

AFECTACIÓN DE LA VIVIENDA – ART. 244 CCC

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I- LA VIVIENDA - ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS. II- MODIFICACIONES EN EL CCC EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA. III- LA AFECTACIÓN DEBE SER VOLUNTARIA. IV- EXCEPCIÓN A LA AFECTACIÓN VOLUNTARIA. V- AUTORIDAD DE APLICACIÓN – LA REGISTRACIÓN DE LA AFECTACIÓN. VI- EL TRÁMITE - LEGITIMACIONES. VII- EL INSTRUMENTO DE AFECTACIÓN. VIII- DERECHOS REALES QUE HABILITAN LA AFECTACIÓN A VIVIENDA. IX- LA AFECTACIÓN HASTA UNA PARTE DEL VALOR DE LA VIVIENDA. X- LA INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial I de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

(Publicado 6 de marzo de 2017).

INTRODUCCIÓN

No puede negarse que la inquietud legislativa que inspiró el apartamiento de ciertos bienes de la regla milenaria que determina que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, significó un notable avance en el mundo del derecho privado. El sistema de responsabilidad civil solo patrimonial, adoptado hoy por casi todos los países del mundo, y establecido de manera directa en los arts. 242 y 743 CCC, merece en verdad ciertas excepciones. Aplicada con rigor a todas las situaciones hiere de manera manifiesta principios elementales de justicia distributiva.

Como ocurre con todos los fenómenos relacionados con lo social, el tiempo permite perfilar más adecuadamente su regulación. Es una natural evolución fruto de la experiencia que el buen legislador, con ojo avizor, a medida que aparecen nuevos conflictos y necesidades, cubre mediante una regulación legal más precisa.

Así puede advertirse claramente en la historia del derecho, cómo desde la responsabilidad civil sancionada *“in corpore afflictivo”*, en el derecho romano, que preveía que el deudor incumplidor pasaba a ser propiedad de su acreedor, y éste podía disponer libremente de su persona, encadenarlo, matarlo, hacerlo esclavo o venderlo como tal, hasta nuestros días, el avance científico jurídico ha sido notable¹.

¹ En el “nexum” romano, el deudor se vendía a sí mismo, como garantía del cumplimiento de la obligación. PETIT, Eugène; “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Ed. Araujo, Bs.As. 1943, Trad. de la 9na Ed. Francesa, por Manuel Rodríguez Carrasco. En pág. 280 dice: “A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor, o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*: esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus injectio* contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (*corpus*) estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda”. “Desde entonces el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, quien podía encadenarlo y tratarle como a su esclavo...”.

La ley “poetelia papiria”, dictada por el Cónsul romano Cayo Petelio Libon (326 a C), terminó con la pena corporal y dio paso al sistema llamado “de responsabilidad patrimonial”, marcando una verdadera bisagra en el derecho privado universal². El sujeto, en materia civil, solo responderá ahora con su patrimonio por la obligación incumplida³; al punto tal que casi podríamos expresar que las relaciones jurídico-patrimoniales, hoy son más relaciones entre patrimonios que entre los sujetos de derecho; algo así como expresar que el patrimonio de Juan se relaciona con el patrimonio de Pedro; por lo que poco suelen importar, en las transacciones privadas modernas, las cualidades subjetivas de los obligados.

Partiendo así del sistema de responsabilidad patrimonial, en el que nos encontramos inmersos, que determina que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores, según los mencionados arts. 242 y 743 del CCC, podemos advertir una loable evolución cuando se hace una especial contemplación de las cosas concretas que integran ese patrimonio. El legislador aparta del principio aquellos elementos que son indispensables para la vida, el trabajo y la familia, una especie de “patrimonio base”, desprendido por completo de toda idea de especulación, o inversión lucrativa. Es un avance extraordinario hacia la humanización del derecho, que ya no mirará solo el patrimonio de los sujetos, sino que hará una aplicación subjetiva del principio, garantizando al deudor la conservación de los elementos más vitales.

² En verdad, como sostiene Myriam A. Farina en su tesis doctoral, titulada “*La hipoteca en el derecho ateniense del siglo IV a. C. y su comparación con el instituto hipotecario en el derecho nacional*”, presentada en la Universidad de Buenos Aires (aún inédita), ya dos siglos antes, en la Antigua Grecia, se había consagrado un principio similar evitando que el deudor respondiera con su cuerpo frente al incumplimiento de sus obligaciones. Dice Farina: “...*Se sabe por los testimonios preservados que, ya en el siglo VI a C., el legislador SOLÓN (638-558 a. C.) liberó la persona del deudor del cumplimiento de las obligaciones, aboliendo la esclavitud por deudas. La reforma legislativa produjo un profundo cambio en materia de garantías en cuanto favoreció, en Atenas, el desarrollo conceptual del patrimonio como prenda común de los acreedores*”.

³ PETIT, Eugène; “Tratado Elemental...” Ob. Cit., dice, refiriéndose a la ley poetelia, que “*Declaró libres a los ciudadanos que eran nexi en el momento de su promulgación; prohibió que en lo sucesivo se encadenara a los deudores, y decidió que éstos no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes*”

Pero debe remarcarse que, aunque hoy concebamos como natural la idea de tutelar la vivienda como uno de los elementos esenciales en la vida del hombre, en verdad la necesidad de su protección plasmada en la legislación de derecho privado, de manera eficiente y directa, es relativamente reciente. Como bien expresa Kemelmajer, la vivienda en sí, como base material de la vida humana, que da cobijo y protección física, frente a los riesgos de la intemperie, recién comienza a verse reflejada en el ámbito del derecho privado, en la segunda mitad del siglo pasado⁴.

Pero ya a comienzos del siglo XX podemos encontrar importantes instrumentos legales que ponen de manifiesto la inquietud del Estado por proteger la vivienda como un imperativo primordial en el orden social; y, en general, aparece asociada al concepto de familia, tan arraigado desde los más remotos tiempos, sobre todo en los países de tradición romanista. Por ello la primera designación que aparece históricamente del instituto que aquí nos ocupa, es “bien de familia” o “vivienda familiar”; resultando de esta denominación la idea de no tutelar con este instituto, a quien no tenga familia.

Recordemos, a estos efectos, que nuestra vieja ley 14394, exigía como recaudo básico para poder ampararse en el bien de familia, justamente la existencia de una familia que justificara ese apartamiento del principio rector que involucra todo el patrimonio del deudor como garantía de cumplimiento de sus obligaciones. Decía el art. 36 de la citada ley: *“A los fines de esta ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”*. Como puede advertirse, la norma, en su literalidad, lisa y llanamente impedía la afectación cuando no hubiere legales nupcias y se tratara de una situación de hecho de parejas en concubinato.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Protección Jurídica de la Vivienda Familiar”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1995, pág. 28.

No deja de sorprendernos la desprotección de las uniones de hecho, sobre todo si cotejamos la ley 14.394 de 1954, con el Código Civil de 1869 (vigente desde 1871), en el que el propio Vélez, en el art. 325, aludía a la familia de hecho indirectamente al admitir la posesión de estado. El Sabio Codificador, casi un siglo antes que la ley 14394, llegaba a sostener en la bellísima nota al citado art. 325 que “... *La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes...*”.⁵

Varios tratados internacionales, con jerarquía constitucional, proclaman la necesidad de tutelar la vivienda como forma de amparar la familia⁶. Así podemos citar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que en su artículo VI dice: “*Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*”. En la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el artículo 16, inc. 3, proclama indirectamente el derecho a la vivienda al expresar que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. Si esta norma se complementa con la prevista en el art. 22 de la misma Declaración la exigencia aparece claramente. En efecto en este último dispositivo se expresa que “*Toda persona, como miembro de la*

⁵ Nota de Vélez al art. 325 del Código de su autoría: “*Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos, es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una Corte francesa. El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal*”.

⁶ Areán, Beatriz; “Bien de Familia”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2001, pág. 40.

sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

También en el Pacto de San José de Costa Rica, suscripto en 1969 y en vigor desde 1978, aparece la protección de la familia en el art. 17.

En general, toda esta corriente de tutela de derechos sociales, se inicia en el período histórico denominado el constitucionalismo social, a partir de la Constitución de México de 1917, también denominada “de Querétaro” por la ciudad en la que se proclamó⁷, y la Constitución de Weimar de 1919 con una enorme repercusión en Europa y América⁸.

La doctrina de la función social de la propiedad, ingresada a nuestro País por el jurista francés León Duguit⁹, repercutió directamente en la Constitución Nacional de 1949, que en su Art. 38 dio sanción legal al citado principio de la función social. Decía la norma que: *“La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva...”*. La abolición de esta Constitución en 1957, determinó sin embargo que algunos de sus principios quedaran reflejados indirectamente en la constitución revivida

⁷ Constitución de México o de Santiago de Querétaro: *“Art. 4: Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.* ”.

⁸ Art. 10: *“El imperio puede, por vía legislativa, establecer reglas en cuanto se refiere...4º) a derecho de la tierra, distribución de ésta, colonización interior y bienes de familia, Indisponibilidad de la propiedad del suelo, régimen de viviendas y distribución de la población. Inhumaciones”.*

⁹ Allende, Guillermo; “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 372.

de 1853, ya que se agregó a ésta el art. 14 bis, que en su tercer párrafo “*in fine*” obliga al Estado a establecer la defensa del bien de familia.

El artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, a pesar de que la expresión utilizada es diferente, “bien de familia”, es la base jurídica de la actual “Vivienda”, regulada hoy a partir del art. 244 del CCC. Es de desear que, a la mayor brevedad, cada Provincia vaya adecuando su normativa a los nuevos dispositivos nacionales, al igual que las resoluciones o disposiciones técnicas de los respectivos Registros de Inmuebles, que son las entidades habilitadas para su aplicación¹⁰.

I- LA VIVIENDA – ACLARACIONES TERMINOLOGICAS

Antes de abordar nuestro tema, es menester aclarar algunas cuestiones terminológicas para evitar confusiones y adoptar criterios claros respecto de ciertas situaciones. Así, corresponde destacar que en el CCC, en principio, “vivienda” no es lo mismo que “vivienda familiar”; pues mientras con la primera expresión aludimos a la afectación prevista a partir del 244, que equivale al bien de familia regulado por la derogada ley 14394, con la expresión “vivienda familiar” en cambio, se están sustituyendo las expresiones técnicas usadas en el viejo código: “asiento del hogar conyugal” o “sede del hogar conyugal”. No podría jamás “vivienda familiar” equivaler a “vivienda”, pues justamente con esta última denominación, se quiso desvincular la protección misma, de la necesidad de tener una familia. Hoy pues, merced a la nueva regulación, la persona sola y sin familia alguna que con ella conviva, puede verse tutelada por la afectación a vivienda del art. 244 del CCC. De manera tal que aludir a nuestro instituto como “vivienda familiar” es todo un despropósito contrario a la exigencia legal.

¹⁰ Hasta la fecha, en Córdoba por ejemplo, no hemos visto ninguna modificación; no solo en materia legal, sino tampoco en el Registro de Propiedades, que continúa con las mismas exigencias y principios de la vieja ley 14394.

Es por lo que venimos expresando que el artículo 456 del CCCN, cuando determina que ninguno de los cónyuges puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, sin el asentimiento del otro, no se está refiriendo al inmueble afectado a vivienda (art. 244 y ss. del CCC), sino simplemente al asiento del hogar conyugal, tal como lo determinaba el viejo art. 1277 del Código de Vélez, modificado por ley 17711. Aun cuando el inmueble no esté afectado a vivienda, será menester el dicho asentimiento.

Posibilita la confusión, el hecho de que cuando la vivienda es familiar, es decir cuando estamos realmente en el supuesto de tratarse del asiento de la familia, esa sola situación ya da pie a que sea afectada a vivienda en determinados supuestos. Es lo que surge, entre otras normas, del art. 443 del CCC, que al regular los efectos del divorcio permite que uno de los cónyuges pueda solicitar la “atribución de la vivienda familiar”. Si bien podríamos suponer que la norma solo alude a que, en los supuestos previstos, por ejemplo cuando al cónyuge peticionante se le haya concedido el cuidado de los hijos, se le podrá conceder que siga habitando la vivienda que fue sede del hogar. Pero debe remarcarse que, en la norma siguiente (art. 444), se prevé que dicha atribución tenga efectos respecto de terceros una vez registrada.

No nos quedan dudas pues, que ese “efecto respecto de terceros” aludido en la parte final del primer párrafo del art. 444, apunta a la afectación a vivienda de lo que fue sede del hogar. Es decir que, además de atribuirse al cónyuge el derecho a la vivienda, en los casos en que corresponda, esa especial asistencia si el beneficiado lo solicitare, podría ir acompañada de la afectación prevista en el art. 244, motivo de nuestro análisis, para tutelar también ese destino frente a toda la comunidad.

Reforzando esta idea, en cuanto a que la previsión del art. 443 y 444 en materia de divorcio y 526 en materia de conclusión de convivencia, se están refiriendo a la afectación a vivienda, el art. 245 del CCCN, en su tercer párrafo, alude expresamente a estos casos al regular la afectación a vivienda por resolución judicial. En efecto, dice dicho tercer párrafo que: *“La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribu-*

ye 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”.

Corresponde resaltar, sin embargo, que destacada doctrina supone que la prevista en el art. 443 y 444 del CCCN, es una figura diferente de la “vivienda” del art. 244, con efectos “erga omnes” a partir de la inscripción. De nuestra parte sostenemos que no hay porqué suponer que se trata de otra institución que perseguiría idénticos fines, con iguales efectos. Lo lógico es suponer que el legislador tácitamente está remitiendo a la afectación de vivienda¹¹.

Similar régimen está previsto para los casos de extinción de la unión convivencial. El artículo 526 CCC también prevé que en caso de cese de la convivencia, uno de los convivientes puede pedir la atribución de la vivienda familiar, cuando quede a su cargo el cuidado de los hijos menores, con capacidad restringida, o con discapacidad, etc.; y tal como lo previsto para el divorcio en el matrimonio, en el tercer párrafo de la misma norma, se determina que *“La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral”*. Como puede advertirse, el dispositivo solo puede aludir con estas expresiones, a la afectación a vivienda, tal como lo dijimos respecto del divorcio.

II- MODIFICACIONES EN EL CCC EN MATERIA

DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA

Hubiésemos visto con beneplácito la incorporación en la nueva regulación, de la posibilidad de afectar dos o más inmuebles a la tutela legal, cuando

¹¹ Lambert, Néstor; en el Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado”, Dirigido por Gabriel Clusellas, Ed. Astrea y FEN, Bs.As. 2015, Tomo 2, nota al art. 443, pág. 362 y 363. Creemos que el único aspecto que distancia un poco el supuesto previsto en los arts. 443 y 444 de la afectación a vivienda del art. 244, es la idea de la temporalidad de la afectación; pero, de nuestra parte, no vemos entidad ontológica al obstáculo, siendo ante todo un supuesto de excepción previsto en ley y, como tal, con algunas características propias.

los mismos integran, en conjunto, una sola vivienda. Son muchos los casos que se nos han presentado profesionalmente, en los que se hacen menester dos inmuebles para cobijar a una familia; sobre todo lo hemos visto en los departamentos afectados a propiedad horizontal, que en su mayoría presentan dimensiones bastante reducidas. El padre adquiere dos unidades de un dormitorio cada una, pero su utilización conjunta, mediante la apertura en tabiques divisorios internos, brinda a los departamentos una perfecta unidad. Pues bien, en estos supuestos, salvo algunas excepciones, reiteradamente se ha negado la afectación de los dos inmuebles, y el interesado ha debido contentarse con tener uno solo de los inmuebles protegidos frente a sus acreedores.

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

Pero, a pesar de nuestra crítica, en relación al régimen de la ley 14394, podemos remarcar notables avances en la regulación del nuevo CCC.

Así, a manera de síntesis expresaremos:

1) NO ES NECESARIA LA FAMILIA: Ya no es necesaria la familia para gozar de la protección. Aunque se trate de una persona sola que no convive con nadie, puede evitar que su vivienda quede sometida a los arbitrios de su suerte económica. Era una exigencia clamada por la doctrina, por la injusticia generada de no tutelar al soltero sin hijos ni afectos familiares. En efecto, al no exigirse la familia que aparecía definida legalmente en el art. 36 de la ley 14394, el instituto de la vivienda ahora puede ser aplicado sin ese requerimiento.

¹² Ley 26209, Art. 4: “A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno a más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral”.

2) LA SUBROGACIÓN REAL: Se posibilita la subrogación real; es decir el cambio de la vivienda afectada. El propietario puede mudarse, vender la vivienda, adquirir otra, y trasladar el beneficio que le confiere la afectación a su nueva casa o departamento. Obviamente ese traspaso registral de la afectación no le hace perder la prioridad ganada en la primera afectación (art. 248 CCC).

3) SE AGREGA COMO SUPUESTO DE EXCEPCIÓN A LA INEJECUTABILIDAD LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA: En el art. 249, inc. d) se agrega a los supuestos de excepción a la inejecutabilidad de la vieja norma del art. 38 de la ley 14394, las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

En el citado art. 38 de la ley 14394, solo se podía ejecutar el bien afectado, cuando se tratase de obligaciones por impuestos o tasas que gravaren directamente la vivienda; o de gravámenes constituidos con la conformidad del cónyuge o del juez en caso de negativa de éste; o cuando se tratase de créditos por construcciones o mejoras introducidas en la misma vivienda afectada. Hoy, a partir de la nueva norma, también la obligación alimentaria prevalece por sobre la tutela de la afectación a vivienda.

4) LA AFECTACIÓN TRABAJA CON LA RESERVA DE PRIORIDAD DE LA LEY REGISTRAL 17.801: Se aclara de manera indubitada que la prioridad de la registración trabaja conforme a la ley registral inmobiliaria, lo que evita anacrónicas interpretaciones que excluían el viejo bien de familia (hoy vivienda) del trámite registral establecido por la ley 17.801. Dicha mala interpretación partía de la literalidad del art. 35 de la ley 14394 que expresaba que el bien de familia comenzaba a producir sus efectos a partir de su inscripción en el Registro¹³. Es decir se ignoraba por completo la llamada reserva de prioridad del art. 17 de la ley 17.801 de sanción posterior.

¹³ “La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente (conf. artículo 35 ley 14.394). La solución de la norma es plenamente aplicable respecto de las relaciones con los terceros, ya que ello responde al sistema de

Es como si los jueces hubieran cerrado sus ojos a la novedad de esa ley y su mecanismo de la reserva de prioridad. Esta situación se mantuvo latente hasta el año 1985, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, echó luz sobre el problema en los autos "Rodríguez, Armando c/ Carrizo, José Ángel", que luego de la sanción de la ley 17.801 el entorno ha variado en materia registral y corresponde hacer ingresar el trámite de afectación en esa nueva mecánica¹⁴.

Hoy la cuestión se ha zanjado definitivamente, pues como decíamos en párrafos precedentes, el nuevo dispositivo del art. 244 del CCC, segundo párrafo, expresamente aclara que "*...la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario*".

5) SE SUPRIMIERON LOS TOPES DEL VALOR DE LA VIVIENDA: En la ley 14394, el art. 34 ponía un límite al valor de la propiedad a afectar: no debía exceder las necesidades de sustento y vivienda de la familia; y delegaba a los poderes provinciales la determinación de dicho valor. Hoy, en cambio, del artículo equivalente (art. 244) no surge ningún tope; en razón de lo cual creemos que cualquier máximo que pudiera exigirse en las reglamentaciones provinciales sería inconstitucional por contradecir una norma de superior jerarquía.

III- LA AFECTACIÓN DEBE SER VOLUNTARIA

Un punto que merece destacarse especialmente, no solo de la nueva ley, sino también de la vieja 14394, es que este apartamiento de la vivienda de

publicidad registral, lo que corresponde no sólo a esta institución, sino a la trasmisión o constitución de derechos reales" (Cám. Civil Capital, sala F, 30 noviembre 1987, en autos "Khabbaz (su suc)" 1987, J.A.1988-II-246). "Licha, A. c/ Vidaechea, M.A." (Cam. Civil y Com. Santa Fe, sala 2ª - 1984). En este último fallo se resolvió que como el embargo había ingresado antes de la inscripción definitiva del bien de familia, éste no era oponible al acreedor. Pero no se tuvo en cuenta que la escritura de afectación a bien de familia tenía a su favor un certificado registral que reservaba su prioridad, según el art. 18 de la ley 17.801.

¹⁴ CSJN, en "Fallos" T. 307, Vol. II, p. 1647.

la regla del patrimonio como garantía común, es que la afectación resulta de la voluntad del propietario. El legislador no sustrae de la garantía el bien tutelado por imposición, sino que, como regla general, hay una voluntad de su propietario directamente encaminada a lograr ese beneficio.

No ocurre lo mismo con ciertas legislaciones locales, entre las que resalta la errónea interpretación que se daba al art. 58 de la Constitución provincial de Córdoba. El primer párrafo de este dispositivo determina que *“Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley”*.

Como puede advertirse en esta norma directamente se determina la inembargabilidad de manera contundente, y el tiempo presente de su disposición le da apariencia de norma operativa. Recordemos que en el ámbito constitucional se distinguen las normas operativas, que supuestamente están prestas a funcionar una vez sancionadas, y las programáticas que son las que solo declaman; éstas exigen para su concreta aplicación, una reglamentación acorde. Pues bien, el art. 58 de la Constitución cordobesa, utiliza el tiempo presente, tal como habíamos adelantado: “las condiciones que fija la ley”.

Mucho nos hemos ocupado ya de analizar la norma del artículo 58 de la Constitución de Córdoba, y de sus alocadas reglamentaciones¹⁵. No volveremos sobre ello, pero sí nos interesa remarcar que el apartamiento de la vivienda como prenda común de los acreedores, tal como está reglamentada, debe

¹⁵ VENTURA, Gabriel B.; “La vivienda única en la Constitución Provincial y su reglamentación”, Semanario Jurídico del Comercio y Justicia, Córdoba del 3/10/91. “Otra vez sobre la vivienda única”, LL. Córdoba, 1997, 169. . “El bien de familia y la vivienda única” en Foro de Córdoba, 11, 1992, pág. 51. En ese estudio destacábamos las diferencias fundamentales entre la vivienda única y el bien de familia. Decíamos así que las diferencias son: 1- El bien de familia exige “la familia”; mientras el art. 58 nada dice al respecto. 2- El bien de familia una vez constituido no puede ser enajenado, no objeto de legados o mejoras testamentarias, ni gravarse sin la conformidad del cónyuge; mientras que nada impide al propietario de única vivienda enajenar, legar o gravar su propiedad. 3- El bien de familia puede existir aunque su propietario tenga varias viviendas; por su parte la institución de la vivienda única del art. 58, sólo funcionaría en el supuesto de ser propietario de única vivienda.

ser una opción voluntaria del sujeto beneficiario, pues de lo contrario se cercenan las prerrogativas del *dominus*, sin que éste lo haya consentido¹⁶. Debe tenerse presente que sacar del ámbito de la garantía de los acreedores una parte importante del patrimonio de un sujeto, y de manera imperativa, impuesta por la ley, lejos de beneficiar al deudor, disminuye su solvencia patrimonial, amén de chocar de plano con la Constitución Nacional (art. 17). La función de garantía de los bienes, incluida la vivienda, constituye parte de las prerrogativas que brinda el derecho real de dominio a sus titulares (art. 242 CCC).

Por ello, quien decida ampararse en el precepto del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de las leyes inferiores que lo reglamentan, es decir el art. 244 y ss. del CCC, así como las normas provinciales que perfilan la figura, salvo casos excepcionales, debe voluntariamente afectar a vivienda.

IV- EXCEPCIÓN A LA AFECTACIÓN VOLUNTARIA

Como en nuestra opinión, según explicamos más arriba, la afectación que aparece en los arts. 444 y 526 para los casos de atribución de vivienda familiar constituye ni más ni menos que la afectación a vivienda, podríamos citar estos supuestos como excepción a la afectación voluntaria. En tales casos pues, el juez podría imponer al titular dominial la afectación a vivienda a pesar de que su voluntad pueda diferir de ese entendimiento. El destino de vivienda, no tutela aquí los intereses del *dominus*, sino los de su familia.

V- AUTORIDAD DE APLICACIÓN - LA REGISTRACIÓN **DE LA AFECTACIÓN**

¹⁶ Justamente una de las corrientes filosóficas que está en contra del bien de familia, postula la idea de que esta institución es una verdadera negación de la propiedad. Ver GUASTAVINO, Elías P. "Derecho de Familia Patrimonial – Bien de Familia", Ed. Bibliográfica Omeba, Bs.As. 1962, pág. 82.

El art. 42 de la ley 14394, disponía que cada Provincia determinaría la autoridad competente para intervenir en la gestión; y en general en todas ellas se ha dispuesto, en materia de afectación a vivienda, que el Registro de Propiedades sea la Autoridad de Aplicación¹⁷, y ello hace que la actividad registral, respecto de esta figura, no sólo esté referida a la calificación del documento y su posterior inscripción o anotación, que es lo que más analiza la doctrina, sino que, como autoridad de aplicación, le corresponderá también al Registro decidir y resolver sobre toda cuestión que se suscite en cuanto al cumplimiento de los recaudos legales que posibilitan la afectación o desafectación (arts. 246, 247, 248, 253, 255, etc.), así como las especiales circunstancias que permiten su permanencia cuando no se cumplan algunos de los recaudos.

Como ejemplo de lo que acabamos de expresar, podríamos aludir a la autorización transitoria prevista en el art. 41 de la vieja ley 14394, otorgada al propietario por el Registro como autoridad de aplicación, de no habitar el bien, cuando lo solicite previa justificación del motivo¹⁸. Si bien el supuesto no ha sido contemplado en el nuevo CCC, muchos motivos justifican plenamente la vigencia de esa norma. Así, ante el caso de una persona con su vivienda afectada al régimen, que ha sido asignada para cumplir funciones en una legación argentina en el extranjero, y que por ello debe ausentarse transitoriamente de su domicilio, con su familia a cargo, a pesar de la falta de contemplación expresa del supuesto en el nuevo CCC, en aplicación de su art. 1 que alude a “usos, prácticas y costumbres”, a lo que debe sumarse la garantía constitucional del art. 14 bis de la Carta Magna que obliga a mirar con criterio favorable la afectación, corresponderá igualmente tener presente esta prerrogativa.

¹⁷ AREAN, Beatriz; Ob.Cit., pág. 113, puntualiza que “En todas las provincias [...] se ha declarado al Registro de la Propiedad como autoridad de aplicación”. VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble Comentada. Anotada”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 69.

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; “Protección Jurídica de la Vivienda Familiar”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1995, pág. 91.

Sea por una cuestión sustancial o puramente inscriptoria, ante la negativa infundada del Registro siempre queda al interesado la posibilidad de acudir a la justicia. Recordemos que hasta en los supuestos solo referidos al trámite registral, la vía recursiva de este proceso contencioso también concluye con la causa en los tribunales de justicia y serán las cámaras civiles las encargadas de dirimir la controversia¹⁹.

VI- EL TRÁMITE - LEGITIMACIONES

En el art. 245 del CCC, de redacción poco feliz, se determina quiénes están legitimados para solicitar la afectación. Encontramos varios errores en el dispositivo, pues para comenzar dice que puede afectar “el titular registral” queriendo expresar, en nuestra opinión, que es el propietario quien puede hacerlo. Ni siquiera hubiera sido correcto consignar “el titular del dominio”, pues hay otros derechos reales que también resultan idóneos para ser afectados a vivienda, según veremos.

Por otra parte la norma pareciera pasar por alto que la registración de inmuebles es declarativa y no constitutiva, con lo cual pretender que el solo titular registral pudiera afectar, implica desconocer la dinámica constitutiva de los derechos reales. En efecto se puede ser titular registral y no ser propietario; y, a la inversa, se puede ser propietario sin ser titular registral²⁰. Pero debe des-

¹⁹ Ver sobre el punto VENTURA, Gabriel B.; “Ley 17.801.Registro de la Propiedad...”, ob. cit. Pág. 173 y ss. También en “La observación registral y los recursos registrales”, en Revista Notarial de Córdoba, Nº 90, 2008/2, pág. 43 y ss.

²⁰ La palabra título, y más aún “titularidad”, en el ámbito de los derechos reales, suele ser usada para designar tres situaciones distintas; nos hemos preocupado de agregarle un adjetivo, para precisar más técnicamente a cuál de los sentidos nos estamos refiriendo, antes a analizar una normativa determinada. Así, decimos que una persona puede ser titular real, cartular y registral. Se es titular real cuando se tiene el título y el modo (art. 750 y 1892 CCC); se es titular cartular cuando se tiene el documento acreditativo del título o causa; y finalmente se es titular registral cuando esa causa o título ha accedido a un registro jurídico de bienes. Lo interesante de esta distinción es que cada situación puede plantearse (obviamente en casos patológicos) respecto de sujetos diversos. Ver sobre el tema VENTURA, Gabriel B. “Dinámica de la Constitución de los Derechos Reales y su Repercusión Registral”, Anuario de Derecho

tacarse que, a pesar de la mala terminología a la que ya estamos acostumbrados, se advierte claramente que lo que se ha querido expresar es que para estar legitimado se debe ser propietario en sentido amplio; es decir ser titular real de un derecho real que se ejerza por la posesión. A esto debemos agregar necesariamente que sea susceptible de habitación²¹, puesto que la finalidad del instituto es tutelar la vivienda del sujeto no simplemente sus inmuebles.

El propietario interesado en la afectación deberá solicitarla en los Registros Inmobiliarios de cada provincia, acreditando los extremos que la hacen viable: el dominio o el derecho real de que se trate, y si hay beneficiarios que éstos estén entre los mencionados en el art. 246 del CCC: el cónyuge, el conviviente (art. 509 y ss CCC) sus ascendientes o descendientes.

En todos los casos, obviamente, deben acreditarse los estados exigidos, mediante la documentación que los acredite: las partidas matrimoniales, las actas de nacimiento para verificar las filiaciones, etc. Si se ha instituido beneficiario al conviviente, deberá acreditarse la inscripción de dicha convivencia, conforme a lo prescripto en el art. 511 del CCC, pues esta misma norma exige dicho recaudo para operar respecto de terceros, por lo que sin registración no hay unión convivencial para el registro inmobiliario, ni para quienes se basen en sus constancias²².

En los casos de afectación a bien de familia por tracto abreviado, cumpliéndose las exigencias previstas en el CCC, referidas a las legitimaciones, beneficiarios, etc., los herederos podrán concurrir a la autoridad de aplicación,

Civil de la UCC, Tomo I, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 187 y ss.; “Los Títulos Notariales y la Posesión” en Anuario de Derecho Civil, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, Tomo VIII, pág. 58; “Tracto Abreviado Registral”, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2005, pág. 56 a 59. “Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada”, Ob. cit., pág. 50 a 53.

²¹ Sin dudas la posibilidad de afectación del inmueble rural que no exceda la unidad económica agraria, a la que alude el art. 256 CCC, está considerando tácitamente que en él se encuentra también la vivienda del peticionante. Similar precepto se encontraba en el art. 34 de la derogada ley 14394.

²² Sería un típico caso de inoponibilidad (art. 382 CCC). Por ello no acordamos con ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián; en el “Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, Coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Ed. Astrea y FEN, Bs.As. 2015, Tomo 1, nota al art. 244, pág. 633. Estos autores dicen: “El art. 246 del Cód. Civil y Com. de la Nación no exige que la unión convivencial esté inscripta para que el conviviente pueda ser designado beneficiario (...)”.

o a un escribano y manifestar así su voluntad, luego de haber acreditado el carácter de herederos del titular dominial²³. No debemos olvidar que, tanto en el viejo código, arts. 3417 y 3418, como en el nuevo CCC, art. 2280, los herederos son continuadores de la persona del difunto, y como tales son “propietarios” del bien a afectar.

VII- EL INSTRUMENTO DE AFECTACIÓN

Respecto de la forma de la afectación²⁴, en todas las provincias está dispuesto que la instrumentación portante del acto de afectación pueda ser: 1) **Acta administrativa** formalizada en el mismo Registro; 2) **Escritura pública** de afectación; 3) **Resolución judicial** ordenándola. En cierta manera podríamos decir que estas diferentes instrumentaciones surgen del art. 245 del CCC, en sus tres párrafos.

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

Segundo párrafo: *“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”.*

Tercer párrafo: *“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”.*

²³ VENTURA, Gabriel B. “Tracto abreviado registral”, Ob.Cit., pág. 269, 270.

²⁴ Sobre la forma de la afectación del bien de familia recomendamos GUASTAVINO, Elías P. Ob.Cit. pág. 356 y ss.

Pasamos a analizar cada supuesto:

En el primer párrafo de la norma citada están tácitamente contempladas el acta administrativa y la escritura pública.

1) EL ACTA ADMINISTRATIVA:

El acta administrativa es la que formula el propio registro, mediante la intervención de un funcionario idóneo que recepta la voluntad del interesado. Se dejará constancia en dicha acta, no solo de la voluntad de afectar a vivienda el inmueble, sino también de la identificación de los que serán beneficiarios de la misma, que pueden serlo: 1) solo el propietario o los propietarios en caso de condominio; 2) el cónyuge; 3) el conviviente; 4) los ascendientes o descendientes; 5) los parientes colaterales dentro del tercer grado (art. 533 CCC) que convivan con el propietario constituyente. De todo ello deberán dejarse las acreditaciones correspondientes; partidas de matrimonio, constancia de registración de la convivencia, partidas de nacimiento y cualquier otro que sirva para acreditar los extremos exigidos.

La ventaja de esta instrumentación para los usuarios es que la recepción de la voluntad de afectar coincide con la instrumentación registral misma. Eso garantiza que el documento no sea observado y pase directamente, en forma inmediata del acto, a los asientos registrales, pregonando la afectación del inmueble a vivienda. Por otra parte la celebración de este tipo de instrumentación está exenta de todo gasto para el usuario.

2) LA ESCRITURA PÚBLICA:

Otra forma de hacer llegar la voluntad de afectar a vivienda al Registro de Propiedades es la solicitud mediante escritura pública. Nos referimos a las escrituras públicas propiamente dichas; es decir las que están reguladas a partir del art. 299 del CCC. El interesado comparecerá ante un notario y formulará su declaración, instituyendo asimismo los beneficiarios si los hubiere, y aportando la misma documentación referida en el punto precedente.

Para la celebración de este instrumento de afectación, el notario debe obligatoriamente solicitar el certificado de ley, previsto en el art. 23 de la ley 17.801, y por dicha virtud, la afectación gozará de la reserva de prioridad determinada en dicha norma, y en el art. 17 de la misma ley. Sin dudas la oportuna previsión contenida en el segundo párrafo del art. 244 CCC, terminó definitivamente con la absurda discusión, a la que ya habíamos hecho referencia al mencionar las mejoras del CCC respecto de la vieja ley 14.394. En efecto, respecto de dicha ley no había total consenso jurisprudencial sobre cuándo se generaban los efectos de la afectación. En algunos resolutivos se consideraba que ello ocurría desde la registración misma, siguiendo la letra de la ley (art. 35 ley 14394); pero para otros, más evolucionados, la afectación cumplía su función desde la fecha de expedición del certificado conforme a la ley registral que, aunque de sanción posterior en el tiempo, sin dudas también modificaba el entorno de las viejas normas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1985, como ya habíamos adelantado, tuvo oportunidad de brindarnos un buen pronunciamiento a ese respecto, que fue aplicado igualmente en otros resolutivos posteriores.²⁵

Obviamente en este tipo de instrumentación deben abonarse los honorarios al profesional actuante, el notario. Pero el artículo 254 del CCC, en estos casos acota su monto, disponiendo que no pueda exceder, en conjunto, del uno por ciento del valor fiscal del inmueble afectado

3) RESOLUCIÓN JUDICIAL:

En los supuestos previstos en el segundo párrafo y tercer párrafo del art. 245, la afectación llegará al Registro mediante una sentencia o el resolutivo judicial que corresponda.

²⁵ "Banco de la Nación Argentina c. E.de P., M.N. y otros" Fallo anotado por Moisset de Españés, Luis, en LLC 2000, pág. 891.

En el segundo párrafo, para el caso de disposición de última voluntad del propietario, si bien la afectación en lo sustancial deviene del testamento mismo, será sin embargo la orden judicial el documento portante de la petición de inscripción de la vivienda.

Igual ocurre en los casos previstos en los arts. 444 y 526 del CCC, a los que también hemos aludido anteriormente, cuando uno de los cónyuges en los casos previstos solicite al juez la afectación de la vivienda familiar atribuida.

VIII- DERECHOS REALES QUE HABILITAN LA AFECTACIÓN A VIVIENDA

Habíamos criticado la norma del art. 245 CCC al referir al “titular registral”, pues para afectar a vivienda no solo se debe ser titular en el registro, sino que fundamentalmente se debe ser propietario del inmueble.

Remarcamos que lo expresado no es un tema menor si tenemos en cuenta que la titularidad registral se prueba, tal como su expresión lo indica, con la sola existencia del asiento; mientras que para acreditar el derecho de propiedad mismo, será menester la presentación del título en sentido formal (la escritura pública, la sentencia, etc.); y eso sin tener en cuenta que el modo (la tradición), necesario también para hacerse propietario (art. 750 y 1892 CCC), ha debido cumplirse en el mundo de los fenómenos, por lo que no resulta comprobable, en principio, con la sola presentación de los títulos²⁶.

¿Cómo podemos admitir una norma que aluda al “titular registral” en nuestro sistema jurídico, que se caracteriza por honrar las causas hasta lo infinito, tal como surge del Código de Vélez, en su artículo 2601 y del primitivo 2505 subrogado luego por ley 17711, y aún por el nuevo CCC que exige la causa en sus arts. 281, 282, 726, 1012, 1013 y 1014? En nuestro sistema pues, los derechos, sean reales o personales, jamás se independizan de sus

²⁶ VENTURA, Gabriel B.; “Dinámica de la Constitución...” ob. cit, pág. 190, 191.

causas; salvo lo regulado para los títulos valores, que son justamente los que motivaron el art. 283 del CCC. Esta norma está referida expresamente, y como supuesto excepcional, a los títulos valores; que, como se sabe, están dominados por la abstracción. Es decir que al deudor por una obligación contenida en un título valor, justamente para garantizar su ejecutividad y efectividad, no le está permitido negar su cumplimiento alegando cuestiones referidas a su causa.

En otros sistemas, como el alemán por ejemplo, sí podemos esperar que una ley civil se refiera al “titular registral”; porque en Alemania el dominio, una vez registrado, se abstrae e independiza de la causa que lo invistió. Solo se exige al propietario la exhibición del asiento para dejar acreditado su derecho²⁷.

Remarcamos la expresión “ser propietario” que hemos utilizado, pues con ella aludimos a ser titular de cualquier derecho real que se ejerza por la posesión; es decir los que surgen del dispositivo del art. 1888 del CCC. Pero aun de entre ellos, teniendo en cuenta que estamos analizando el instituto de la vivienda, debemos rescatar como posibles de afectación, los que recaigan sobre inmuebles y que al mismo tiempo brinden la posibilidad de habitar.

Conforme a lo expresado podemos considerar como posibles de afectación a vivienda, los inmuebles que resulten habitados en virtud de los derechos reales de dominio (art. 1941), condominio (art. 1983), propiedad horizontal (art. 2037), propiedades horizontales especiales (art. 2073), usufructo (art. 2129) y superficie (art. 2114). En todas estas figuras jurídico reales pueden asentarse viviendas habitables, y ello solo ya faculta a su afectación. Pero corresponde remarcar que, entre las propiedades horizontales especiales, hay algunas en las que, como regla general, no se asientan viviendas habituales. Tales son los parques industriales, empresariales o náuticos, o como reza la norma del art.

²⁷ Nos referimos al sistema abstracto alemán, dominado por el “auflassung” y la “gewere”, en el que la sola registración deviene en propietario al sujeto, al abstraerse por completo de la causa que dio origen al derecho. Ver sobre el punto la bellísima explicación del Maestro LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. en su “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Bs. As. 1983, pág. 111 a 119.

2073, “*cualquier otro emprendimiento urbanístico independiente del destino de vivienda*”. Éstos deben descartarse, pues creemos que solo excepcionalmente será factible aplicar por analogía el artículo 256 que se refiere a inmuebles rurales, cuando también el industrial o empresario, tenga radicada su vivienda en el mismo predio.

Respecto del tiempo compartido (art. 2087), su concepto no concibe su opción como la vivienda prevista en el art. 244 CCC, ya que su destino, amén de ser temporario de uso periódico o por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo o industria, se aparta por completo de los fines de la afectación.

IX- LA AFECTACIÓN HASTA UNA PARTE DEL VALOR DE LA VIVIENDA

Un tema que merece una especial atención respecto a la afectación de la vivienda, es la expresa permisión de la norma del art. 244 CCC de afectar el bien “*por su totalidad o hasta una parte de su valor*”. En verdad nos cuesta imaginar una intención inicial de protección parcial de la vivienda. Adviértase que si el inmueble sale a ejecución, aun cuando lo sea por un valor inferior a su totalidad, toda ella será transferida al adquirente en la subasta, y ello determinará que dejará de ser la vivienda del que al había afectado, por lo que en el sentido más elemental de la expresión, dejará de cumplir su función. Por más que se reserve y proteja del monto obtenido en su realización la proporción que estaba afectada, la vivienda en su materialidad, como cobijo y lugar de residencia del propietario o de éste y su familia, ya no se encontrará en el patrimonio de su titular. Vemos claro, en nuestra opinión que, en estos casos, la figura se ha apartado por completo de su verdadero fin y fundamento.

Creemos que la expresión de la norma del art. 244, surge como necesaria al complementar el dispositivo con el art. 248 que posibilita la subrogación real del inmueble afectado. Si el titular de la vivienda puede sustituir un inmue-

ble por otro, al que pasaría la tutela de la vivienda, con sus prerrogativas en cuanto a prioridades y beneficiarios designados, bien podría ocurrir que un deudor de mala fe invirtiera un mayor valor en su nueva casa burlando así a los acreedores. El bien tutelado, luego de esta maniobra ardidosa, habría incorporado un valor excedente que no era, antes de ello, objeto de tutela alguna. Dicho valor se habrá apartado injustamente a la regla de la garantía común (art. 242 CCC). Pero, en verdad, aun receptada la posibilidad de subrogación real, que exigiría, con una dosis de perfeccionismo exagerada, que la vivienda fuera del mismo valor que la que ingresa a la afectación, mediante una protección a una parte de su valor, se restará practicidad a la protección. Se desdibuja la figura en su elemento esencial que es la tutela de la vivienda como protección, cobijo y techo. Una cosa es la protección del excedente, en el caso de subasta por un monto menor al valor, prevista en el art. 248 “*in fine*”, que prevé el traslado de la tutela al resto del monto, y otra bien diferente es que “*ab initio*”, esta disociación entre una parte tutelada y otra que no lo está, sea considerada en el momento mismo de su afectación.

Creemos pues, en definitiva que, más allá de las normas de excepción, la regla es que tanto el mandato constitucional (art. 14 bis de la CN) como el art. 244 del CCC, persiguen la tutela de la vivienda, no su valor, por lo que no puede considerarse el valor como el objeto normal de la protección. Ello solo debería poder ocurrir ante situaciones excepcionales.

Concluimos a este respecto que es preferible tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor que, menoscabando su garantía ante un acreedor, venda su vivienda de escaso valor subrogándolo por uno más valioso, antes que hacer posible que “*ab initio*” se afecte solo una parte alícuota del inmueble. Con ello se altera la finalidad misma del instituto “vivienda”. Remarcamos una vez más, el carácter constitucional de esta figura, para argumentar a favor de nuestra idea.

Bregamos, en consecuencia, por una reforma oportuna al art. 244 del CCC, eliminando la posibilidad de afectar una parte proporcional del valor del

inmueble. Ello traerá incertidumbre en su ejercicio, y no puede permitirse tal situación en un instituto de tan noble fin como es la afectación a vivienda.

X- LA INEJECUTABILIDAD DE LA VIVIENDA

Es común sostener que la afectación de un bien a vivienda, conforme a lo determinado en el art. 244 del CCC, lo torna “inembargable”; pues bien, esta afirmación no es correcta. El bien continúa en el patrimonio del sujeto deudor; por ello es factible la traba de cuantos embargos puedan pretenderse. Es la ejecución de dichos embargos la que podrá verse frustrada por el amparo de la afectación, y ello previo haber probado que esa tutela es realmente oponible al crédito que motivó la medida precautoria.

Hay una crucial diferencia entre “inembargabilidad” e “inejecutabilidad” que de nuestra parte pusimos de resalto con motivo de nuestro análisis del art. 58 de la Constitución Provincial de Córdoba.

Recordemos que la Constitución Cordobesa de 1987, en su art. 58 establece que *“Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley”*. Apenas aparecida la nueva Constitución en 1987, comenzó a generarse un desorden jurídico y confusión, pues tanto doctrina como jurisprudencia vertían pronunciamientos contradictorios y antagónicos²⁸.

En su oportunidad hicimos una reseña de fallos y doctrinas sobre la cuestión²⁹, y destacábamos que, pese a la mala redacción de la norma constitucional y a las dispares interpretaciones a que había dado lugar, sin embargo,

²⁸ VENTURA, Gabriel B.; “La vivienda única en la Constitución Provincial y su reglamentación”, *Semanario Jurídico del Comercio y Justicia*, Córdoba del 3/10/91.

²⁹ VENTURA, Gabriel B. “Otra vez sobre la vivienda única”, LL. Córdoba, 1997, pág. 169.

no se había producido todo el desorden que podría suponerse; ello merced a que la gran mayoría de la doctrina entendía que el precepto necesitaba reglamentación y lo declaraban inaplicable³⁰, sin más ni más, en casi todos los casos en que el deudor intentaba ampararse en el artículo.

Entre todos los intentos por desentrañar la verdadera finalidad de la norma constitucional provincial, fuimos los primeros en destacar que la norma no aludía en realidad a “inembargabilidad” sino a “inejecutabilidad”³¹, tal como lo habíamos advertido también en materia de bien de familia. En efecto, la medida cautelar ingresa eficazmente mientras se cumplan todos los recaudos registrales, y tutela adecuadamente el crédito que la motiva.

Ocurre pues, que hay varios casos en los que el destino de vivienda y su afectación no serán oponibles al acreedor, en razón de lo cual negar “*prima facie*” el trámite normal a la medida precautoria, sin brindar la oportunidad al acreedor de probar que no se dieron, o que hoy no se dan los extremos que la hacían viable, o que a su respecto la afectación no es oponible, implica una actitud temeraria y un prejuizgamiento respecto del que la autoridad de aplicación no tiene competencia alguna.

Analicemos ahora los casos en los que la afectación no impedirá la ejecución:

1) Inmueble no habitado por el propietario ni por beneficiario alguno: El acreedor puede llegar a probar que no se cumple con el requisito básico para constituir y mantener la afectación; es decir habitar el inmueble destinado a vivienda. A ese respecto el art. 247 CCC, determina que

“Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.

³⁰ VENICA, Oscar “Inembargabilidad de la vivienda única” Ed. Lerner, Córdoba, 1992, pág. 33, 34.

³¹ en “La vivienda única. El art. 58 de la nueva Constitución Provincial de Córdoba” en Semanario Jurídico del Comercio y Justicia del 15/09/88; también en “La vivienda única en la Constitución Provincial y su reglamentación”, Semanario Jurídico del Comercio y Justicia, Córdoba del 3/10/91.

En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble”

2) **Obligaciones anteriores a la afectación:** Obviamente el registrador no puede saber de antemano si la deuda es anterior o posterior a la afectación a vivienda; por ello, sin hesitación traba la medida tal como el juez lo solicita.

3) **Obligaciones originadas por expensas comunes en la propiedad horizontal, o en los conjuntos inmobiliarios:** Sería un verdadero absurdo jurídico que quien pretenda vivir en un departamento afectado al régimen de propiedad horizontal o en un conjunto inmobiliario (Propiedad horizontal especial), pudiera evitar el pago de las expensas o gastos comunes amparándose en la afectación a vivienda, cuando ha sido justamente esa vivienda la que generó el gasto.

4) **Obligaciones garantizadas con hipotecas u otros derechos reales de garantía sobre el inmueble afectado:** Expresamente, tal como ya estaba previsto en el art. 37 de la vieja ley 14394, la vivienda no impide la contratación de hipotecas. Ello implicaría disminuir el crédito a quien justamente la ley pretende cobijar. Por ello se admiten tales contrataciones garantizando a los acreedores que la situación de afectación a vivienda no impedirá la ejecución del bien.

5) **Obligaciones originadas en construcciones u otras mejoras en la misma vivienda afectada:** Aplicamos aquí la misma lógica que respecto de las expensas o gastos comunes en la propiedad horizontal. El inmueble se enriquece a costa de la inejecutabilidad, lo que constituye todo un despropósito del sistema. Por ello se coloca también el supuesto como excepción y se torna inoponible la situación de afectación a vivienda respecto del acreedor en tales casos.

6) **Obligaciones alimentarias:** En los casos de ejecución por obligación alimentaria a favor de los hijos menores, incapaces o con capacidad restringida, considerando lo primordial de su cumplimiento, el mismo artículo 249 hace

inoponible la afectación y permite la ejecución de la vivienda, para lograr su concreción.

Por ello decíamos que corresponde hablar de “inejecutabilidad” y no de “inembargabilidad”, pues con toda prudencia, el Registro debe asentar sin cuestionamientos el embargo, aunque advierta que el inmueble se encuentra afectado a vivienda. Durante el proceso se determinará ciertamente si corresponde o no admitir la ejecución del inmueble afectado.

Gabriel B. Ventura