

La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por Lily Flah

Publicación: www.nuevocodigocivil.com

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional, agregado por la reforma de 1957, declara "... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

A partir de la reforma constitucional de 1994, el orden jurídico interno se integra con los tratados internacionales, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), suscriptos por nuestro país, de trascendental importancia como refuerzo de esa finalidad tuitiva.

El análisis de la problemática jurídica de la vivienda -cuya protección conlleva como presupuesto el acceso a la misma- muestra dos aspectos nucleares en la visión actual del derecho: la interrelación entre Derecho y Economía y la constitucionalización del derecho privado.

Desde esa perspectiva, el Código Civil y Comercial de la Nación, según señalan sus fundamentos, a diferencia de la mayoría de los Códigos existentes que se basan en una división tajante entre derecho público y privado, toma muy en cuenta los tratados en general y específicamente, los de derechos humanos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

Nuestro país carece de un régimen legal único y orgánico sobre la vivienda. No obstante, diversos textos legales han ido creando sistemas especiales de protección.

En esa línea se inscribía la ley 14.394, cuyas disposiciones, de orden público, regulaban -en sus artículos 34 a 50- el "Bien de familia", institución que, precisamente, estaba destinada a salvaguardar el bienestar de la familia, asegurando su vivienda o sustento a través de una regulación tuitiva del patrimonio familiar.

La finalidad del instituto era la protección de la familia y su objetivo era doble: a) económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar, y b) social, en cuanto propendía al mantenimiento de la familia bajo el mismo techo. -

Sin embargo, esa normativa exigía importantes reformas a los fines de su adaptación a los nuevos tiempos, pues contemplaba un concepto de familia que debía replantearse a la luz de un criterio más abarcativo.

El Código asume esta exigencia y en miras a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio, sustituye el bien de familia de la Ley 14.394, derogándola e incorporando en el Capítulo 3, denominado "Vivienda" (artículos 244 a 256, dentro del Libro Primero, Título III), importantes modificaciones en esa línea.

Establece en el primero de los artículos del mencionado capítulo:

"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” (art. 244).

Las modificaciones introducidas son importantes no sólo por la ampliación conceptual integradora sino también desde el punto de vista instrumental, pues intenta dar respuesta a las controversias que la aplicación de la normativa derogada generaba.

En sincronía con la recepción del derecho de toda persona al acceso y protección de la vivienda como derecho humano fundamental, además de flexibilizarlo, ampliando el número de beneficiarios, respeto, al principio de autonomía personal que deriva en la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento, el Código lo protege a lo largo de su articulado.

Así, al reglar el divorcio, en lo que hace a la atribución del uso de la vivienda familiar y sus efectos, el artículo 443 dispone que uno de los cónyuges puede pedirla, sea el inmueble propio de cualquiera de ellos o ganancial, siendo el juez quien determinará la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

En lo que refiere a sus efectos, el artículo 444 dispone que a petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Al regular las uniones convivenciales, contempladas legislativamente por primera vez, prevee la atribución de la vivienda como parte del contenido del pacto de convivencia (art. 514).

Asimismo, regula en forma directa la protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales inscriptas, disponiendo el artículo 522 que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede

demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

También refiere a la atribución de la vivienda familiar en caso de cese de la convivencia (art 526) o muerte de uno de los convivientes (arts. 527).

El Código amplía el marco tuitivo y, sin dejar de pertenecer al ámbito del derecho civil apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona, permitiéndole ampararla con independencia del modelo de familia por el que hubiese optado, priorizando su autonomía.

De ahí, la posibilidad de su afectación por el propietario aun en su favor, como único beneficiario.

El propietario constituyente no deja de serlo a raíz de la afectación, la cual a su vez, de existir otros beneficiarios, no implica el nacimiento de un condominio entre el constituyente y éstos, sino sólo que el derecho del titular se verá sometido, a partir de ella y mientras perdure, a determinadas restricciones: el inmueble no podrá ser enajenado, tampoco gravado sino sujetándose a las prescripciones legales y, aunque aquél puede continuar usando y gozando de éste, debe tolerar que los beneficiarios también se sirvan de él, en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia de los respectivos derechos.¹

Puede ser afectado cualquier inmueble destinado a vivienda.

El Código suprimió la mención a la calidad de urbano del inmueble a afectar que mencionaba el artículo 34 de la derogada Ley 14.394.

No obstante, dicha supresión no conlleva la imposibilidad de afectar al que reviste esa calidad, sino que al no calificar amplía su objeto.

Pero en ningún caso podrá afectarse más de un inmueble, sea en su totalidad o sólo hasta una parte de su valor.

No se supedita la constitución al valor que determine la reglamentación local, salvo que se trate de un inmueble rural, el que no podrá exceder la unidad económica que establezca la normativa reglamentaria local.

En el supuesto que se opte por afectar sólo parte del valor del bien, el mismo sería susceptible de ejecución por la parte no afectada.

Parecería no permitir la afectación de un inmueble que se destine exclusivamente al desarrollo de una actividad comercial, industrial o profesional, pues la norma claramente exige el destino vivienda.

Un inmueble hipotecado o embargado podría afectarse, obviamente que la protección sólo operaría para los acreedores de fecha posterior a su inscripción, resultando inoponible al acreedor hipotecario o embargante cuya registración sea anterior dada la prioridad temporal consagrada por la misma norma.

No podría serlo un inmueble alquilado o dado en comodato, pues tales situaciones impedirían el deber de habitarlo personalmente que se impone al constituyente o al menos a alguno de los beneficiarios. Pero nada impediría la afectación de aquel inmueble en el que sólo se arriende alguna de sus

¹ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, t.2, p.74.

dependencias siempre que no importe la exclusión del beneficiario.

La inscripción de la protección del inmueble debe solicitarse ante el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales.

El constituyente debe ser titular de dominio del inmueble y capaz para disponer a título oneroso, pues la afectación importa un verdadero acto de disposición que restringe seriamente sus facultades sobre el bien.

El Código no deja librada la constitución a la exclusiva voluntad del titular registral, sea el inmueble propio o ganancial pues la afectación también puede ser decidida por el juez, aunque no de oficio, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en la que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Ello permite que la afectación pueda disponerse a pedido del ex cónyuge o ex conviviente no titulares en caso de darse estos supuestos, con lo cual se impide que el titular del inmueble en los hechos continúe comprometiendo el bien atribuido con sus deudas personales.

También, podría solicitarlo en las mismas oportunidades el Defensor de Menores e Incapaces atento a la existencia de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Nada prevé la ley respecto a la posibilidad de petitionar la afectación con posterioridad a la sentencia de divorcio o conclusión de la convivencia.

Parecería no existir obstáculo para que el juez lo decida con posterioridad, siempre que concurren las exigencias legales y la vivienda le hubiese sido atribuida al peticionante.

Si el bien está sujeto a condominio, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1990, será necesario el consentimiento unánime de los condóminos por tratarse de un acto de disposición.

Pero ya no resulta necesaria la justificación de la existencia de parentesco entre los condóminos ni que cada uno de ellos acredite que el mismo existe con los beneficiarios que cada uno designe.

En cambio, en caso de nombrar uno de los condóminos colaterales beneficiarios, deberá acreditar que media la convivencia requerida por la ley (art. 246).

La afectación puede concretarse, reiterando, a través de acta labrada en el mismo Registro o por escritura pública, la que será indispensable en los casos de afectación simultánea a la donación del inmueble (art. 1552, del Código).

El trámite es gratuito, pero los interesados pueden requerir asesoramiento profesional, en cuyo caso, los honorarios no podrán ser superiores al 1 % de la valuación fiscal del bien.

Establece el artículo 247: “Si la afectación es petitionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.

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

De la articulación de esta norma con el artículo 246 se desprende -reiterando- la posibilidad brindada a una persona sola, sin familia, de acceder al régimen de protección de la vivienda.

El único supuesto en que se requiere la convivencia en el inmueble del constituyente con los beneficiarios, es el de los parientes colaterales.

Esta norma corrobora implícitamente que la muerte del instituyente no configura una causa de desafectación.

Esta conclusión también se deduce del texto del artículo 252 ya que establece determinada consecuencia para el caso de que el bien se desafecte dentro de los cinco años posteriores a la muerte del propietario. Asimismo, por la reducción del honorario vinculado a la transmisión hereditaria del bien afectado. Finalmente, por lo previsto en el inciso d) del artículo 255 que requiere para el pedido de desafectación por cualquier interesado, que hubiesen fallecido el constituyente y todos los beneficiarios.

Durante la vigencia de la ley derogada, en principio, había consenso doctrinario en cuanto a considerar que la muerte del constituyente no configuraba causal de desafectación.

Se ha propiciado dejar de lado una expresión tan arraigada en nuestra cultura jurídica (bien de familia) y reemplazarla por una denominación más integradora que comprenda la protección de la vivienda en sentido amplio, con independencia de quién o quiénes la habiten. En estos términos, se considera más preciso hablar de la protección jurídica de la vivienda habitual, comprensiva de los hogares múltiples o multipersonales -tanto familiares como no familiares- y de los unipersonales.²

Bajo la vigencia de la ley 14394 no se preveía la sustitución del inmueble afectado ante contingencias tales como la destrucción o incendio que diese lugar al pago de un seguro, o su sometimiento a una expropiación por causa de utilidad pública, o la necesidad de su venta para su reemplazo por otro que satisfaga mejor las necesidades de los beneficiarios.

En ninguno de estos supuestos, la suma de dinero que reemplazaba al inmueble gozaba de inembargabilidad, pues la ley no preveía la subrogación real, la que actualmente es autorizada por el Código, permitiendo de esta manera la continuidad de la protección de la vivienda durante el tiempo que transcurra entre la realización del bien afectado y su sustitución por otro.

Así, dispone el artículo 248 que “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.”

De manera que el régimen de vivienda está destinado a proteger:

i) el derecho “sobre” la vivienda, es decir, el de quien ya es propietario de un inmueble con ese destino;

ii) el derecho “a” la vivienda, dado que, bajo el nuevo sistema, el régimen de vivienda puede recaer sobre la suma de dinero que en concepto de precio o indemnización sustituya al inmueble afectado y que pasará a la nueva vivienda cuando la misma sea aplicada a pagar su precio de compra.

En el nuevo régimen la suma dineraria y la vivienda adquirida quedarán sucesivamente comprendidas en el régimen de vivienda, por subrogación real,

² FAMÁ, María V., *La Protección jurídica de la vivienda unipersonal: Constitución del bien de familia a favor del constituyente sin familia*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.

desde la fecha de oponibilidad de la constitución del régimen³.

La subrogación no afecta el derecho de los acreedores dado que para ellos la situación no varía. En cambio, esta carencia condenaba al deudor a residir indefinidamente en el mismo lugar sin prever que podría haber tenido necesidad de mudarse por razones laborales, económicas o de otro tipo.⁴

Además, no se debe olvidar que la imposibilidad de elección de domicilio coarta de modo grave la libertad de la persona (art 344).

De ahí, que se consideró conveniente incorporar normas expresas que consagren la operatividad del principio de subrogación real, no sólo respecto de un inmueble por otro sino también para que las garantías del régimen se conserven en relación a los valores que lo sustituyen de modo transitorio, hasta que se adquiera otro, como el precio de la venta o la expropiación, el monto del seguro en caso de incendio o destrucción.⁵

Prevé el artículo 249 que: “La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

- a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;
- b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;
- c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
- d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.”

Los efectos se producen a partir de la inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente y subsisten hasta la desafectación, aun cuando se produjera el fallecimiento del constituyente.

El constituyente del inmueble afectado no pierde el dominio de éste ni debe compartirlo con los beneficiarios.

En efecto, la afectación del bien al régimen no determina que surja un condominio entre el instituyente y los beneficiarios.

No surge un derecho de propiedad sobre partes indivisas, sino que el dominio se mantiene íntegramente en cabeza del propietario instituyente. Los

³ SZMUCH, Mario Gabriel, ob. cit. nota 9.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 76.

⁵ XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 4, ponencia “Subrogación real del bien de familia” presentada por Ethel Humphreys y Rosana Aguilar.

beneficiarios no tienen facultades de disposición ni de administración respecto del bien, por más que se hallen limitadas las facultades del propietario.

Pero ese dominio tendrá características especiales:

-El inmueble deberá ser habitado por el constituyente o de existir otros beneficiarios, por al menos uno de ellos.

-El inmueble aparece sometido a una inalienabilidad relativa: no podrá ser enajenado.

Tampoco puede ser objeto de legados (art 2494) o mejoras testamentarias (art. 2448) excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación.

En ese orden dispone el artículo 250: “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 opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.”

La posibilidad de constitución de legados o mejoras que favorezcan a los beneficiarios de la afectación se justifica puesto que el fin del instituto, consistente en que el inmueble se mantenga dentro del ámbito familiar, no resultaría desvirtuado.

El propietario conserva la administración del inmueble, pero no podrá celebrar actos que se contrapongan con la afectación al régimen tuitivo. Además, debe tolerar que los beneficiarios ejerciten la facultad de habitar el inmueble o gozar de sus frutos.

El Código dispone que la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior.

Es necesario destacar que la legislación derogada sólo refería a la inejecutabilidad e inembargabilidad del inmueble afectado por deudas posteriores a la inscripción, lo cual trajo aparejado diversas controversias judiciales respecto a deudas que si bien se tornaban exigibles con posterioridad, su origen o causa era anterior.

Para establecer si la deuda es anterior a la inscripción debe estarse al hecho generador de la obligación, esto es, a la fecha del contrato o del hecho ilícito, en su caso, no resultando determinante la fecha del incumplimiento contractual, ni la de la demanda por indemnización de daños y perjuicios, ni menos la de la sentencia que condene a su pago.

El mismo criterio es aplicable cuando se trata de títulos valores, en los cuales ha de estarse a la fecha de su libramiento y no a la de su vencimiento.

La redacción actual, recogiendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, consigna este criterio en forma expresa desarticulando planteos de ese orden.

Asimismo, incorpora entre las excepciones a la inejecutabilidad, sin mención a la inembargabilidad, los créditos por expensas comunes y las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por

causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246, y no es desafectada en los CINCO (5) años posteriores a la transmisión.

Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas (art 252).

La norma exime del pago del impuesto sucesorio en todo el territorio de la República con dos condicionantes: a) que la transmisión opere a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246, obviamente con la excepción del propio constituyente; y b) que no se desafecte el inmueble durante los cinco años posteriores a la muerte.

El Código en esta temática no ha innovado en relación a la legislación anterior, que eximía al inmueble afectado de los mismos impuestos y tasas.

La gratuidad prevista por el artículo 253 en relación a la prestación de asesoramiento y colaboración por la autoridad administrativa a los interesados, a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación, sólo resulta aplicable en los casos en que el constituyente actúe por sí mismo.

En el supuesto que intervenga un profesional particular, corresponde el pago de honorarios aunque con el límite máximo del 1% de la valuación fiscal.

Así como la afectación de un inmueble al régimen se concreta con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, su desafectación al sistema y, por consiguiente, la extinción del régimen y de los efectos que de él deriven, se efectiviza con la cancelación de la inscripción en dicho Registro cuando concurre alguna de las causales taxativamente⁶ enumeradas por el artículo 255:

a) solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial 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;

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 desafectación puede realizarse por acta registral, que se labra ante el mismo Registro Inmobiliario, por oficio judicial o por acta notarial.

En caso de controversia debe entender la autoridad judicial.

⁶ BOSSERT, Gustavo A., en *Código Civil y leyes complementarias* ..., ob. cit. Nota 11, t.II, p.341 y sgtes.

Cabe reiterar la distinción entre inoponibilidad y desafectación ya señalada.

Las causales de inoponibilidad no coinciden con las de desafectación; sus efectos son también diversos; la inoponibilidad implica que la afectación no tiene efectos respecto de determinados sujetos; la desafectación, en cambio, trae la cancelación de la afectación, beneficiando a todos los acreedores.

www.nuevocodigocivil.com