



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

XXXIVº JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

(2023)

COMISIÓN IV

AFECTACIÓN A VIVIENDA “HASTA UNA PARTE DEL VALOR”

*Por Gabriel B. Ventura**

PONENCIA

- 1- El sistema de responsabilidad patrimonial, que emerge en el mundo del derecho a partir de la ley “*Poetelia Papiria*” (326 a. de C.), adoptado hoy en casi todos los países del mundo, aparece claramente en los arts. 242 y 743 CCC. Pero corresponde destacar que estas normas, aplicadas con rigor, hieren de manera manifiesta principios elementales de justicia distributiva.
- 2- Debe incorporarse al sistema una nueva expresión técnica: “Patrimonio jurídico base”. Estas palabras permitirán apartar la cuantía económica de los bienes involucrados de toda idea de garantía prevista en los art. 242 y 743 CCC, para aludir exclusivamente a todos los elementos imprescindibles pa-

* 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.

ra la vida en sociedad. Estos bienes deberán quedar apartados por completo de toda idea de especulación o inversión lucrativa.

- 3- El fundamento de esta tutela parte de considerar que la vida productiva de los miembros de una comunidad exige ciertos elementos materiales, sin los cuales no hay producción ni posibilidad de progreso, tanto individual como colectivo. Esa es la regla que debe imperar a la hora de interpretar y aplicar las normas que tutelan la vivienda (art. 244 y ss. del CCC.).
- 4- En este sentido es reprochable, por su incoherencia, la posibilidad de afectar el bien “... *hasta una parte de su valor*” como reza textualmente la norma del 244 CCC, pues si el inmueble sale a ejecución, aun cuando lo sea por un valor inferior a su totalidad, toda la vivienda será transferida al adquirente en la subasta, aun cuando se reserve y proteja el resto del valor de su realización (la proporción que estaba afectada). La vivienda en su materialidad, como cobijo y lugar de residencia del propietario o de éste y de su familia, se habrá apartado por completo del verdadero fin y fundamento de la afectación.
- 5- Sin dudas la expresión de la norma, complementa el art. 248 CCC, que posibilita la subrogación real del inmueble afectado, ya que bien podría ocurrir que un deudor de mala fe invirtiera un mayor valor en una nueva vivienda, burlando así a sus acreedores. Pero, también debe considerarse que es mayor el daño si se resta efectividad a la protección, desdibujando la figura en su elemento esencial que es la tutela de la vivienda como cobijo y techo.
- 6- El caso no es comparable a la protección del excedente en el caso de subasta por un monto menor al valor, prevista en la interpretación armónica de los arts. 248 CCC “*in fine*”, y 249 tercer y cuarto párrafo, que contempla el traslado de la tutela al resto del monto, ya que resulta bien diferente que “*ab initio*” se formule esta disociación entre una parte tutelada y otra que no lo está.

- 7- Desde el punto de vista de los valores jurídicos, el legislador debió tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor inescrupuloso, aludida en los puntos precedentes, antes que desnaturalizar la institución “vivienda”, haciendo posible que “*ab initio*” se afecte solo una parte alícuota del inmueble. Reforzamos nuestro argumento si remarcamos la raigambre constitucional de la figura (art. 14 bis CN.).
- 8- Debe modificarse el art. 244 del CCC, eliminando la posibilidad de afectar una parte proporcional del valor del inmueble. No puede permitirse tal situación generadora de incertidumbre familiar en un instituto con tan nobles propósitos.

FUNDAMENTOS

I- INTRODUCCIÓN

No puede negarse el importante avance jurídico que significó, para el derecho civil, el apartamiento de ciertos bienes de la regla milenaria que determina que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores. El sistema de responsabilidad patrimonial, adoptado por casi todos los países del mundo, tal como lo vemos en nuestro país en los arts. 242 y 743 CCC, aplicado con rigor a todas las situaciones, hiere de manera manifiesta principios elementales de justicia distributiva.

Por ello consideramos que la exclusión de ciertos bienes de la regla general de la responsabilidad patrimonial constituye una natural evolución del derecho que, fruto de la experiencia, ve con buenos ojos que, aunque el sujeto se haya endeudado de manera regular y voluntariamente, su situación jurídica no llegue al extremo de dejarlo sin el derecho elemental a ocupar un lugar en el mundo. Un buen legislador recepta estas situaciones extremas y, balanceando

los valores en juego, advierte que no todo lo que al sujeto le pertenece puede estar a la “intemperie jurídica” si se nos permite la metáfora, y dispuesta a la agresión de los acreedores. Se logra así, merced a la contemplación de estas situaciones, una mayor humanización del derecho.

Ocurre pues que hay ciertas cosas dentro del patrimonio del sujeto que, en atención a estos valores humanos preponderantes, no son garantía, sino solamente atributo de la personalidad, pues, sin ellas, casi podríamos expresar que se le quitaría al sujeto, prácticamente, el derecho a existir dignamente. Es lo que hemos dado en llamar “patrimonio jurídico base”.

En la historia del derecho pueden advertirse claramente, momentos que han marcado esta evolución de manera escalonada. Desde la responsabilidad civil regulada en el derecho romano, recayendo “*in corpore afflictivo*”, a través del contrato de “*nexum*”; supuesto en el 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.

La ley “*poetelia papiria*”, dictada por el Cónsul romano Cayo Petelio Libon (326 a C), puso fin a la pena corporal y dio paso al llamado “sistema de responsabilidad patrimonial”, significando una verdadera bisagra en el derecho privado universal². En materia civil, el sujeto solo responderá ahora con su patrimonio por la obligación incumplida³.

¹ En el “*nexum*” romano, el deudor se vendía a si 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...*”.

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

Obviamente esta contemplación no deja de tener consecuencias negativas. Al punto tal que, hoy podemos afirmar que las relaciones jurídico-patrimoniales son más propiamente relaciones entre patrimonios que entre sujetos de derecho; algo así como expresar que el patrimonio de Juan se relaciona con el patrimonio de Pedro. Sin dudas esto aliviana la responsabilidad de personas inescrupulosas que intentarán aprovechar la situación para no honrar sus deudas. Es el efecto no querido, pero inevitable que suelen tener ciertos dispositivos protectores. Por ello se hace necesario un análisis balanceado entre lo malo y lo bueno para un sistema el adoptar este tipo de tutelas. Luego de estos análisis, efectos queridos y los no deseados; riesgo y beneficio; consecuencias positivas y negativas, surgiría un concepto, que de nuestra parte designamos con una nueva expresión técnica: "Patrimonio jurídico base".

A eso se apunta mediante la limitación excepcional de ciertos bienes en particular, a la regla del patrimonio garantía, restricción que debe contemplar, solo el patrimonio jurídico base.

II- EL PATRIMONIO JURÍDICO BASE

Ahora bien, obviamente la determinación de qué bienes, o qué porción del patrimonio resultará excluida de la función de garantía, constituye una deci-

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

sión de política legislativa que, sin dudas, dependerá de la ideología imperante en la comunidad al momento de legislar y de ciertos paradigmas sociales. Así, por ejemplo, en los países con sistemas económicos más liberales, se procurará que sean mínimas las excepciones, mientras que en los pueblos más socializados existirá una natural tendencia a cubrir más aspectos de la vida, tutelando quizás más bienes de los estrictamente necesarios. Entre estas dos posiciones extremas estaría el equilibrio justo para beneficio social y comunitario (*"in medium veritas"*).

Es así como nace, a nuestro entender, la necesidad de determinar, con más o menos cierta científicidad, un patrimonio jurídico base; integrado éste por los elementos que resultan indispensables para la vida y para la producción que cada sujeto está llamado a generar en el contexto social. Ya no solo se impedirá que el acreedor avance sobre la persona física del deudor, sino que también quedarán a cubierto aquellos bienes que resulten básicos para su vida y su trabajo.

Esta ideología o impronta legal, que de nuestra parte elogiamos, se pone de manifiesto en nuestra legislación, tanto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como en el Código Civil y Comercial, en los arts. 244 y ss. que perfilan y reglamentan la afectación a vivienda, y el 744, que en sus ocho incisos determina los elementos del patrimonio del deudor que resultan excluidos de la función de garantía.

Con estos conceptos se parte de considerar que el sujeto, para una más eficaz participación social y colaboración con el bien común, fin primordial de una buena política, el ciudadano requiere de una dosis mínima de seguridad y tranquilidad. Así entendida esta garantía de la vivienda afectada, amén de propender a una bien merecida felicidad, aumenta considerablemente el rendimiento de todos los miembros de la comunidad, en los menesteres que les to-

lo sucesivo se encadenara a los deudores, y decidió que éstos no podrían ya comprometer sus

que desempeñar en el contexto social. En definitiva, afirmamos que esta actitud de tutelar un patrimonio jurídico base, para el sujeto y su familia, no solo repercute en interés individual, sino que toda la colectividad se verá favorecida con ella⁴.

Es importante destacar que nuestro concepto de patrimonio jurídico base está completamente apartado de los valores de los mismos. El legislador apunta más a la finalidad social y familiar del objeto de la tutela, que a los valores de esos elementos en sí.

Estimamos que lo expresado en el párrafo precedente, debería dominar tanto la interpretación como la aplicación de todas las normas que se refieren a la exclusión del patrimonio como garantía.

III- POSIBILIDAD DE AFECTAR UNA PARTE ALÍCUOTA

Con la óptica que venimos perfilando, nos llama la atención la posibilidad legal prevista en el art. 244 CCC de afectar el bien “... *hasta una parte de su valor*”; pues la intención inicial de proteger parcialmente la vivienda determinada por el sujeto en una porción alícuota, resulta en nuestra opinión toda una incoherencia respecto de la finalidad protectora de la institución “vivienda”. Ya hemos expresado que no hay aquí valores en juego, sino que la óptica tuitiva apunta a la finalidad misma del bien, o sea el techo, cobijo y protección que la vivienda brinda al dueño y su familia.

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 deter-

personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes”

⁴ VENTURA, Gabriel B.; “Afectación a vivienda, Art. 244 del Código Civil y Comercial de la Nación” en “Derecho de Familia”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2017, pág. 73 a 86.

minará, irremisiblemente, que deje de ser la vivienda del que la había afectado. Por lo que, en el sentido más elemental de la expresión, la vivienda dejará de cumplir su designio constitucional. Aun cuando se reserve y proteja el monto obtenido en su realización, o sea la proporción en la 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 base 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.

Advertimos que la expresión de la norma del art. 244, surge al complementarla con el dispositivo del art. 248, que posibilita la subrogación real del inmueble afectado. Si el titular de la vivienda puede sustituir un inmueble 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. Podría decirse que dicho valor se habrá apartado injustamente a la regla de la garantía común (art. 242 CCC). Pero, en verdad, aun receptada la posibilidad de esa inescrupulosa subrogación real, que exigiría, con una dosis de perfeccionismo exagerada, buscando que la vivienda fuera de idéntico 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”*, interpretado en armonía con el art. 249, tercero y cuarto párrafo, 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 de 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, por ejemplo, cuando la vivienda, aunque afectada, salga a subasta por una deuda a la que no le es oponible la tutela (supuestos previstos en los cuatro incisos del art. 249 CCC).

Es probable que esta cuestionable óptica, de poner la mira correctora de la ley en el valor de las cosas, antes que en las cosas mismas y su función social, provengan de una casi imperceptible y paulatina penetración del derecho anglosajón. En estos sistemas más materialistas y alejados de la afanosa búsqueda de la justicia heredada de la Roma jurídica, sí interesan más los valores de las cosas que las cosas mismas. Hay sin dudas, por la dominación económica, una visión menos humanizada y más economicista del derecho. Aquí, concretamente, tenemos una consecuencia de ello.

Concluimos, pues, a este respecto, que es preferible tolerar la posibilidad patológica aislada de un deudor malicioso 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.

Atendiendo a estos fundamentos bregamos por una reforma oportuna al art. 244 del CCC, eliminando la posibilidad de afectar una parte proporcional del valor del inmueble. Evitando la incertidumbre que se producirá en su ejercicio. No puede permitirse tal situación en un instituto de tan noble fin como es la afectación a vivienda.