuario de la vida privada” al decir de Kemelrmajer<sup>1</sup>.

De ahí que su protección jurídica se muestre como una verdadera necesidad humana, y se encuentre incluida en tratados internacionales<sup>2</sup> y en constituciones de numerosos países.<sup>3</sup> Incluso en Constituciones y leyes de las distintas provincias (Córdoba, Santiago del Estero, Formosa, Chaco, Buenos Aires) se ha receptado la necesidad de conferir una tutela especial a la vivienda como medio natural para la iniciación del ser humano en la solidaridad y en las responsabilidades comunitarias. También como una forma de cubrir la lagunas que tenía la Ley Nacional 14394. Abundante bibliografía autoral y judicial se expidió sobre la constitucionalidad de las disposiciones locales que modifican el sistema voluntario nacional de afectación del bien

---

1 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Buenos Aires. 1995, p.29.-

2 El derecho a la vivienda, ha sido reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1957. De allí, que la norma referida consigna expresamente que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter integral e irrenunciable (...) La ley establecerá la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Luego de la reforma del año 1994, la Constitución Nacional incorporó instrumentos internacionales que receptan el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano. Varios son los tratados que consagran esta protección, entre los que podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5º, inc. e), III), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h)) y la Convención de los Derechos del Niño (art. 27).-

3 LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed. Santa Fe, 2014, p.404.-



de familia. Se afirma que las normas locales que pretenden crear un privilegio de inejecutabilidad de la vivienda son inconstitucionales por ser materia propia de la Nación (art. 75, inc. 12). Sin pretender profundizar en este tema, entiendo que al derogarse el régimen nacional de Bien de Familia, las normas locales que referían a este régimen, han quedado implícitamente derogadas también por su accesoriadad con la ley Nacional.

La vivienda ha sido objeto de un especial tratamiento en el Código Civil y Comercial: en los Fundamentos de la Comisión se dice textualmente que “El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales”. Así entonces, se dedica en el Libro Primero, Título III, Capítulo III, a la “Vivienda”, a partir del art. 244, sustituyendo el anterior régimen de bien de familia, regulado por las disposiciones de la derogada Ley 14394, que sin lugar a dudas exigía importantes reformas a los fines de adaptarlo a los nuevos tiempos, donde se exige una interpretación del concepto de familia más abarcativo, y adaptado a la realidad socio-cultural.

El Código, entonces, asume esta exigencia y en miras a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio, sustituye el anterior régimen de bien de familia por el “Régimen de Vivienda”.

Entrando al análisis de los principales cambios que ha tenido con relación al anterior régimen, podemos ver que el primero, se ve reflejado justamente en el nombre que se le da a esta institución tuitiva, que tiende a proteger la vivienda como *derecho humano* fundamental de toda persona, permitiéndole ampararla con independencia del modelo familiar que hubiese optado, incluso encontrándose solo el titular del dominio. Posibilita la afec-



tación por el propietario instituyéndose como único beneficiario.

También la inclusión de los convivientes responde a la filosofía que impregna la nueva codificación. El concepto de familia se amplía así sustancialmente recogiendo no sólo los postulados de la moderna doctrina sino la protección proclamada por los tratados internacionales.

Si bien los arts. 244 al 256 del Código regulan la protección de la vivienda, otros -en especial, en los capítulos de familia y sucesiones- también hacen referencia a la vivienda y su protección. Así, el art. 456, que prescribe la necesidad de asentimiento conyugal para disponer sobre la vivienda familiar, y el art. 522, que regula lo propio con relación a las uniones convivenciales, las normas sobre atribución de la vivienda, sea el inmueble ganancial o propio de uno de ellos, o alquilado, y sus efectos en la regulación del divorcio (arts.443 y 444); la atribución del hogar común en caso de la ruptura de la convivencia (art. 514); la protección de la vivienda familiar si ha sido inscripta la unión convivencial y, en consecuencia, la imposibilidad del titular dominial de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar sin el asentimiento del conviviente (art. 522); la atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial a uno de los convivientes, si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad y si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela de manera inmediata (art. 526); la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, y derecho de habitación temporal del supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta (art. 527).<sup>4</sup>

---

4 CRUSSELLAS, Eduardo G. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario: ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián, Astrea, 2015, p.628.

El sistema adoptado en el Código Civil y Comercial de la Nación sigue los antecedentes del Proyecto de Unificación de 1998.

## II. Objeto Tutelado

*ART. 244. AFECTACIÓN. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.*

*La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.*

*No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.*

Puede entonces afectarse cualquier inmueble, con el condicionante de que el “destino” del mismo sea la “vivienda”.

Se advierte claramente que el primer cambio con relación al régimen anterior es que no se incluye al inmueble en el que solo se desarrolle una actividad comercial o industrial (arts. 34 y 41, Ley 14394). Al respecto, algunos autores<sup>5</sup> consideran que una interpretación razonable del precepto, conforme al espíritu y finalidad de la norma, posibilita afirmar la procedencia de la afectación de un inmueble en el que el beneficiario o los beneficiarios desarrollan una actividad comercial, industrial o profesional y, al mismo

---

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed. Santa Fe, 2014. También, ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.



tiempo, al menos de uno de ellos lo habita en calidad de vivienda, es decir, aquel inmueble que tiene un “*destino mixto*”. Al respecto, cabe plantearse si es necesario que en el acto de afectación se consigne de manera expresa tal situación, lo que considero pertinente, independientemente de la forma de instrumentación que se elija, ya que contribuye a formar un principio de prueba por escrito.

Otra diferencia relevante con el sistema anterior consiste en la ausencia de todo límite relacionado con el valor del inmueble, como lo disponía de manera expresa el art. 34 de la Ley 14394, que prescribía que la protección recaía sobre el inmueble “...*cuyo valor no exceda las necesidades de sustento...*”.<sup>6</sup>

Se ha señalado que esta solución —de manera conjunta con el art. 248— contribuye a efectivizar el derecho a la protección de la vivienda, el que muchas veces se veía restringido, entre otras causas, por la disposición de topes. De todos modos, en lo que concierne al acreedor, podrá ejecutar el inmueble por el proporcional no afectado al régimen o, de tratarse de una protección total, invocar la teoría del abuso del derecho (el art. 10 del Código Civil y Comercial) para obtener la declaración de inoponibilidad de la afectación o, incluso, el pedido de desafectación del inmueble que por sus características económicas supera palmariamente los fines tenidos en miras al otorgar la tutela<sup>7</sup>. Cuestión que será resuelta judicialmente y la vamos a tratar con mayor profundidad cuando analicemos el instituto de la subrogación.

Cuando se trata de inmuebles rurales, se pone un límite que es “la

---

6 En Córdoba, la Ley 6074 en su art. 3 establecía, que estas necesidades no se consideraban excedidas cuando existe relación entre la capacidad habitacional del inmueble y el grupo familiar.

7 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

unidad económica” que no puede excederse (art. 256), conforme lo establecido por las reglamentaciones locales que son las que de acuerdo a factores climáticos, de suelo, recursos naturales de la zona, etc., van a determinar la medida de esta unidad.

Entonces, el lugar de ubicación puede ser tanto una zona urbana como rural, siempre que se cumpla con el destino de vivienda y habitación efectiva de al menos uno de los beneficiarios en los términos del art. 247.

Descartamos la posibilidad de afectar un inmueble baldío, ya que es imposible cumplir con el requisito de habitación efectiva. Quedando limitado el inmueble situado en zona rural por la medida de unidad económica, planteándose en este punto el interrogante respecto a si es posible afectar un inmueble rural que exceda la unidad económica solo por el valor de la misma. Por mi parte, opino que sí, dada la parcialidad admitida por el art. 244.

Del mismo modo que lo contemplaba la Ley 14394, el Código Civil y Comercial mantiene el recaudo de que sea una sola propiedad la destinataria de la protección en estudio. Ante la afectación de dos o más inmuebles, el titular deberá optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter, según el plazo que establezca la autoridad de aplicación. En caso de silencio, se mantendrá la afectación del constituido en primer término. La Ley 6074, en su art. 7, fijaba ese plazo en 30 días. *“En el caso previsto por el artículo 45° de la Ley Nacional N° 14.394, quien resulte propietario único de dos o más bienes de familia deberá optar, por la subsistencia de uno de ellos en ese carácter, dentro del plazo de treinta días de ser fehacientemente emplazado, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término”*.



Respecto a este plazo, que debe fijar la autoridad de aplicación (Registro General de la Provincia) en los casos de que un mismo propietario hubiere afectado dos o más inmuebles al régimen de vivienda y debiera optar por uno, no se encuentra determinado ninguno a tal efecto.

Se considera un solo inmueble, a los fines de la afectación al Régimen de Vivienda, aquellos en los que la unidad económica se conforma por varias unidades, ya sea por su carácter de complementarias, o por la utilización y destino que el titular les asigna, por ejemplo, el caso de la cochera existente en el mismo edificio y de uso personal. Procede, en estos supuestos, el principio de que la complementaria sigue la suerte de la principal.

También se incluye el supuesto en que la construcción se encuentra “encaballada” sobre dos o más inmuebles de propiedad del constituyente, donde debe acreditarse para la afectación, esta situación mediante el correspondiente certificado expedido a tal efecto por la Dirección General de Catastro.

### III. Inscripción registral. Efectos de la afectación

Continuando con el análisis del artículo en cuestión, establece el segundo párrafo: *“La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”*.

La mención a la aplicación de ley nacional, dota a la inscripción de carácter declarativo, si se tiene en cuenta que en su art. 2 se prevé que el registro se realiza con fines de publicidad y oponibilidad a terceros.<sup>8</sup>

---

8 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

Este tema presenta mucha importancia debido a que la oponibilidad de una situación jurídica suele quedar vinculada al hecho de que el resto de la comunidad tenga “conocimiento efectivo”, o al menos “posibilidad de conocer” su existencia. Decimos “puede” porque sabemos que hay determinados sujetos a los cuales el acto les es oponible con independencia de su registración.<sup>9</sup>

Tanto el Código como la ley derogada, no optaron por un sistema de inejecutabilidad automática de la vivienda única sino que exige un *acto de afectación* de naturaleza administrativa que se practica ante los registros inmobiliarios. También puede afectarse al Régimen de Vivienda mediante escritura pública o por acto de última voluntad (testamento). Inclusive, la ley contempla la afectación por instrumento judicial.

El art. 35 de la derogada norma establecía: “*La constitución del “bien de familia” produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente*”. Esto daba un aspecto constitutivo al acto, que podía entenderse como que excepcionaba el sistema declarativo de la ley registral (tenemos que tener en cuenta que la ley de Bien de Familia es anterior a la ley Registral Nacional).

Hoy la redacción del Código es más específica, la norma remite a la prioridad establecida por la ley registral y dota a la inscripción de un carácter “declarativo”. Aunque algunos autores, afirmen, que se trata de un asiento o inscripción constitutiva, si se entiende que el régimen de inejecutabilidad, principal característica de la protección, solo surge con el asiento registral de afectación. Sin perjuicio de las excepciones mencionadas en el art. 250.<sup>10</sup>

---

9 Tal como lo dispone el art. 1893 del C.C.C. y el art.20 de la Ley 17.801.-

10 LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª Ed. Santa Fe, 2014.-





Cabe reconocer que bajo la vigencia del anterior régimen, los registros fueron reticentes a expedir certificados para el caso de constitución por escritura pública. Incluso se discutía si dicha afectación se podía considerar comprendida en lo previsto en el art. 23 de la Ley 17801, es decir, si se trataba de documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles.

El tema fue tratado en la XVII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 1980), Despacho 1, Tema 1, punto c, incs. 1º y 2º, donde se declaró: 1) Que la reserva de prioridad resultante de la certificación prevista en la ley 17801 debe ser conferida a los documentos que contengan afectaciones a los regímenes de las leyes 13512, 14005 y 19724, en tanto éstas modifiquen el derecho real de dominio. 2) Que debe excluirse de este régimen la afectación a la ley 14394 (Bien de Familia), atento a las especiales características que definen el sistema...”.<sup>11</sup>

En Córdoba, el art.12 de la ley 6074 establecía expresamente: *La prioridad de la inscripción de la constitución del bien de familia resultará de la fecha y número de la presentación asignado al documento en el Ordenamiento Diario del Registro General.* Con lo cual, no deja lugar a dudas que se establecía un sistema de prioridad directa, excluyéndose la posibilidad de solicitar certificado registral para la afectación a dicho régimen.

Hoy, el nuevo Código Civil y Comercial parece haber conferido una interpretación más amplia a la inscripción registral, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del art. 244.

No puede desconocerse que los efectos que produce el sometido-

---

11 MAZZEI, Juana B. Protección de la vivienda única e inscripción registral. Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 267. Cita online: AR/DOC/4574/2015.-



miento a este régimen, “modifican el derecho” respecto al inmueble afectado, en cuanto a la inejecutabilidad, a la facultad de disposición del bien, a la constitución de gravámenes, garantías reales, etc. Por tanto, dicha afectación, queda comprendida en las previsiones del art. 23 mencionado.

Por otra parte, respecto del carácter constitutivo de la inscripción, el art. 244 CCyC indica que la “afectación” se inscribe en el registro de la propiedad inmueble”, pero ya no estipula que los efectos se producen a partir de la inscripción, como indicaba el art. 35 de la ley 14.394. Y, además, remite a las normas de la ley registral inmobiliaria en materia de prioridad, como ya hemos analizado.

Sin embargo, esta interpretación, que a mi entender es la que se ajusta a la finalidad tuitiva de la norma, en cuanto a la posibilidad de expedir certificados registrales para instrumentar la afectación por escritura pública y aplicar la retroactividad del art. 5º de la ley 17.801, no es pacífica.

Así se desprende de lo dispuesto en la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 18 al 21 agosto de 2015) en el Tema I. “Régimen de Protección de la vivienda”, punto 2): “Con respecto a la prioridad temporal referenciada en el art. 244 in fine, se entiende que se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional de Registro Inmobiliario, y puede interpretarse referida tanto a la prioridad directa como indirecta, habilitando a cada Registro a darle a la inscripción, el carácter que considere más conveniente y justo”.<sup>12</sup>

Por tanto, dicha Reunión dejó librada a los Registros la interpreta-

---

12 MAZZEI, Juana B. Protección de la vivienda única e inscripción registral. Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 267. Cita online: AR/DOC/4574/2015.-



ción del carácter que debía otorgársele a la inscripción dispuesta en el artículo mencionado y el trámite que se le imprimiría en consecuencia.<sup>13</sup>

En este sentido, podemos citar algunos ejemplos de regulaciones locales, como la Orden de Servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, dictada con motivo de la vigencia de la ley 26.994, que es fuente del Digesto Registral de Córdoba, allí se dispone expresamente, en el apartado destinado a vivienda, la no expedición de certificados, y así lo dice: *“El efecto de la registración de la afectación a vivienda continúa siendo constitutivo. Por no haberse modificado el art. 23 de la ley 17.801, no se requiere ni se expedirá Certificado de Dominio para su afectación”*.

Por su parte, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal en la Disposición Técnico Registral 4/2015, dictada en virtud del Código Civil y Comercial, parece adoptar igual criterio al señalar: *“Art. 1º : La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC, conforme lo previsto en su art. 244, párr. 2º, se hará mediante petición constitutiva ante este Registro o por escritura pública”*.

En similar sentido la Disposición Técnico Registral 9/2015 Protección de la Vivienda de la provincia de La Pampa establece en el art. 5º: *“La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el Código Civil y Comercial, conforme lo previsto en su art. 244, párr. 2º, se hará mediante acta constitutiva en este Registro, o por escritura pública, testamento y/o por vía judicial en los supuestos previstos legalmente”*.

A excepción de la Orden 45/2015 de la provincia de Bs.As., ninguna

---

13 MAZZEI, Juana B. Protección de la vivienda única e inscripción registral. Publicado en: RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 267. Cita online: AR/DOC/4574/2015.-



de las otras dos normas citadas, menciona la certificación, pero sí el carácter constitutivo de la inscripción.

Sin embargo, el Digesto Registral que rige en Córdoba, no toma esta redacción y en su Art. 11 .3 del Título II: Reglamento de Afectación al Régimen de Vivienda, establece: “*No será necesario informe registral previo para la constitución o anotación de vivienda (bien de familia) por documento judicial, notarial o administrativo*” Con lo cual, pareciera no tomar una clara posición al respecto. Cabe interpretar que no estaría vedada la posibilidad de solicitar un certificado notarial para la afectación al Régimen de vivienda y sería de aplicación la retroprioridad que la ley Nacional contempla para estos casos garantizando así una mayor protección, que es sin lugar a dudas el espíritu de la norma.

El principal efecto de la afectación al Régimen de Vivienda es la “inoponibilidad a los acreedores de *causa anterior* a esa afectación” Art.249 C.C.C.

Entendemos que no hay impedimento alguno para afectar al régimen si existen gravámenes o inhibiciones, pues el C.C.C. establece al igual que en el régimen de bien de familia la inoponibilidad del beneficio a los acreedores con causa anterior a la afectación.

Lo que torna de vital importancia determinar a partir de cuándo se considera “constituido” este régimen.

Podemos advertir dos momentos en la afectación voluntaria al régimen de protección de la vivienda, por un lado, la constitución y por el otro,



la inscripción. La constitución por acta administrativa, parece reunir en un solo acto los dos momentos señalados, produciéndose una prioridad directa desde la toma de razón en el registro, pero cuando la afectación se realiza por Escritura Pública, los efectos de la retroprioridad otorgada por el certificado notarial bloqueante aparecen manifiestos.<sup>14</sup> Pareciera que en este último supuesto, la oponibilidad surte efecto a partir de la solicitud del certificado notarial.<sup>15</sup>

De lo que venimos analizando podemos concluir que si se constituye por acto administrativo en sede registral, la afectación goza de prioridad directa en los términos del art.19 L.R.N., si se constituye por Escritura Pública, estamos frente a dos opciones, que se haya pedido certificación a tal efecto, la prioridad computa desde la solicitud del certificado, si no se expidió certificado, la prioridad que se aplica es la directa o inicial, es decir, la que se produce con la presentación del título en el registro.

Dadas estas condiciones, la protección va a poder oponerse a todas las deudas posteriores a la afectación, debiendo entender por “deudas posteriores” aquellas cuya *causa generadora* haya tenido lugar después de la afectación, ya que si la causa (contrato o conducta antijurídica, por ejemplo) son de fecha anterior, poco importa que la obligación emanada de ellas se haya incumplido con posterioridad a la afectación. Lo relevante es el momento en que ha tenido lugar el hecho generador, con independencia de la fecha en que la misma se torna exigible. Esto quedó expresamente plasmado en la norma al referir a “*causa anterior*” a diferencia del derogado art.38 que

14 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

15 En este sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto que "tratándose de una deuda contraída en el lapso que va desde la constitución del bien de familia mediante escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad (dentro de los 45 días que establece la ley registral para otorgarle a tal inscripción efectos retroactivos a la fecha de la escritura) el inmueble no está afectado por dicha deuda, razón por la que corresponde levantar el embargo. (SCBA, 19/10/93, "Minadeo de Federico c/Deambrosi s/tercería de dominio).



refería a deudas posteriores, dando así lugar a discusiones doctrinarias respecto a la interpretación del mismo.

El artículo bajo análisis contempla algunas excepciones a esta regla no contempladas por el anterior régimen como son: las expensas comunes y el crédito alimentario.

En el primer supuesto, si bien los autores desarrollan diversos argumentos para su incorporación, el que considero de mayor trascendencia es el propuesto por Tobias al expresar que: “Cada copropietario sabe que está obligado a contribuir al pago de las cargas comunes desde el momento en que ha devenido tal, o sea, desde que adquirió su unidad por escritura pública, circunstancia esta que importa la adhesión total e incondicional al reglamento de copropiedad y administración. De ahí que siempre la afectación del inmueble al régimen necesariamente sea posterior a la causa de su obligación frente al consorcio.<sup>16</sup> Otros fundamentos se basan en asimilar el crédito por expensas al proveniente de mejoras introducidas en la vivienda dispuestas en el inc. c) del artículo 249.-

En el segundo caso, el crédito alimentario, la excepción tiende a encontrar el justo equilibrio a la tensión existente entre el crédito alimentario y la protección de la vivienda, en tanto solo otorga la posibilidad de invocar la inoponibilidad a ciertos acreedores: los hijos, y solo estos, menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

El problema relativo a la obligación alimentaria encontró diversas soluciones durante el antiguo régimen. Así, mediante una interpretación a contrario del art. 38 de la ley 14.394, se sostenía que los créditos posteriores

---

<sup>16</sup> ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



a la inscripción del inmueble en el régimen de bien de familia no perdían ejecutabilidad sobre él: se afirmaba que carecía de importancia que el juicio se hubiera iniciado luego de la inscripción del inmueble si la obligación era anterior a dicha anotación y que también resultaba irrelevante que la sentencia condenatoria fuera de fecha posterior a la afectación del inmueble, toda vez que ella se limitaba a reconocer la existencia de un derecho cuyo origen era anterior.<sup>17</sup>

Se mantienen las excepciones al principio de inembargabilidad e inejecutabilidad de las obligaciones provenientes de impuestos, tasas y contribuciones, créditos por construcción y mejoras y, aquellas con garantía real sobre el inmueble, según lo previsto por el art. 250 (ya contemplados en la ley 14.394).

El precepto, art.249, complementa lo normado en el art. 248 bajo el título de “subrogación real”, en lo atinente a las sumas remanentes en caso de ejecución del inmueble. De allí que se extiende la protección a los montos derivados de la subasta judicial frente a aquellos acreedores que no tengan derecho a requerir la ejecución. De este modo, el sobrante dinerario queda comprendido dentro de la tutela específica que otorga el régimen, y no puede ser agredido por la acción de los acreedores a los cuales les es oponible la inscripción. Solución análoga se aplica a los supuestos de concurso o quiebra del constituyente, *“la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”*

---

17 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

## **IV. Sujetos legitimados para la afectación y Beneficiarios**

### **ART. 245.- LEGITIMADOS.**

*La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.*

*La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.*

*La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.*

D'Alessio, al respecto plantea una cuestión terminológica de la norma diciendo que incurrió en un error de redacción al hablar de titular registral, pues debió haberse establecido el titular “dominical”, dado que sabemos que el dominio se adquiere con título y modo suficiente, siendo la inscripción un mero requisito de oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. Será habitual que la protección sea solicitada en forma simultánea con el otorgamiento de la escritura por la que resulta adquirido el dominio. En ese caso quien la requiera no revestirá todavía la calidad de titular registral.<sup>18</sup>

Al respecto, sería quizás más conveniente referir al “titular del derecho”, incluyendo así a todo aquel sujeto titular de un derecho real sobre inmuebles, susceptible de ser afectado al Régimen de Vivienda y gozar de la

---

<sup>18</sup> D' ALESSIO, Carlos M. Teoría y Técnica de los Contratos. Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2015.-





finalidad tuitiva del mismo, como podría ser el titular de un derecho de usufructo, o derecho de superficie, en este último supuesto deberíamos plantear que el régimen subsiste mientras permanezca el derecho que tiene como plazo máximo setenta años en los términos del art.2117 del C.C.C.

En primer lugar, este artículo incorpora a diferencia del régimen anterior, la posibilidad de que los condóminos lo afecten sin necesidad de que exista parentesco entre ellos y con el único requerimiento de que lo hagan conjuntamente, es decir, surge claro que la parcialidad que puede tener la afectación no hace referencia a los derechos sobre el inmueble, es decir, no debe entenderse como alícuota o parte indivisa, sino referida al valor del mismo. Si bien la ley 14.394 permitía afectar el inmueble en condominio, requería la existencia de un parentesco entre ellos y, según el orden establecido por la normativa. A modo de ejemplo, dos hermanos no podían afectar un inmueble a la protección si tenían ascendientes, descendientes o cónyuge, porque solo en defecto de éstos, procedía la afectación para los colaterales que vivan juntos.

Cabe remarcar la idoneidad de la implementación del término “todos” y “conjuntamente” en tanto queda clara la forma de afectación en su faz de proporcionalidad como de temporalidad.<sup>19</sup>

Como novedad, se incorpora en el último párrafo del artículo el supuesto de la afectación en el marco del proceso de divorcio o de conclusión del régimen de convivencia y recoge el criterio de distinción seguido por el Código Civil y Comercial en lo concerniente a las personas incapaces o con capacidad restringida. La solución escogida permite que la protección se

---

19 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

torne operativa a pedido de quien no resulta dueño del inmueble (excónyuge o conviviente a quien se le atribuyó la vivienda), en aras de que el titular no comprometa el bien con sus deudas personales.

Cabe destacar que el artículo, no hace referencia a la forma de proceder ante un supuesto de oposición de alguno de los beneficiarios constituidos por acto de última voluntad. Se ha dicho sobre esta situación que, por aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 255 inc. b que regula respecto a la oposición del cónyuge supérstite será el juez quien deba, a la luz de las disposiciones del art. 2330, y ponderando las razones que fundamenten la oposición, resolver lo más conveniente para el interés familiar<sup>20</sup>.

Se concluye que están legitimados para afectar: *a)* el titular del derecho; *b)* los condóminos, de manera conjunta, sin necesidad de ser parientes entre sí; *c)* el juez, si fue dispuesta por actos de última voluntad, y si es solicitada por cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público; *d)* el juez, que puede disponerla de oficio, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; *e)* el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio, y el juez, en la resolución que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Con relación a los BENEFICIARIOS, el art.246 establece: *Son beneficiarios de la afectación:*

- a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;*
- b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado*

---

20 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



*que convivan con el constituyente.*

Los beneficiarios quedarán individualizados en el instrumento que recepta la voluntad de afectación y también en las actas que constituyan el protocolo de Régimen de Vivienda, que siguiendo un orden cronológico, confecciona la autoridad de aplicación, en Córdoba es el Registro General de la Provincia.

La novedad en cuanto a los beneficiarios, radica en la posibilidad que incorpora la norma de autorizar la afectación a favor del titular de dominio sin familia, como así también que la protección sea constituida por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges entre sí.<sup>21</sup>

En este sentido, nos encontramos frente a un notable cambio, la protección de la vivienda como un derecho de la persona humana y no solo de índole familiar.

Respecto a la posibilidad de constituir como beneficiario al conviviente, la mayoría de los autores entienden que se requiere de una unión convivencial inscrita en los términos del art.511 C.C.C., si bien la norma no lo refiere de manera expresa, luego, al regular respecto a la transferencia y desafectación del inmueble afectado, se constituye en requisito para requerir el asentimiento, siempre que dicha unión se encuentre registrada. Cuando la unión está registrada, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del conviviente art. 250; éste debe también dar su asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta. Más aún, para que proceda la garantía

---

21 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

de inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después del inicio de la convivencia, también debe encontrarse cumplido el requisito de la inscripción, según lo dispone el art. 522. Otro argumento a favor de esta interpretación, es que se encuentran en juego intereses de terceros y por ende la seguridad en el tráfico negocial.

Los descendientes beneficiarios que establece la norma, no son solo los del propietario constituyente o de su cónyuge como se infería del anterior art.36 de la ley 14.394, hoy se interpreta que también quedan comprendidos los descendientes del conviviente, esta interpretación amplia, guarda correspondencia con lo establecido en los art. 672 a 676 del C.C.C. con relación al progenitor afín<sup>22</sup>.

### **Son beneficiarios por exclusión: parientes colaterales dentro del tercer grado**

El inc. b) del presente artículo, acorde con las disposiciones del anterior régimen (art. 36-ley 14.394), comprende en el beneficio a los colaterales dentro del tercer grado, pero sin hacer distinción entre consanguíneos a afines, en defecto de los enunciados en el inc. a) y siempre que convivan con el constituyente. Este requisito se funda no solo en el hecho de que ellos son beneficiarios en defecto de los demás parientes, sino también porque no son herederos forzosos, entonces se entiende, que si bien no se extingue el bien de familia por la muerte del constituyente, sí se extingue la convivencia, por ser un vínculo personal. Y de esta forma, la norma procura proteger al heredero forzoso de aquel beneficiario que pueda hacer valer las prerrogativas que le otorga el carácter de beneficiario de la afectación al Régimen.

---

22 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



El requisito de “*habitación efectiva*”, previsto por el Art.247 C.C.C. implica que al menos uno de los beneficiarios debe habitar el inmueble tanto para lograr la afectación como para la subsistencia de los efectos que de ella emanan. Cabe destacar, que en este sentido, y a diferencia de las disposiciones del anterior art.41 de la ley 14.394, que refería a la posibilidad de que la autoridad de aplicación permitiera por causas debidamente justificadas y de forma transitoria excepcionar de este requerimiento. Hoy el Código no admite excepción alguna al respecto. El incumplimiento de esta obligación importa una causal de desafectación en los términos del art.255 inc,d que indica que procederá a instancia de cualquier interesado o de oficio si no subsisten los recaudos previstos para gozar de la tutela.

Para considerar cumplida la obligación que emana de este precepto, el inmueble puede estar habitado únicamente por el propietario, o por todos los beneficiarios, o solo algunos de ellos, o el propietario con todos los beneficiarios o, también simplemente con alguno de ellos. Es decir, la norma no impone el requisito de “convivencia”. Empero, si el constituyente no tiene más familia que la formada por colaterales dentro del tercer grado y, éstos han sido designados beneficiarios, en este caso si se impone como requisito, que conviva con el constituyente. De lo expuesto, se colige que la muerte de este, no configura una causa de desafectación, en los supuestos de beneficiarios contemplados en el inc.a siempre que al menos uno habite el inmueble. Pero parecería que sí se desafecta ante la muerte del constituyente si los beneficiarios son los del inc. b. Sin duda, se presta para interpretaciones jurisprudenciales disimiles en este aspecto.



## V. Nuevo instituto: “subrogación real”. Implicancias

La figura que incorpora el nuevo código que no preveía la regulación anterior es la de la “*subrogación real*”. Art. 248.

La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

Este instituto implica un cambio copernicano en la concepción del derecho en juego, que pasa de un enfoque objetivo, que prioriza el bien sobre el cual se lo ejercita o predica, a uno subjetivo, que permite o tolera su supervivencia más allá de la fluctuación del o de los elementos materiales sobre los cuales se ejerce.<sup>23</sup>

Se incorpora al Código la regulación de este instituto, como una forma de receptar una realidad fáctica que se relaciona principalmente con la movilidad de la familia y/o del sujeto que voluntariamente se benefició con la protección de su vivienda. De este modo, brinda una respuesta a las cuestiones que debieron ser consideradas por la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia del anterior régimen, cuando el constituyente del bien de familia decidía enajenar el inmueble, previa desafectación para poder disponerlo, para adquirir otro de similar o de menor valor y constituirlo nuevamente como bien de familia. En tales casos, la pretensión radicaba en que esta segunda constitución retrotrajera sus efectos al momento en que se produjo la primera, evitando así “fisuras” temporales en su resguardo.

La subrogación se extiende, no solo a la vivienda adquirida en sus-

---

23 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



titución o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización, sino también a los importes correspondientes al precio de la enajenación.

La subrogación, por consiguiente, comprende tanto la indemnización proveniente de una expropiación por causa de utilidad pública o la otorgada por la aseguradora en respuesta de algún siniestro, sino también el precio derivado de la venta del bien. La extensión al precio se podría justificar con un dato de la realidad: las operaciones de compra y venta de inmuebles pueden requerir, en ocasiones, el transcurso de un intervalo de tiempo entre la enajenación y la adquisición. Empero, como se verá más adelante, la extensión temporal indeterminada de la afectación al precio es susceptible de cuestionamientos.<sup>24</sup>

Resultan dos cuestiones a analizar respecto a la subrogación; por un lado, la ausencia de límite en el valor del inmueble que se adquiere en sustitución, y por el otro, la extensión de la protección a sumas de dinero sin fijar plazo para la adquisición de una nueva vivienda

Se ha señalado que la norma omite fijar características cualitativas o cuantitativas que hagan a la vivienda que se adquiere en sustitución. Esta circunstancia puede derivar en consecuencias injustas para los acreedores de fecha posterior a la primera constitución, pero cuyas acreencias son pre-existentes a la sustitución de un bien por otro: el precepto nada dice acerca de si el inmueble adquirido supera el valor del que tenía el afectado al régimen de protección de la vivienda.

Se podría suponer que esta falta de previsión normativa, sería acorde

---

24 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

con lo dispuesto en el art. 244, pues también éste omite reseñar los valores o cualidades a tener en cuenta para la afectación del bien: la tutela, se afirma, beneficia al constituyente tan solo por el hecho de que el bien tenga como fin su vivienda, traduciéndose ello en que la única condición que debe observarse para que opere la sustitución, es que el nuevo inmueble este destinado a la vivienda, con prescindencia total de su avalúo.<sup>25</sup>

Al respecto, cabe preguntarse: ¿resulta admisible extender la protección derivada de este régimen a una porción del patrimonio que hasta entonces no se encontraba alcanzada por las garantías de la inejecutabilidad?

El interrogante debe ser resuelto teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar intereses contrapuestos de acreedor y deudor, para cuya solución es relevante considerar la eventual aplicación del principio general del ejercicio abusivo de los derechos. Sin desconocer, ciertamente, la importancia de tutelar la vivienda, ella no puede ser desnaturalizada generando obstáculos abusivos para el acreedor que aspira a ver satisfecho su crédito y cuya protección emana del derecho constitucional a la propiedad, como lo podría ser la adquisición de una nueva vivienda con el valor de la anterior afectada al régimen más el valor de venta de otro bien inmueble hasta entonces no alcanzado por la inejecutabilidad.

En opinión de Alterini, J. H. y Alterini, I. E., la respuesta acerca del valor del inmueble adquirido en sustitución debe encontrarse a través de la correlación del art. 244, cuando menciona que puede afectarse el inmueble “por su totalidad o hasta una parte de su valor” y con el art. 248, en cuanto regla que la afectación se traslada a la vivienda adquirida en sustitución de

25 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-





la afectada, naturalmente en la medida de “los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.

Al respecto, cabe también plantear de qué forma se establece ese valor, ¿es un valor nominal? De todos modos, en lo que concierne al acreedor, podrá ejecutar el inmueble por el proporcional no afectado al régimen o, de tratarse de una protección total, invocar la teoría del abuso del derecho (el art. 10 del Código Civil) para obtener la declaración de inoponibilidad de la afectación o, incluso, el pedido de desafectación del inmueble que por sus características económicas supera palmariamente los fines tenidos en miras al otorgar la tutela. Cuestión que será resuelta judicialmente.

Respecto a la no fijación de plazo cuando la protección se extiende a una suma de dinero, el párrafo final del artículo, como se adelantó, nada dice respecto de la extensión temporal de la afectación al régimen de los importes que sustituyen a la vivienda en concepto de indemnización o precio ¿Significa que la afectación debe ser considerada por un razonable plazo determinado o, por el contrario, que se extiende en el tiempo indefinidamente? De la lectura del artículo, parece desprenderse que la sola circunstancia de la subrogación por un precio o una indemnización de una vivienda sometida al régimen, convierte los importes en inejecutables por los acreedores de fecha anterior a la inicial afectación. Debe señalarse que si esa fuera la interpretación, se estaría en presencia de una extensión injustificada de la tutela.

La inexistencia del objeto susceptible de la tutela (un inmueble destinado a habitación) vaciaría de contenido el propio derecho fundamental a la “vivienda”, que es la causa para repeler las acciones de los acreedores (a



los que también asiste su derecho al cobro). De este modo, la ausencia de un plazo para la adquisición de un nuevo bien donde habite el deudor, modifica el panorama fáctico y jurídico a analizar. ¿Cuál sería el fundamento que explicaría una solución legal que impide a los acreedores de fecha anterior a la inicial afectación del inmueble enajenado dirigirse contra aquellas sumas de dinero que no fueron destinadas, pese a un largo transcurso del tiempo, a la adquisición de un nuevo inmueble para destinarlo a una nueva vivienda? puede suceder, incluso, que el deudor haya solucionado por vía de un comodato o locación su problema de vivienda.<sup>26</sup>El precio de la venta seguirá siendo inejecutable a pesar de que no se cumpla con lo dispuesto en el art.247.

Es necesaria la declaración expresa de la voluntad del afectante de mantener la afectación sobre el nuevo inmueble en el acto de enajenación, y en el acto de adquisición, en la escritura pública o en el documento judicial, según el caso, debe constar la declaración de voluntad sustitutiva y su rogatoria al Registro, el que consecuentemente, trasladará a sus asientos esta voluntad de subrogar la afectación.

Esta declaración resulta imprescindible a los fines de la individualización del objeto subrogado, sobre todo en los casos en los que se mantenga la afectación sobre sumas de dinero. La falta de expresión de la voluntad de mantener el régimen en la enajenación del bien sobre el que recae, produce su extinción.

La prueba de la identidad de las sumas obtenidas con las reinvertidas recae sobre el afectante; por ello, la operación debería hacerse por transferencia bancaria, o de ser necesario depositar el importe en una cuenta ban-

---

<sup>26</sup> ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



caria especial, lo que facilitará la prueba e impedirá la traba de medidas cautelares que entorpezcan la disponibilidad.<sup>27</sup>

Sin lugar a dudas que en estos casos necesitamos una publicidad registral adecuada.<sup>28</sup>

## VI. Transferencia del inmueble afectado

A los fines de posibilitar la transferencia del inmueble afectado al Régimen de Vivienda, existen tres opciones posibles, o se subroga la afectación en el nuevo inmueble o en un monto de dinero (tal como ya se analizó), o se cancela, opción que profundizaremos luego, o se solicita la “subsistencia” de la afectación, siempre que se cumpla con las condiciones previstas en la norma para que sea viable.

Entiendo que los requisitos que deben darse para que proceda la petición de subsistencia de inscripción son dos: que la transmisión del dominio sea a favor de alguno de los beneficiarios instituidos en la afectación, y que al menos uno de ellos habite efectivamente el inmueble.

### El reglamento registral de Córdoba, resolución 4 /2015, en su Art.12

27 CRUSSELLAS, Eduardo G. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario: ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián. Astrea.2015

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

1. En el primer caso, junto con la compraventa se deberá rogar la sustitución en cuestión mediante el código de acto que se creará al efecto (SUS). En el documento debe surgir en forma clara la identificación de la primitiva afectación, la cual deberá ser trasladada al inmueble que se adquiere con sus mismos datos. El inscriptor deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a efectuar su traslado.

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

a) En la escritura de compraventa por la cual se desafectó a vivienda, deberá surgir la reserva de sustituir o subrogar la vivienda en los términos del art.248C.C.C.  
b) En la escritura de adquisición, el Notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los actos de la primitiva afectación. Se deberá rogar la registración mediante el código que se creará al efecto. En dicho caso, el inscriptor deberá controlar los datos del bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.



dispone la subsistencia de la afectación a vivienda.

*12.1 Cuando en los procesos sucesorios, liquidación de sociedad conyugal o divisiones de condominio se manifieste la voluntad de mantener el beneficio de afectación a vivienda, siempre que subsistan los requisitos legales, se practicará únicamente las notas marginales pertinentes en el asiento de anotación de la afectación a vivienda.*

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

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

Si bien este artículo no lo refiere expresamente, toda subsistencia tiene también reflejo registral en el folio que integra el protocolo de Régimen de Vivienda.

Cabe también destacar, que los inmuebles declarados de utilidad pública y sujetos a expropiación parcial pueden ser afectados al régimen de vivienda. Una vez inscripta la expropiación, la afectación a vivienda subsistirá sobre el remanente de superficie resultante de la misma, siempre que este reúna los requisitos legales. (Art.13 R.R.)

En caso de unión, anexión o subdivisión de lotes por planos, se procederá a extender o reducir la afectación siempre que se verifique que subsistan las condiciones de afectación a dicho régimen. (art.14 R.R.)



### *ART. 250.- TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA AFECTADA.*

*El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se o pone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.*

Prescribe el artículo que el inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios, lo que se trata de una novedad por cuanto antes la prohibición era absoluta. Esta posibilidad, encuentra su justificación y coherencia en el hecho de que el inmueble objeto de legado o mejoras se mantendría dentro del ámbito de las personas beneficiarias, a quienes apuntan las normas protectorias de los artículos comprendidos en este capítulo.

Otra consecuencia derivada de la afectación es que si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se o pone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente. Al respecto, podrían realizarse algunas observaciones:

- a) En cuanto a su alcance, se entiende que abarca cualquier tipo de acto que implique desprenderse del dominio del inmueble que se encuentra sometido al régimen, incluso en caso de enajenaciones

parciales, independientemente que el negocio sea a título oneroso o gratuito, típico o atípico.

b) Tal como se refirió, para que la protección se torne operativa, en los supuestos de unión convivencial, se exige la correspondiente inscripción de ésta en los términos del art. 511. En este caso, a diferencia del expresado en el art.246 del C.C.C., la norma lo exige de manera expresa.

c) La conformidad exigida por la ley se limita al cónyuge o al conviviente. Ello, de conformidad con las pautas dispuestas en los arts. 456 y 458 en el primer supuesto y, 522 para el segundo.

Los otros beneficiarios de la afectación no pueden pretender que sea requerida su conformidad para la constitución de gravamen, a falta del cónyuge o conviviente, por cuanto la limitación a la facultad del propietario solo se refiere a la conformidad de éste, y esa restricción no puede ser interpretada de manera amplia.<sup>29</sup>

d) La doctrina formula precisiones acerca de la naturaleza de la conformidad: debe ser expresa y atinente al acto que en particular se trate, no admitiendo un asentimiento manifestado anticipadamente en forma genérica, en tanto ello equivaldría a convalidar una abdicación de facultades irrenunciables.<sup>30</sup> Comparto dicha tesis, ya que la finalidad de esta norma es proteger el inmueble y resguardar la familia, por lo que en este marco, es válido concluir que los cónyuges o convivientes deban actuar de manera conjunta en la toma

29 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-

30 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



de decisión, en cada acto específico en pos de no tornar ilusoria dicha protección..

e) En los supuestos de oposición, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o conviviente, la transmisión o gravamen requiere de la autorización judicial. Este punto lo vamos a analizar cuando hablemos de la desafectación ya que se encuentran íntimamente relacionados.

## **VII. Desafectación y Cancelación**

### **ART. 255.- DESAFECTACIÓN Y CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.**

*La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:*

*a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión conyugal inscrita se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;*

*b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge superviviente, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;*

*c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;*

*d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los*

*recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;*

*e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.*

La principal característica de la desafectación y cancelación de la inscripción radica en que los efectos cesan respecto de todos los sujetos<sup>31</sup>, diferenciándose de este modo de los supuestos de inoponibilidad, que implica la cancelación *al solo efecto* de la ejecución de un crédito al cual el bien de familia, hoy régimen de vivienda, le es inoponible ya sea por ser de causa anterior a la constitución o por configurar una de las expresiones previstas en el art.249 del C.C.C. Las causas de desafectación están expresamente enunciadas en el precepto que se considera.

La afectación no se encuentra sujeta a tiempo determinado, salvo en el supuesto que quien afecte al régimen sea el superficiario, dicha afectación subsiste hasta tanto no se presente alguna de las causales reconocidas para su cese.

Por otro lado, dichas situaciones no pueden considerarse enunciativas, por el contrario, se trata de aspectos que por su relevancia, ni más ni menos que el bien vuelva a constituirse en la prenda común de los acreedores, deben ser consideradas taxativamente.<sup>32</sup> Ello, sin perjuicio de la amplitud con la que puede ser interpretado el inc. d).

---

31 Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Sala "D". Capital Federal, Ciudad Autónoma de Bs.As. De fecha 18 de Febrero de 2016. Autos: "Corte, Graciela Margarita c/ Bertolone, Julia s/ ejecutivo s/ incidente de inoponibilidad de bien de familia" En prieta síntesis, la recurrente se agravia porque -a su criterio- el magistrado a quo: (a) analizó su planteo de "desafectación" del bien de familia como si se tratara de un pedido de declaración de "inoponibilidad", (b) soslayó constancias relevantes del expediente.

32 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-





Así como la afectación se realiza mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, la desafectación procede en idéntico modo y puede realizarse por acta registral, Formulario B con la firma certificada por Escribano Público de los constituyentes, por oficio judicial o por Escritura Pública.

### **Supuestos de desafectación y cancelación de la inscripción:**

El texto contempla los supuestos de desafectación que se consideran seguidamente:

*a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión conyugal inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;*

Es requisito de la desafectación el asentimiento del cónyuge o conviviente del constituyente, se trata de preservar a esos beneficiarios de actitudes del propietario que resulten intempestivas o negligentes o, por lo menos, desatendidas del interés familiar y que comprometan la vivienda.

El inciso contempla expresamente los problemas que se suscitaban bajo la vigencia de la ley 14.394 cuando mediaba la oposición del cónyuge (y ahora también del conviviente) pues determina de manera expresa que será decidido judicialmente, al igual que los casos en donde falta, es incapaz o tiene capacidad restringida

Como ya adelantamos, este inciso se relaciona con lo dispuesto en el art.250 cuando se contempla el supuesto de desafectación por transfe-

rencia, los dos tienen la misma frase con cuatro supuestos que responden a una voluntad contraria (oposición), una voluntad deficitaria o falta de voluntad idónea o plena (incapacidad o capacidad restringida), y la “falta”, que aparece en los dos artículos. (Incluso la palabra “falta” aparecía también en el art. 37 y 49 de la ley 14.394)

El supuesto polémico, se da respecto a la interpretación del término “falta”, que puede entenderse en un sentido más amplio, o más estricto, pero a mi criterio y conforme al marco de la institución que se analiza, tiene aquí un sentido más fáctico, es decir el de aquel cónyuge que lo es, porque no está muerto y no es ex-cónyuge, pues la muerte o el divorcio no implican falta sino inexistencia, pero que “no está”.

Los casos de divorcio, muerte o ausencia con presunción de fallecimiento, se vincularán más propiamente a la desafectación en los términos del inc. “d”.

*b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;* Hay aquí una diferencia importante respecto de las disposiciones de la ley 14.394: la “autoridad competente” (el Registro de la Propiedad Inmueble) a que se refería el art. 49, inc. b) es reemplazada ahora por el órgano judicial, quien ha de resolver los supuestos de disconformidad.



*c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;*

Así como el art. 245 establece que si el inmueble está en condominio, deben solicitar la afectación todos los cotitulares conjuntamente, este inciso establece que para que cesen dichos efectos basta que la petición sea formulada por la mayoría, no numérica sino conforme al porcentaje de sus derechos sobre el inmueble. Tal exigencia se aparta de los lineamientos que regulan el condominio, pues la disposición jurídica o material de la cosa común requiere la conformidad de todos los condóminos (art. 1990 C.C.C.). En base a ello, se ha considerado que el Código asimila la desafectación a un acto de administración (art. 1994 C.C.C.).

*d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en el Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;*

El presente inciso es el que mayor amplitud posee, en primer lugar, porque no enumera particularmente los sujetos con legitimación activa para peticionar la desafectación, lo que llevaría a incluir: a los beneficiarios, al constituyente, a los acreedores o hasta la propia autoridad de aplicación; y en segundo lugar, porque cada caso será resuelto debiendo analizar si subsisten o no los recaudos previstos; expresión que abarca disímiles situaciones relacionadas con los parámetros de constitución, como podría ser el caso de los beneficiarios colaterales que dejan de vivir con el constituyente; o como cuando el constituyente y beneficiarios dejan de habitar el bien.

Cobra relevancia especial en la aplicación del inciso el principio general del ejercicio abusivo de los derechos que brindó solución a los casos donde el inmueble excedía notoriamente las necesidades del deudor y su familia. Actualmente y si bien el art. 244 no hace expresa referencia a las necesidades de sustento, sí menciona que el destino del inmueble sea la vivienda, lo que debe ser entendido con el mismo alcance; máxime contemplando que elimina los topes y faculta al/los constituyentes a afectar el bien por su total valor o por una parte de aquél.<sup>33</sup>

Se infiere también del inciso que la muerte del constituyente no acarrea por sí la desafectación del inmueble: para que ello ocurra, y la causal surta efecto, es necesaria la de él y todos los beneficiarios.

*e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada en el Capítulo, con los límites indicados en el art. 249.*

La utilidad pública que da lugar a la expropiación ha de prevalecer sobre el interés privado protegido, por lo que la afectación al régimen no entorpecerá la procedencia de la expropiación que conlleva la desafectación. Dicha conclusión deriva de los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre bienes previsto por el art. 240. Además, y como se ha referido, la protección puede subsistir sobre el remanente del inmueble, o bien subrogarse en el monto indemnizatorio.

Por último, se ha puesto de manifiesto que el presente artículo no contempla el supuesto de usucapión por un tercero, pero que de presentarse el tópico, la desafectación sería posible porque no se habrá cumplido la exigencia de habitar el inmueble. Sería un supuesto de “cancelación tácita”,

<sup>33</sup> ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado de la Nación. Tratado Exegético. Tomo I. Comentario: TOBIAS, José W. La Ley 2015.-



como la que se produce a mi entender, si el constituyente y el cónyuge venden el inmueble afectado omitiendo referir a la desafectación del régimen y logran colocación registral.

