

Pot pourri de régimen de vivienda con toques de DTR 4/2015 y OS 45/2015 y adición de constitución, legitimación y frutos

Mario G. Szmuch*

RdN 919

El cocinero no es una persona aislada, que vive y trabaja sólo para dar de comer a sus huéspedes. Un cocinero se convierte en artista cuando tiene cosas que decir a través de sus platos, como un pintor en un cuadro.

Joan MIRÓ

RESUMEN

Se abordan cuestiones relacionadas con el régimen de vivienda a la luz de las normas dictadas por los Registros de la Propiedad Inmueble de la ciudad y la provincia de Buenos Aires, sus aciertos, errores y vacíos; entre ellas: a) la adición de un régimen a otro anterior constituido sobre el mismo inmueble; b) la ampliación de la afectación a los frutos que produzca la suma de dinero o moneda sobre la que recae el régimen; c) el reconocimiento de la legitimación para constituir el régimen a favor de los titulares de otros derechos reales (usufructuario, etc.); y d) una dinámica de subrogación que permita trasladar el régimen de un derecho real a otro que recaiga sobre el mismo inmueble.

Sumario: **1.** La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud. **2.** La Disposición Técnico Registral 4/2015. **3.** La Orden de Servicio 45/2015. **4.** Colofón.

1. La publicación de las leyes. Una cuestión de actitud

Con fecha 29 de junio de 2015 el director provincial del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dictó la Orden de Servicio 45/2015 (OS) sobre los aspectos registrales del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). El día 29 del mes siguiente, ya sobre el filo de la entrada en vigencia del CCCN, el director general del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal dictó la Disposición Técnico Registral 4/2015 (DTR). En ambos cuerpos se establecieron los criterios de dichos organismos para la aplicación del instituto del régimen de vivienda,

* Escribano.

previsto en los artículos 244 y siguientes del CCCN, y con criterios similares; pero mientras que la normativa provincial es una orden de servicio, la porteña luce como una disposición. La diferencia no es simplemente de *nomen iuris* sino de alcance, de ámbito subjetivo de vigencia.

Las leyes rigen después del octavo día de su publicación (oficial) o desde el día que ellas determinen (art. 5 CCCN). La publicación no es un requisito procedimental carente de sentido; justamente son los registros los que, por la función que cumplen, deben tenerlo muy presente. Dado que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República (art. 4 CCCN), es preciso que estos puedan conocerlas. El Estado no puede exigirles a los individuos que observen una norma cuya existencia y contenido no están en condiciones de conocer.

Precisamente, a los efectos de poder conocer la norma, analizarla, asimilarla, adaptarse a ella y cumplirla, la ley normalmente prevé un plazo desde la publicación hasta su entrada en vigencia. De allí que no nos conforme la actitud del Registro porteño de dictar una norma cuya vigencia rija prácticamente de un día para otro. La facultad de fijar un día de entrada en vigencia que difiera del octavo día de su publicación debe emplearse para prolongar dicho plazo, a efectos de que sus destinatarios puedan estar más preparados para operar con la nueva norma, y no para acortarlo a fin de compensar una eventual demora administrativa en su elaboración y dictado. Y menos aún nos conforma el proceder del organismo provincial, que le ordena a sus funcionarios aplicar a los administrados (los otorgantes y autorizantes de los documentos a inscribir) criterios que resultan de una norma interna, no publicada, no destinada a estos.

A diferencia de la DTR, con alcances *erga omnes*, la OS se dirige a los dependientes del organismo; obviamente el director provincial no puede impartirles órdenes a quienes no son sus subordinados en el contexto de la estructura jerárquica que encabeza. A confesión de parte relevo de prueba: la norma es dirigida a los registradores del Registro de la Propiedad bonaerense (art. 1 OS), siendo necesaria la modificación de las disposiciones técnico-registrales que correspondan (art. 2 OS). Lamentablemente, el Registro provincial obrará de facto, mediante la aplicación de criterios a los administrados que estos no están en condiciones “legales” de conocer y que, por lo tanto, pueden desconocer, pues en nuestro país nadie puede ser obligado a hacer lo que “la ley” no manda.

Este proceder genera, en nuestro criterio, un lamentable distanciamiento entre el organismo y los usuarios del sistema. Se trata de “una cuestión de actitud”, de calidad institucional, de respeto a los administrados; en definitiva, de cumplimiento de la ley.

2. La Disposición Técnico Registral 4/2015

A continuación analizamos los artículos 1 a 6 de la DTR.

«**Artículo 1.** *La afectación de inmuebles al régimen de protección de la vivienda, establecido en el CCyC, conforme lo previsto en su artículo 244, 2º párrafo, se hará mediante petición constitutiva ante este Registro o por escritura pública.*».

Del cotejo de este artículo con el artículo 4 de la DTR, se desprende que este regula la constitución del régimen, es decir, la afectación originaria, el nacimiento del régimen en cabeza del titular del bien que afecta (constituyente). Acertadamente la DTR permite que el documento de constitución se otorgue directamente ante el Registro o ante escribano público. Pero mientras que la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar el trámite de constitución (art. 253 CCCN), la labor del escribano es remunerada (art. 254 CCCN).

«**Artículo 2.** En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, se deberán verificar los siguientes requisitos:

a) Ser otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta.

b) Cuando el afectante establezca beneficiarios, deberá acreditar el vínculo correspondiente, indicando además, la edad y el estado civil de estos. En el caso del conviviente deberá tratarse de una unión convivencial, conforme los artículos 509 y 510 del CCyC.

c) Manifestación de:

- cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda);
- convivencia en el supuesto del artículo 246 inc. b) del CCyC;
- no tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este régimen».

Según el artículo 245 CCCN (1° párr.), la legitimación para solicitar la afectación corresponde al “titular registral”. La exigencia de que la constitución sea otorgada por el titular “registral” no condice con un sistema de inscripción declarativa. Alcanza pues, a nuestro criterio, con que el constituyente sea el titular del derecho a incorporar al régimen de vivienda. Acertadamente la DTR no exige que se trate del titular “registral”, es decir, permite solicitar la inscripción de la constitución por la modalidad abreviada del tracto sucesivo. En este caso el documento de afectación y el asiento respectivo deben expresar la relación de los antecedentes que legitimen al constituyente a partir del que figure inscripto en el Registro (art. 16 *in fine* Ley 17801).

Por otra parte, señalamos que a diferencia del régimen de bien de familia, que le exigía al solicitante justificar “su dominio” sobre el inmueble (art. 43 Ley 14394), el CCCN no hace referencia a cuál es el derecho real inmobiliario susceptible de ser incorporado al régimen. Refiere al “titular” (arts. 245, 247, 249 inc. d), es decir, al elemento subjetivo del derecho real, y al elemento objetivo (inmueble habitable), pero no al derecho mismo. Si bien es cierto que el CCCN alude al “propietario”, no menos cierto es que no menciona al “dueño”, tampoco al usufructuario ni al usuario, ni al habitador, etc., y que

El término propiedad [...] comprende [...] todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que

intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.¹

Opinamos –desde una confesada visión “proteccionista”, que pone en el podio de la defensa de los derechos a la vivienda por encima de la propiedad, y a esta en función de aquella– que la locución “propietario” empleada por el CCCN debe interpretarse en sentido amplio, como abarcadora de todo titular de un derecho real que recaiga sobre un inmueble habitable² y se ejerza por la posesión. Bajo esta óptica, consideramos que puede incorporarse al régimen el inmueble cuya titularidad se sustente en un derecho real de dominio, propiedad horizontal, propiedad superficiaria, usufructo, uso, habitación y anticresis, y la comunión de los mismos (condominio, etc.). La referencia al condominio hecha en el primer párrafo del artículo 245 es simplemente ejemplificativa e indicativa de que, en caso de comunión del derecho, la afectación debe ser solicitada por todos los cotitulares.

Puede pensarse que carece de sentido la incorporación al régimen de vivienda del derecho real de habitación, pues este contiene en su estructura algunas de las ventajas propias de aquel: intransmisibilidad (por acto entre vivos y mortis causa) e inejecutabilidad por los acreedores (art. 2160 CCCN). Sin embargo, cabe admitir la posibilidad de su incorporación con fundamento en la mayor protección que de ello deriva a favor del cónyuge o conviviente y los beneficiarios, pues:

1. la acción de nulidad por omisión del asentimiento para desafectar el bien del régimen de vivienda no está sujeta al plazo de caducidad de seis meses, que sí rige en los casos previstos en los artículos 456, 470 y 522 CCCN; el plazo de prescripción de la acción aplicable es a nuestro juicio el previsto en el artículo 2562 (inc. a): 2 años;
2. la designación del conviviente como beneficiario del régimen no prevé como requisito la inscripción de la unión convivencial,³ que sí es exigido a los efectos

1. CSJN, 14/12/1925, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ devolución de sumas de dinero” (*Fallos*, t. 145, p. 307).

2. Ver de nuestra autoría “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 917, febrero 2015); particularmente el §44: “Pese a la literalidad de la ley, que se refiere a una vivienda, no debería entenderse que está prohibido que el RV tenga por objeto o se inicie con un terreno en el que aún no se haya construido una vivienda si es que será destinado por el o los beneficiarios a ese fin. Quien –no sin esfuerzo– logra acceder a la propiedad de un terreno debe poder contar con la protección del RV, para luego, con la ventaja de su inejecutabilidad por los acreedores excluidos, construir su vivienda a medida que junte el dinero para pagar los derechos de construcción, los materiales, la mano de obra, etc.”.

3. Ver de nuestra autoría “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 919, noviembre 2015); particularmente los ptos. 10.15. y 11.2.1.: “... la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscripta en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto. La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto pese a que los arts. 250 y 255, inc. a), se refieren al ‘conviviente inscripto’. Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la

de poder invocar la protección que resulta del artículo 522 frente a los terceros interesados de buena fe; y

3. la publicidad de la afectación al régimen de vivienda se cumple naturalmente a través de la inscripción registral (art. 244 2ª párr.), la que no está prevista en la ley de fondo para las hipótesis reguladas en los artículos 456 y 522.

La protección que el CCCN le dispensa a la vivienda familiar es amplísima: se le prohíbe al titular disponer de los derechos sobre la vivienda familiar (sean reales o personales: dominio, propiedad horizontal, locación, comodato, etc.) sin el asentimiento del cónyuge o del conviviente (arts. 456 y 522), y la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o inscripción de la unión convivencial, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges o convivientes conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Sobre esta base, consideramos que si no se le permitiera, por ejemplo, al usufructuario afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda, se estaría violando la garantía constitucional de igualdad: el usufructuario que carece de familia no podría impedir que su derecho de usufructo bajo el cual estructura su vivienda sea ejecutado, de manera que no contaría a su favor con ningún régimen de protección de la vivienda. Es preciso, a efectos de no lesionar derechos y garantías constitucionales, interpretar el ordenamiento de manera que el usufructuario y demás titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión puedan contar con una adecuada protección.

A los efectos de la protección de la vivienda no encontramos razones atendibles para distinguir entre dueño y usufructuario, pues, entre otras razones: a) el usufructo es susceptible de ser enajenado, por lo que cabe aplicarle el régimen de subrogación (art. 248 CCCN) y de control del cónyuge o conviviente (art. 250); y b) el usufructo puede ser embargado y subastado, por lo que le cabe el régimen de inejecutabilidad (art. 249). Que el usufructo no sea transmisible hereditariamente, circunstancia que

UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda [...] el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El art. 246, inc. a), no exige expresamente que se trate del 'conviviente inscripto'. Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la Ley 14394 en su art. 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios [...] *el progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín; *es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda; *la existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo "sus" contenido en el inc. a) del art. 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín; *sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación. Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor. Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla integralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del conviviente no inscripto como beneficiario. La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior salvo llegado el caso en que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso a nuestro juicio debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna..."

torna inaplicable lo previsto en los artículos 254 (2º párr.) y 255 (inc. b), no nos parece argumento suficiente para negar esta fundamental tutela y lesionar el principio de igualdad.

Desde la óptica de la vivienda, merece la misma protección quien vive bajo un techo dominial que quien lo hace bajo uno estructurado jurídicamente vía un usufructo u otro derecho real que se ejerza por la posesión. Dado que el bien jurídico tutelado es la vivienda, no hay razón para distinguir a los efectos de conceder o no la protección entre las distintas especies de derechos reales que permitan darle sustento.

Respecto de la anticresis, si bien suena extraña su incorporación al régimen de vivienda, es viable, pues el acreedor puede habitar el inmueble, imputando como fruto el alquiler que otro pagaría (art. 2216 CCCN), en cuyo caso entendemos que a la disposición del crédito garantizado (cesión, renuncia, etc.) debe aplicársele el régimen previsto en el artículo 250.

La DTR incurre en un error al referirse a “cuando el afectante establezca beneficiarios”, pues en todos los casos el afectante debe designar beneficiarios. Evidentemente, la DTR pretende aludir al caso en que el afectante designe beneficiario a otra persona que no sea él mismo, con o sin designación a favor de sí mismo. El régimen no puede existir ni subsistir sin beneficiarios (art. 255 inc. d CCCN).

Acertadamente, la DTR no exige que la unión convivencial esté inscrita en el Registro Local de Uniones Convivenciales para que el conviviente pueda ser designado beneficiario del régimen, pues de lo contrario se lesionaría la protección integral de la familia convivencial. La norma exige que se trate de una unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN; no alude al artículo 511, que es el que contempla la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales “sólo a los fines probatorios”. ¿Qué mejor prueba de la existencia de la unión que la confesión del propietario conviviente afectante?

El requisito de que la unión sea pública (art. 509) no se refiere a la publicidad registral, aunque esta coadyuve a su cumplimiento. Quien pretenda contratar con el conviviente propietario está en condiciones de conocer, en base a la publicidad del Registro de la Propiedad, que el inmueble está afectado al régimen de vivienda y que el conviviente es su beneficiario. Ese tercero no podrá invocar la falta de inscripción de la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales, pues puede conocer la existencia de la unión convivencial a través de las constancias del Registro de la Propiedad. Sin embargo, de manera contradictoria, el Registro de la Propiedad desorienta a los usuarios al brindar en su página web “ejemplos de algunas acreditaciones”: “Conviviente: unión convivencial inscrita conforme a los artículos 509 y 510 CCyC” –aclaramos que estos artículos no aluden a la inscripción de la unión en el Registro Local de Uniones Convivenciales–.

No compartimos la postura según la cual, para que proceda la garantía de la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas durante la unión convivencial, es necesaria en todos los casos la inscripción de esta. La literalidad del artículo 522 CCCN (“deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial”) se contrapone con la del artículo 511 (1º párr.), de igual rango: la existencia de la unión convivencial se inscribe en el registro que corresponda a la jurisdicción local solo a los fines probatorios. Básicamente no admitimos objetivar el sistema

de manera tal que puedan invocar la falta de inscripción de la unión convivencial a efectos de ejecutar la vivienda convivencial quienes conozcan su existencia (p. ej.: amigos, familiares) al configurarse la causa de la deuda, pues –como nos enseñó Vélez– sería un deshonor que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfara. Bajo esta óptica, entendemos que la frase “deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial” significa tanto como “deudas contraídas durante la unión convivencial”. Huelga aclarar que la inscripción de una unión convivencial que carezca de un correlato en la realidad por haber cesado y no haberse cancelado dicha inscripción no activa la inejecutabilidad prevista en el artículo 522 CCCN, lo que evidencia que lo realmente relevante es la existencia de la unión convivencial y el conocimiento de su existencia.

Al aceptar la designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda, la ley permite dotar a la unión convivencial de cierta publicidad a través de las constancias del Registro de la Propiedad Inmueble. La nueva tendencia bajo el CCCN –sustentada, entre otras razones, en la amplitud de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción a la familia matrimonial– es brindar protección al conviviente, a la familia convivencial. La exigencia de inscribir la unión convivencial en el Registro Local de Uniones Convivenciales como condición para designarlo beneficiario va a contrapelo de los nuevos paradigmas. El Estado debe facilitar que se publicite la existencia de la unión convivencial; si alguno o ambos convivientes no quisieran inscribir su unión convivencial o desconocieran la posibilidad de hacerlo, la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda los coloca de cierta manera en el camino de la exteriorización formal. La registración del conviviente como beneficiario del régimen dota de mayor publicidad a la unión convivencial, siendo esta una de las maneras en que los convivientes pueden cumplir con el requisito de publicidad exigido por la ley para la configuración de su unión (art. 509 CCCN).

«Artículo 3. Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare solo por una parte de él (art. 244 del CCyC.), se expresará la porción en términos fraccionarios».

El artículo 244 CCCN (1º párr.) dispone que puede afectarse un inmueble destinado a vivienda por su totalidad o hasta una parte de su valor. Seguramente la constitución del régimen, es decir, la primera afectación, se hará, salvo escasas excepciones, por la totalidad del valor del inmueble. Pensamos que la constitución por una parte del valor sucederá cuando el sector material afectado a la habitación de los beneficiarios es una parte de un inmueble de mayor extensión susceptible de división, es decir, cuando el inmueble afectado exceda de la unidad habitacional, por ejemplo, si se compone de varios departamentos en uno de los cuales habita el propietario con los beneficiarios y los demás son destinados a generar renta.

Es más probable que la afectación se haga por una parte del valor del inmueble en el contexto de la subrogación (art. 248). Lo demostramos con un ejemplo. Un señor afecta un inmueble de su propiedad al régimen de vivienda con fecha 1/8/2015 por la totalidad de su valor; el 10/9/2016 lo vende por el precio de un millón de pe-

sos, desafectándolo del régimen de vivienda y afectando por subrogación la totalidad de dicha suma. El 30/10/2016 compra su nueva vivienda por el precio de un millón quinientos mil pesos, de los cuales un millón es el importe subrogado a la vivienda originaria y el resto son ahorros que invierte en esta compra. Para la autorización de la escritura el escribano obtuvo reserva de prioridad con fecha 20/10/2016. En el mismo acto afecta por subrogación el inmueble comprado al régimen de vivienda. Para ello, “arrastra” el millón de pesos que tenía afectado al régimen desde el 1/8/2015. Si no amplía en ese acto la afectación por los restantes quinientos mil pesos, la misma alcanza solo dos tercios del valor del inmueble. Para que la afectación cubra la totalidad del valor, es decir, el tercio restante, debe ampliarse por los restantes quinientos mil pesos, ampliación que resulta inoponible a los acreedores por deudas cuyas causas generadoras sean anteriores a la misma. Si otorgara la antedicha ampliación, dos tercios del valor del inmueble estarán cubiertos desde el 1/8/2015 y el tercio restante, desde el 20/10/2016 (fecha de la reserva de prioridad).

La discrecionalidad del propietario para decidir si la afectación es total o parcial, es decir, por una parte del valor del bien, reconoce como límite la razonabilidad, que puede ser revisada judicialmente a pedido de los acreedores perjudicados. La protección de la vivienda, que necesariamente conlleva un perjuicio a los acreedores de causa posterior a la afectación, debe ser proporcional a las necesidades medias del o de los beneficiarios. El juez debe, si entiende que la afectación excede los límites impuestos por la buena fe, ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y procurar la reposición al estado de equilibrio, determinando la parte del valor del inmueble que debe quedar bajo el régimen de vivienda a resguardo del ataque de los acreedores.

El afectante debe ser asesorado sobre estas posibilidades por quien reciba su declaración de voluntad en el trámite de afectación, sea la autoridad de aplicación (art. 253 CCCN) o los escribanos (art. 60 inc. a Ley Orgánica Notarial 404).

La DTR establece que puede afectarse un inmueble **independientemente de su valor**. Si bien obtendrá la inscripción de la afectación sin objeciones por parte del organismo de aplicación, el propietario debe tener presente que los alcances de la afectación son susceptibles de ser revisados judicialmente a pedido de sus acreedores perjudicados, quienes pueden cuestionar la afectación por excesiva (abusiva, desproporcionada) y solicitar que se reduzca a una parte del valor del bien.

La DTR omite reglamentar el supuesto en el que la afectación por la totalidad del valor se hace escalonadamente. En el ejemplo que dimos anteriormente, si la afectación se amplía por el tercio restante, el inmueble queda afectado por la totalidad de su valor. Consideramos que la cuantificación del valor incorporado al régimen debe hacerse desde la óptica de los acreedores, pasibles de ser perjudicados por el régimen: a) para los acreedores por causa anterior a la constitución del régimen la afectación “no existe”, no los perjudica; b) para los acreedores por causa posterior a la constitución, la afectación del inmueble subrogante es por dos tercios de su valor; y c) para los acreedores por causa posterior a la ampliación la afectación es oponible por la totalidad del valor del inmueble. En este caso, a efectos de una adecuada publicidad, será necesario expresar **cada porción afectada en términos fraccionarios con indicación de la fecha a partir de la cual es oponible a terceros**.

«**Artículo 4.** En los supuestos previstos en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación deberán surgir los datos de la constitución originaria.

Cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas, deberá hacerse expresa “reserva” de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente».

Este artículo regula el supuesto de afectación por subrogación. Recordamos que toda vez que se otorga una desafectación sin extinción del régimen, es decir, sin que el propietario renuncie, se produce la correlativa afectación por subrogación; por ejemplo, se desafecta el inmueble que se vende y a la vez se afecta (“la afectación se transmite”) –a nuestro juicio, de pleno derecho y sin solución de continuidad– la totalidad del importe del precio de venta. Al afectarse por subrogación la nueva vivienda, es decir, al emplearse dicho importe en la adquisición, no solo deberían surgir del instrumento los datos de la “constitución originaria” sino los de las sucesivas subrogaciones (desafectaciones y afectaciones) y eventuales ampliaciones o reducciones de la parte del valor incorporada al régimen.

La frase “constitución originaria” que emplea la DTR en principio nos parece redundante, pues la **constitución** implica el **origen** del régimen. Oportunamente, en un primer aporte que intentamos hacer sobre esta figura, distinguimos la constitución de la afectación y de su inscripción, y la desafectación de la extinción y de la cancelación⁴. La constitución implica necesariamente la **afectación originaria**. A toda constitución le corresponde una afectación, pero no a la inversa; la constitución implica el arranque del régimen, y para que esto ocurra es preciso, entre otros requisitos, afectar un bien. Si bien el CCCN alude las más de las veces a la afectación, la constitución está prevista en los artículos 252, 253, 254 y 255 (inc. b) y la figura del constituyente en los artículos 246, 250 y 255 (incs. a y d). Mientras que el constituyente es quien le da origen al régimen, es decir, quien afecta por primera vez un bien al mismo, el afectante no siempre es el constituyente.

Entendemos que el constituyente es el “primer afectante” pero no el único afectante, pues el beneficiario no constituyente que devino propietario también puede ser afectante-ampliador respecto del régimen constituido por su antecesor. Por ejemplo: un señor soltero llamado Juan constituye el régimen de vivienda y designa beneficiario a su único hijo, Pedro, ambos habitan el inmueble; luego fallece el constituyente, es decir, Juan, y lo hereda su hijo beneficiario, Pedro, quien deviene en propietario del inmueble afectado por su padre; el régimen subsiste, pues murió el constituyente pero vive uno de los beneficiarios (art. 255 inc. d). El beneficiario no constituyente devenido propietario, es decir, Pedro, puede subrogar el beneficio, pues ninguna norma impone que el otorgante de la subrogación debe ser el constituyente del régimen. El único requisito que se exige para operar la subrogación es ser “propietario” del bien subrogante y del bien subrogado. Advertimos que el anteúltimo párrafo del artículo 249 prevé que el remanente de la subasta del inmueble afectado “se entrega al propietario del inmueble”, no al “constituyente”. Que el remanente se entregue al propietario en rigor significa que no puede ser embargado por “los

4. Cfr. nota 2.

acreedores sin derecho a requerir la ejecución” (antepenúltimo párrafo del art. 249). Es decir que el remanente se le entrega al propietario, sea el constituyente o sea el beneficiario, quien puede reinvertirlo en una nueva vivienda protegida por el mismo régimen que fuera constituido (pero con un objeto y un propietario distintos de los originarios).

La figura del propietario constituyente está contemplada en el artículo 246 CCCN. También está prevista en el artículo 250, que se refiere a la transmisión del inmueble por el constituyente que está casado o vive en unión convivencial inscripta. Esta distinción entre propietario y constituyente nos conduce a lo siguiente: el beneficiario que devino propietario no puede en tal carácter ampliar el régimen, sino que debe constituir uno nuevo que complemente el anterior. Nos explicamos: solo pueden ser beneficiarios del régimen los sujetos mencionados en el artículo 246, quienes deben tener vínculo familiar con el propietario constituyente. Es decir que el beneficiario no constituyente devenido propietario no puede a su vez designar beneficiarios, a menos que se erija en constituyente. Ejemplificamos siguiendo con el caso anterior: Pedro –quien heredó el inmueble que su padre, Juan, afectó por constitución al régimen de vivienda, designándolo beneficiario– tiene un hijo menor de edad, Ulises, con su conviviente,⁵ María; todos cohabitan en el inmueble. El único beneficiario del régimen constituido por Juan es Pedro; para que Ulises pueda ser designado beneficiario, Pedro debe constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designarlo beneficiario (podría designarse también a sí mismo, aunque tal designación se superponga con la que oportunamente hizo Juan), el que se añadiría al “**constituido originariamente**” por Juan. Si Pedro no constituyera un nuevo régimen que se adicione al anterior, él podría solicitar la desafectación y cancelación del régimen constituido por Juan con prescindencia de la conformidad de María, su conviviente, pues Pedro no es el constituyente (art. 255 inc. a). Pero al constituir un nuevo régimen sobre el mismo inmueble y designar beneficiario a Ulises, la desafectación sí requeriría el asentimiento de María.

Ventajas de admitir la constitución añadida del régimen:

- 1) erige a Pedro en “propietario constituyente” y, por lo tanto, le posibilita designar beneficiarios (art. 246);
- 2) al no extinguirse la constitución anterior, otorgada por Juan, las deudas de causa posterior a dicha constitución no son oponibles a Pedro, con los alcances previstos en el artículo 249;
- 3) se habilita el control del cónyuge o conviviente del “propietario constituyente” (art. 250) o del “constituyente”⁶ (art. 255 inc. a).

Si no se permitiera la constitución añadida, Pedro debería renunciar al régimen constituido por su padre y constituir uno nuevo para incorporar a Ulises como beneficiario. Ello eliminaría la ventaja referida anteriormente (2). La ley prohíbe afectar al régimen dos o más inmuebles (art. 244 3º párr.), pero no prohíbe que sobre un mismo inmueble recaigan dos constituciones. Si no se le permitiera a Pedro añadir

5. En los términos de los arts. 509 y 510 CCCN.

6. Quien si bien debe ser propietario al nacer el régimen, puede durante su vigencia transmitir la propiedad del bien afectado al beneficiario y, de esta manera, continuar siendo constituyente pero no propietario.

otra constitución a la originaria, se discriminaría a Ulises por causa de ser su padre, beneficiario devenido propietario, y además se colocaría a Pedro en la incómoda situación de tener que optar por renunciar a la protección constituida por Juan o brindar protección *ex tunc* a su hijo Ulises. Si Pedro renunciara al régimen constituido por Juan, el inmueble podría ser ejecutado por todas las deudas de causa anterior a la desafectación y Ulises quedaría sin vivienda. Si Pedro dejara vigente el régimen constituido por Juan, al fallecer Pedro dicho régimen se extinguiría (art. 255 inc. d *in fine*), y también en este caso Ulises quedaría sin protección. La doble constitución o la adición de la constitución otorgada por el beneficiario devenido propietario permiten proteger a Ulises de una manera integral. Así el Estado argentino cumple una medida apropiada para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a darle efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, particularmente con respecto a la vivienda (art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

El desdoblamiento del carácter de constituyente y propietario permite arribar a la siguiente conclusión: si el propietario constituyente transmite el inmueble afectado al beneficiario, para que este pueda enajenarlo es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente del “constituyente” (art. 250 CCCN) originario, y no el del cónyuge o conviviente del “propietario”. A su vez, como el beneficiario devino propietario, puede erigirse también en constituyente, es decir, otorgar una nueva constitución sobre el mismo inmueble, a efectos de hacer él su propia designación de beneficiarios. En ese caso la enajenación o gravamen del inmueble requiere del asentimiento del cónyuge o conviviente del primer constituyente y también el del cónyuge o conviviente del constituyente “añadido”.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR nos merece algunos comentarios reprobatorios. Ponemos de relieve algunos de los que a nuestro juicio son defectos de la norma, con el fin de impulsar su corrección.

Carece de claridad y precisión la frase “cuando la desafectación y la afectación por subrogación no sean simultáneas”, dado que toda desafectación y afectación por subrogación son “simultáneas”: al venderse el inmueble afectado, este es subrogado sin solución de continuidad por el importe del precio de su venta, que ingresa al régimen de vivienda en lugar de aquel; este importe, a su vez, al emplearse para pagar el precio de compra de la nueva vivienda, es subrogado por esta, es decir, se desafecta, y así hasta la extinción total del régimen. En la subrogación **a toda desafectación objetiva corresponde la correlativa afectación ambas son siempre simultáneas**, las dos caras de una misma moneda; el régimen continúa vigente y cambia sin solución de continuidad el objeto sobre el que recae.

Pocas veces sucede en la praxis que la afectación “se transmite” (art. 248) de una vivienda a la otra directamente, de un inmueble a otro sin solución de continuidad. Ello sucede cuando a cambio de la vivienda transmitida (que se desafecta) se recibe como contraprestación la nueva vivienda (que se afecta), por ejemplo, a través de un contrato de permuta de la “vivienda anterior” por la “vivienda nueva”. En los casos en que la contraprestación a favor de quien enajena su vivienda no consiste en la nueva vivienda, la afectación “se transmite” al “importe” y luego pasa de este a la nueva vivienda que se adquiera por reinversión.

Podría ocurrir también que la afectación “se transmita” (art. 248) de una vivienda a la otra “directamente” pero no de manera “simultánea” (inmediata). Por ejemplo: el propietario enajena su vivienda y el adquirente se obliga a demolerla, construir en el terreno un edificio y entregarle a cambio un departamento que el propietario subrogará en lugar de la vivienda anterior. En este caso el traspaso no es “directo” de vivienda vieja a vivienda nueva, pues el beneficio pasa de la vivienda desahogada al crédito que al enajenante le queda contra el adquirente. Si este incumpliera su obligación y el enajenante resolviera el contrato, el beneficio pasaría del crédito a la indemnización sustitutiva, una vez cobrada la misma. Del crédito contra el adquirente del terreno pasará, en caso de cumplirse el contrato, al dominio del departamento que el enajenante del terreno adquiera por permuta.

No descartamos que entre la percepción del precio de venta y la compra de la nueva vivienda medie alguna otra operación –siempre que esta sea compatible con el régimen–; por ejemplo: depósito bancario, sea a la vista o a plazo, para resguardar “la vivienda”. Puede ocurrir que la percepción del importe no sea en el mismo acto de enajenación de la vivienda, o sea, que se difiera el pago, que el enajenante-subrogante-acreedor del saldo de precio descuente el crédito para hacerse de dinero líquido para reinvertir en la adquisición de la nueva vivienda, etc. El bien afectado puede consistir, pues, en un inmueble con destino vivienda, el importe cobrado en concepto de precio de venta del mismo, el crédito por saldo de precio, el crédito contra el banco depositario del importe, el crédito contra el permutante-constructor, etc.

En la mayoría de los casos, entre las dos viviendas, el régimen recaerá sobre el “importe” de la enajenación de la primera vivienda. Para la continuidad del régimen es condición que este recaiga sin solución de continuidad sobre un objeto idóneo. De allí que en un primer análisis que hicieramos de la subrogación en el régimen de vivienda hayamos resaltado la necesidad de que el organismo de aplicación implemente los medios necesarios a efectos de establecer la trazabilidad, al menos, de los aspectos objetivos del régimen (bien afectado y parte del valor cubierta), a fin de resguardar equilibradamente los diversos intereses en juego (constituyente, beneficiarios, acreedores).⁷

La afectación abarca también los frutos indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, según resulta del artículo 251. Este artículo evidencia que **los frutos que produce el bien incorporado al régimen, sea este un inmueble (como reza la norma) o una suma que lo sustituya en concepto de indemnización o precio, amplían objetivamente la afectación ipso iure**. Es decir, los intereses que produzca el importe subrogado, por ejemplo, por su depósito bancario a plazo fijo, quedan comprendidos automáticamente en la afectación, sin necesidad de una manifestación de voluntad del propietario en ese sentido. La incorporación de los intereses al régimen se produce –y a nuestro juicio es oponible– con su devengamiento.

El uso de la palabra “simultáneas” en el segundo párrafo del artículo 4 de la DTR para calificar la enajenación de la vivienda y la correlativa adquisición de la sustituta no es adecuado. Preferimos reservar dicha expresión para aludir al supuesto de “tracto abreviado” contemplado en el artículo 16, inciso d), de la Ley 17801. Nos

7. Cfr. nota 2.

parece que la DTR pretende referirse a la hipótesis en que no media lapso entre la enajenación de la vivienda afectada⁸ y la adquisición de la sustituta, es decir, entre la enajenación-desafectación por subrogación y la adquisición-afectación por subrogación. Nos preguntamos si el Registro medirá esa “ausencia de lapso” con el mismo criterio de simultaneidad que rige para los supuestos comprendidos en la Ley 17801 (art. 16 inc. d): ¿la enajenación y la adquisición deben otorgarse en un “mismo escritorio y momento” o alcanza con que los dos actos se otorguen el mismo día?

Recordemos que la simultaneidad, en el contexto del citado artículo 16, refiere a un supuesto de legitimación para disponer: el autorizante de la segunda escritura legitima al disponente en base a la primera escritura. En tal hipótesis (la del art. 16), en la segunda escritura debe expresarse “la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro”. Es decir, el “segundo escribano” debe controlar el primer acto a efectos de evaluar la legitimación de quien dispone en la escritura que él autoriza y hacer en esta escritura la relación de los antecedentes correspondientes; y el “primer escribano” no tiene nada que hacer respecto de la segunda escritura, aunque presencia su otorgamiento. En la hipótesis del artículo 16 (inc. d) ambos escribanos “terminan” el acto al mismo tiempo y en un mismo escritorio, según el criterio de simultaneidad que maneja el Registro porteño.

Sin embargo, la denominada simultaneidad por el segundo párrafo del artículo 4 plantea una dinámica de hechos distinta, pues, a diferencia de la hipótesis del inciso d) del artículo 16, no se refiere al mismo objeto –precisamente la subrogación implica cambio de objeto afectado al régimen–⁹ ni a un supuesto de legitimación para disponer: el “primer escribano” autoriza la escritura de desafectación por subrogación (es decir, sin cancelación) de la vivienda y de enajenación de la misma, y el “segundo escribano” autoriza la de adquisición de la nueva vivienda y su afectación por subrogación (sin constitución) al régimen de vivienda. En la segunda escritura, calificada de “simultánea” por el referido artículo 4, el autorizante deja constancia de “los datos de la constitución originaria”, siendo innecesario, según la DTR, que en ese caso (enajenación y adquisición “simultáneas”) el autorizante de la “primera escritura” haga constar la **expresa “reserva”** del desafectante de subrogar el beneficio. Sin embargo, por no tratarse de un supuesto de legitimación para disponer, el “primer escribano” normalmente no presencia el segundo acto (ni el “segundo escribano” el primer acto), es decir, el de adquisición de la nueva vivienda, que no necesariamente se hace en el “mismo escritorio” y “mismo momento”, por lo que mal podría legitimar en “su escritura” la falta de expresa “reserva” del desafectante, como *a contrario sensu* se desprende de la DTR. Si el segundo acto no se otorgara por cualquier razón en la oportunidad prevista (coetáneamente con el primer acto), el “primer escribano” que ya hubiera autorizado su escritura no estaría en condiciones de hacer constar en la misma la “reserva” expresa. ¿Acaso el desafectante debería otorgar una escritura

8. Empleamos a lo largo del presente trabajo la frase “vivienda afectada” por razones de comodidad en el uso del lenguaje, pues se torna demasiado engorroso expresar que la vivienda es el objeto sobre el que recae el derecho real que se incorpora al régimen, como más adelante exponemos.

9. Aunque, como más adelante exponemos, entendemos que la subrogación puede ser un cambio de derecho real que recaiga sobre el mismo objeto.

complementaria de “reserva” expresa? ¿La “reserva” expresa hecha en un acto posterior es idónea para conservar el beneficio? Entonces concluimos que si la aludida “reserva” fuera necesaria a los efectos de conservar el beneficio (cuestión que descartamos de plano), debería efectuarse siempre, en todos los casos, aun en las hipótesis de presunta “simultaneidad” en los términos del artículo 4, por si se frustrara el segundo acto.

Nos preguntamos ¿qué sucede si no se hace la “reserva”? ¿Acaso se pierde el beneficio? Entendemos que la respuesta es negativa, dado que: 1) los derechos no se reservan sino que se ejercen; 2) no cabe presumir actos abdicativos, y, por lo tanto, la extinción voluntaria del régimen debe interpretarse restrictivamente; 3) la subrogación opera de pleno derecho, pues la afectación “se transmite”, según resulta del artículo 248 CCCN, sin necesidad de ninguna manifestación en tal sentido por parte del desafectante (del inmueble)-afectante (del importe). Entendemos que la frase “se transmite” del artículo 248 opera como norma supletoria: si nada se expresa en el acto de desafectación, la subrogación opera automáticamente; siempre habrá tiempo para abdicar del régimen. En este sentido, la ley es sabia pues pone al desafectante al abrigo de su omisión de subrogar la afectación o de un asesoramiento incorrecto.

No advertimos razón atendible por la que el Registro exige que en la escritura de enajenación y desafectación el enajenante haga “reserva” expresa. El Registro no toma razón de la “reserva” en el folio correspondiente al inmueble desafectado y enajenado, pues el desafectante deja de ser su titular; además, dicho folio no sería el lugar adecuado para asentarla.

Por otra parte, el Registro omite exigir que en la escritura de afectación por subrogación se deje constancia de la trazabilidad objetiva del régimen de vivienda; solo exige que se asienten “los datos de la constitución originaria” pero no los de las sucesivas subrogaciones que se hayan producido. Esto, sumado a que el Registro no toma razón de la “reserva”, nos suena a que se pretende trasladar la trazabilidad a los escribanos y sus protocolos, desentendiéndose el organismo de aplicación del control de legalidad que le cabe hacer al respecto. Como el Registro, en el estado actual de avance de su técnica, no toma razón de la subrogación que no tenga por objeto un inmueble, pretende que esta se haga únicamente en las escrituras, a través de la expresa “reserva”, y que sean los escribanos los “únicos” que controlen y, por lo tanto, los únicos responsables. Que el Registro no exija que en las escrituras de afectación por subrogación se deje constancia de los datos de las subrogaciones que le sigan a la “constitución originaria” lo coloca en condiciones de no poder controlar la trazabilidad del objeto a los efectos de acceder o no a la petición registral. Recordemos que el Registro únicamente puede controlar ateniéndose a lo que resultare de los documentos presentados a registro y de los asientos respectivos. Exhortamos a los colegas a que no se limiten en los casos de afectación por subrogación a dejar constancia únicamente de los datos correspondientes a la “constitución originaria”, sino que expongan de manera circunstanciada todos los datos, a efectos de alcanzar la completa trazabilidad del régimen.

Concluimos en este punto que la “reserva” expresa de subrogar el beneficio es inexigible, por inoperante. La subrogación de la vivienda desafectada por el importe del precio de su venta es automática. La falta de “reserva” no obsta la subrogación, a

menos que del contenido del acto de desafectación se colija con certidumbre la intención del desafectante de provocar la extinción del régimen. La exigencia de que la “reserva” se exprese apunta únicamente a la facilitación del control de legalidad en la subrogación, que debe ser efectuado por el autorizante del documento de afectación por subrogación, sea el escribano o sea el Registro.

La omisión de asentar la trazabilidad objetiva del régimen en el Registro de la Propiedad Inmueble es *contra legem*, pues “la afectación se inscribe en el registro de la Propiedad Inmueble” (art. 244, 2º párr., CCCN) y “se transmite [...] a los importes que la sustituyen –se entiende a la vivienda– en concepto de indemnización o precio” (art. 248 CCCN). Del juego de ambos artículos resulta que la afectación que recae sobre el importe también debe inscribirse en el Registro. Este deber no es antojadizo, sino que se establece para proteger a los beneficiarios del régimen de los ataques de los acreedores excluidos,¹⁰ además de, entre otras bondades, para evitar conflictos o simplificar la prueba para la resolución judicial de los que se plantearan.

No se alegue que la “reserva” expresa que, según la DTR, debe hacerse en las escrituras públicas hace las veces de la registración de la afectación que recae sobre el importe, pues el acceso a los protocolos notariales es mucho más restringido que al Registro. Los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos (arts. 29, inc. j, y 73, Ley 404): a) por orden de juez competente; o b) a requerimiento de quienes tuvieren interés legítimo en relación con los respectivos documentos, entre quienes no se menciona a los acreedores del propietario del inmueble afectado al régimen de vivienda. En cambio, el Registro es público para quien tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas (art. 21 Ley 17801).

La actitud evasiva del Registro resulta perjudicial para el sistema, pues deja “escondida” información que es relevante para el ejercicio adecuado de los derechos por parte de los acreedores del propietario. Entendemos las dificultades del organismo registral de idear un sistema adecuado y de llevarlo a la práctica y aceptamos que, mientras trabaje en esa dirección, acuda a la colaboración de, por ejemplo, los escribanos, tal como en su oportunidad sucedió con el régimen de prehorizontalidad (arts. 34 y 35 Ley 19724¹¹, derogada por la Ley 26994).

10. Ver ob. cit. (cfr. nota 2), §10.

11. “Disposiciones de aplicación transitoria”: Art. 34. “Hasta tanto los Registros de la Propiedad Inmueble correspondientes a la jurisdicción de los inmuebles que quedan sometidos al régimen de la presente ley estén en condiciones de efectuar la registración a que se refiere el artículo 12, lo que no podrá exceder del 1 de febrero de 1973, los contratos de adquisición que se celebren serán puestos en conocimiento del escribano a cargo del Registro Notarial donde se haya otorgado la escritura de afectación. En el supuesto del artículo 18, la rescisión o resolución debe ser registrada en el Registro Notarial interviniente. En el caso del artículo 19, inc. b), debe suministrarse nómina de los adquirentes cuyos contratos se encuentren registrados en el protocolo. En el caso del artículo 24, el privilegio que se confiere lo será respecto de los adquirentes cuyos contratos estuvieren registrados en el protocolo. Si el propietario revoca la designación de escribano efectuada para el otorgamiento de la escritura de afectación, debe hacer constar la nueva designación juntamente con la originaria, en todos los elementos y actos detallados en el presente artículo y notificarla fehacientemente a los adquirentes cuyos boletos hayan sido registrados”. “Obligaciones del Escribano” Art. 35. “En los casos de aplicación del artículo 34, el escribano está obligado a: a) dejar constancia en su protocolo de los contratos de adquisición. La misma surtirá los efectos que por esta ley se atribuyen a la registración de los contratos en los Registros de la Propiedad Inmueble; b) en el caso del artículo 6, último párrafo, el escribano interviniente dejará constancia fehaciente de la inexistencia de contratos registrados o de que su número no alcanza al mínimo previsto; c) en

Lamentablemente no es esta, a nuestro juicio, la única omisión que cabe reprocharle al Registro en orden a la publicidad del régimen de vivienda, pues entendemos que debería exteriorizar en los folios reales los datos de individualización de los beneficiarios, a fin de posibilitarles a los acreedores contar con la información que les permita ejercitar más fácilmente, de manera extrajudicial, el control de la vigencia o no del régimen.

Según el artículo 14 de la Ley 17801, todo asiento registral debe practicarse con la especificación de las circunstancias particulares –se entiende de trascendencia real (art. 12)– que resulten de los respectivos documentos, especialmente en relación con el derecho que se inscriba. Siendo la existencia de beneficiarios condición de constitución y de subsistencia del régimen, que impacta en el derecho real modificando su contenido ordinario, no encontramos justificación para no exteriorizar en el asiento registral los datos de todos los beneficiarios, dado que aquellos permitirán indagar o facilitarán la indagación por parte de los acreedores del propietario acerca de la subsistencia o no del régimen.

Por otra parte, el artículo 248 CCCN establece que la afectación “se transmite” a los importes que sustituyan la vivienda en concepto de precio. La subrogación o “transmisión de la afectación” en la terminología legal es automática, no dependiente de ninguna expresión de voluntad del propietario en tal sentido. La ley no condiciona la subrogación a que el constituyente manifieste su voluntad de prevalerse de la misma al enajenar la vivienda afectada. En este sentido, la ley suple su voluntad, la presume, como medida tuitiva de preservación de la protección. Mientras el constituyente no solicite la desafectación y la cancelación de la inscripción (art. 250 inc. a), es decir, mientras no renuncie a la aplicación del estatuto del régimen de vivienda, este se le aplica.

Sabido es que los derechos no se reservan sino que se ejercen y que la renuncia a ellos no se presume. El Registro, con la interpretación que resulta del artículo 4 de la DTR, deja sin efecto la protección legal, la invierte ilegítimamente en perjuicio del propietario, pues pone a cargo de este al enajenar el inmueble afectado la carga de efectuar la reserva de subrogar el beneficio.

Otro supuesto en el que la afectación “se transmite” de una vivienda a la otra sin solución de continuidad tiene lugar cuando el propietario de dos inmuebles “traslada” la afectación de uno al otro, hipótesis que la DTR no prevé. Si bien el CCCN exige para la subrogación que “la vivienda se adquiera en sustitución de la afectada”, ello no obsta que la “segunda vivienda” se adquiera antes de enajenarse la “primera”. Por ejemplo: el constituyente otorga boleto de compraventa de la vivienda afectada por el precio de un millón de pesos, de los cuales cobra cuatrocientos mil contra la firma del boleto; con esta suma el constituyente adquiere por escritura pública de compra la “segunda vivienda” antes de otorgar la de venta de la “primera”. En este caso la sustitución sucede antes de la enajenación de la “primera vivienda”.

«Artículo 5. *A los efectos del artículo 244, 2º párrafo, la solicitud de afectación mediante petición constitutiva ante este Registro, la escritura notarial o la decisión*

el caso del artículo 10, inciso b), expedir detalle certificado de las unidades que se hubiesen enajenado y de su inscripción en el protocolo”.

judicial que disponga la afectación deberá tener ingreso en el ordenamiento diario previsto por los artículos 19 y 40 de la Ley N° 17801».

El párrafo citado por la DTR establece que la afectación se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y que la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario.

Nos parece que al artículo 5 de la DTR le falta contundencia, que su redacción no responde a una determinación firme de defensa de la vivienda. El artículo nos parece inocuo, cándido. Sin dudas, a lo que el artículo 244, 2° párrafo, CCCN apunta es a poner en funcionamiento, con relación al régimen de vivienda, el sistema de retro-prioridad basado en la posibilidad de reservar la prioridad vía el pedido de la certificación dominial referida en los artículos 22 y siguientes de la Ley 17801. La remisión que hace el CCCN es a “las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario”, a todas, sin especificar ninguna en particular, de manera que cabe entender que juegan también las que resultan de los artículos 5, 25 y concordantes, que articulan la retro-prioridad protectoria. La referencia a los artículos 19 y 40 hecha en la DTR nos hace sospechar de la intención del organismo de eludir el sistema de retro-prioridad al que apunta el CCCN para la figura en análisis, sospecha que esperamos no tenga correlato en la praxis registral.

«Artículo 6. Las normas de esta disposición se aplicarán en la calificación e inscripción de los documentos notariales y administrativos autorizados a partir del 1° de agosto de 2015, fecha en la que entrará en vigencia la presente disposición técnico registral».

Cabe formular una precisión en orden a lo preceptuado en este artículo: como criterio general aceptamos el establecido en este artículo; sin embargo, también cabe aplicar las normas de la DTR y del CCCN a los documentos autorizados con anterioridad al 1 de agosto de 2015 que prevean el diferimiento de sus efectos a tal fecha.

3. La Orden de Servicio 45/2015

La OS carece de articulado en su Anexo I, en el que se establecen los criterios de aplicación. Estos criterios se presentan a texto “corrido”, de manera que la invocación e individualización de las normas aplicables se tornan dificultosas. La técnica legislativa dista de ser la adecuada.

En las páginas 11 y 12 de la OS se prevén algunos criterios aplicables al régimen de vivienda:

«El efecto de la registración de la afectación a vivienda continúa siendo constitutivo».

Esta afirmación nos resulta dogmática, pues no cita norma alguna en la que basarse; y no encontramos en el CCCN ninguna norma que permita darle sustento. Más allá de lo verdadero o falso de tal afirmación, el mecanismo de retro-prioridad no se con-

trapone con un sistema de inscripción constitutivo, tal como lo evidencia el sistema registral automotor (arts. 1 y 16 Decreto-ley 6582/1958 TO 1997).

Al derogarse la Ley 14394, las diferentes interpretaciones que se suscitaron en orden a los alcances de su artículo 35 quedaron prácticamente sin efecto. La cuestión del carácter de la inscripción pierde relevancia al establecer el artículo 244 CCCN que “la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la Ley Nacional del Registro Inmobiliario”: cualquiera sea el carácter de la inscripción, no cabe duda ante la contundencia de su texto de que el efecto de ella se retrotrae a la fecha del asiento de reserva de prioridad o, en su defecto, a la de presentación del documento de constitución.

Formulamos una aclaración al texto de la OS: el carácter supuestamente constitutivo de la registración no debe referirse a toda afectación sino a la afectación por constitución, ya que en el caso de la subrogación la afectación “se transmite” ora a la nueva vivienda, ora al importe del precio o indemnización, pero en todo caso de pleno derecho, según los términos del artículo 248, sin necesidad de registración alguna.

«Por no haberse modificado el artículo 23 de la Ley 17801, no se requiere ni se expedirá certificado de dominio para su afectación».

Esta afirmación va a contrapelo de que “la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”. La remisión que efectúa el CCCN es –reiteramos– a todas las normas regulatorias de la prioridad temporal. La expedición del certificado pone en funcionamiento el sistema de retro-prioridad, por lo que la denegatoria registral a emitirlo constituye a nuestro juicio un desacato a lo establecido en el artículo 244 CCCN (2º párr.) en cuanto dispone la aplicación de (todas) las normas regulatorias de la prioridad temporal previstas en la Ley 17801, entre las cuales están los artículos 5 y 22. Remitimos a los comentarios que al respecto efectuamos al referirnos al artículo 4 de la DTR porteña.

«[La afectación] puede ser solicitada por el titular registral».

Desarrollamos este punto al comentar el artículo 2 de la DTR porteña. La exigencia de que el titular esté inscripto obstaría la afectación por la modalidad de tracto sucesivo abreviado.

«Los beneficiarios no se publicitarán en los asientos, quedando individualizados sólo en la minuta rogatoria».

El Registro debe poner la información a mano del público usuario, ya que de lo contrario se aleja de las razones que dan sustento a su propia existencia. La ocultación de información constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos de los acreedores del propietario. Nos remitimos a los comentarios que hicimos al respecto al glosar el artículo 4 de la DTR.

«Si el constituyente se encuentra casado o en unión convivencial inscripta [...] el inmueble no puede ser transmitido, gravado ni desafectado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente».

En su momento expusimos nuestra opinión de que el Registro no puede desconocer la existencia de la unión convivencial no inscripta en el Registro Local de Uniones Convivenciales si previamente tomó razón del documento de afectación al régimen en el que el conviviente no inscripto fue designado beneficiario.¹² Tal actitud del Registro sería contraria a la buena fe y a sus propios fines.

Si del documento de transmisión, gravamen o desafectación presentado a Registro resultara que el disponente manifestó no tener vigente ninguna unión convivencial en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN, pero el conviviente no inscripto figurara como beneficiario, la falta de publicidad de esta circunstancia en el folio real y la consecuente falta de control dejarían abierta la puerta para que el disponente pueda perjudicar los derechos de su conviviente o exconviviente y demás integrantes del grupo familiar. Además, para desafectar del régimen no hay deber a cargo del funcionario autorizante de tener a la vista el documento de afectación y las eventuales ampliaciones o supresiones subjetivas que el constituyente haya otorgado para incorporar a otros beneficiarios al régimen o eliminarlos. La manera más sencilla y económica de posibilitarle al funcionario autorizante un adecuado control de legalidad es haciendo constar en la matrícula la identificación de todos los beneficiarios del régimen. No nos satisface el castigo penal al autor de la falsedad, sino que preferimos evitar la comisión del delito, y ello se logra poniendo a mano la información necesaria para advertir la posible mentira.

«Se admite la sustitución de la vivienda afectada por otra, la cual puede ser adquirida simultáneamente con la venta del inmueble afectado o con posterioridad».

En el primer caso, junto a la “compraventa” se deberá rogar la sustitución. Del documento debe surgir la identificación de la primitiva afectación, la que debe trasladarse con sus mismos datos al inmueble que se adquiere.

En el segundo caso se calificará lo siguiente:

- En la escritura de “compraventa” por la cual se desafectó a vivienda deberá surgir la “reserva” de sustituir/subrogar la vivienda en los términos del artículo 248 CCCN.
- En la escritura de adquisición el notario deberá referenciar la reserva anteriormente indicada, consignando todos los datos de la primitiva afectación.

En ambos casos el inscriptor controlará los datos del “bien de familia” sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado.

Caben aquí muchas de las observaciones que formulamos al comentar el artículo 4 de la DTR. Advertimos que por tratarse de una OS, es decir, una norma interna del organismo que, por definición, no está dirigida a los administrados sino a los subordinados del director, mal puede este a través de ella impartir órdenes a los notarios (“el notario deberá referenciar la reserva”). Huelga aclarar que la subrogación opera pese a que la escritura de enajenación/desafectación no sea de compraventa (única a la que alude la OS); puede tratarse de una de permuta u otro título que lógicamente no excluya la subrogación.

12. Cfr. nota 3.

Si se admite –como nosotros lo hacemos– que la afectación supone la incorporación al régimen no de un objeto sino estrictamente de un derecho real que recae sobre un objeto, cabe concluir que dicha afectación podría transmitirse de un derecho real a otro derecho real que recaiga sobre el mismo objeto. Por ejemplo: el dueño de un inmueble afectado al régimen de vivienda dona el dominio directo, se reserva su usufructo vitalicio y “traslada” la afectación del dominio al dominio útil (usufructo). El donatario adquiere un dominio desnudo, no afectado al régimen, pues este recae únicamente sobre el usufructo por subrogación (del derecho real, no del objeto). El donatario puede disponer libremente de la nuda propiedad, dado que no está comprendida en el régimen de vivienda. Este criterio es acorde con el principio de transmisibilidad de los derechos reales (art. 1906 CCCN) y con el principio de libertad de cargas o gravámenes reales que prima en la materia (art. 1888 CCCN). De esta manera, quien necesita honrar sus deudas puede vender la nuda propiedad y hacerse de líquido para ello; podría agregarse a la venta de la nuda propiedad, por ejemplo, un pacto de retroventa a efectos de poder recuperarla en caso de mejorar su fortuna. Nuestra propuesta permite, pues, una mayor dinámica en el tráfico y no restringe innecesariamente el contenido de ningún derecho.

4. Colofón

La aplicación del régimen de vivienda plantea una serie de dificultades de difícil resolución. Para arribar a ella será necesario atravesar un proceso de constitucionalización judicial, legislativo y académico del nuevo ordenamiento. Hacia allí intentamos dirigirnos: establecer a través de una interpretación sistemática y finalista una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado; reconstruir la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. Los casos que el Código Civil y Comercial rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.