

Acerca de la interpretación del artículo 247 del Código Civil y Comercial*

José C. Carminio Castagno

RESUMEN

Se intentará responder –acorde a una exégesis inspirada en el principio de “razonabilidad”– algunos interrogantes que surgen del texto de la norma, vinculándola con otros preceptos del mismo código, sus fundamentos y antecedentes.

Sumario: 1. Introducción. 2. Una frecuente práctica negocial anterior. 3. El mismo tema en el Código Civil y Comercial. 4. La tutela de la familia en el Código vigente. 5. Una correcta exégesis. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

No hay duda alguna de que el régimen que el [Código Civil y Comercial](#) establece en materia de “vivienda” “denominación del capítulo en el cual se halla regulado específicamente el tema (arts. 244-256)” ha merecido elogiosos conceptos de la doctrina nacional. En tal sentido, varios son los méritos que se señalan, a saber:

- a) Se jerarquiza así el mandato constitucional contenido en el [artículo 14 bis](#)¹, que impone “la defensa del bien de familia”.²
- b) Al adherirse a la concepción de que la protección de la vivienda es un derecho humano fundamental,³ el nuevo Código le brinda protección en diversos sectores de su normativa, flexibilizándola para dar cabida a los variados tipos de familias que modernamente surgen del ejercicio de la autonomía privada, ampliando así la cantidad de beneficiarios.
- c) Como consecuencia de ello, se juzga más precisa –en lo terminológico– la expresión “protección jurídica de la vivienda habitual”.⁴

* Especial para la *Revista del Notariado*, en homenaje a Álvaro Gutiérrez Zaldívar, su brillante director y un muy querido amigo.

1. Agregado por la reforma de 1957 (antes concretado en los arts. 34-50 de la Ley 14394).

2. Resulta curioso que dicha “jerarquización” se logre precisamente dejando de lado el bien de familia, que es substituido por otro instituto distinto.

3. En los [fundamentos](#) del [anteproyecto](#) del Código hoy vigente –presentado por sus tres autores– se expresa: “El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda”.

4. Así opina María V. FAMÁ en “La protección jurídica de la vivienda unipersonal. Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-1, pp. 59-78.

2. Una frecuente práctica negocial anterior

Durante la vigencia del [Código velezano](#), era habitual que los padres, a título de anticipo de herencia, les donaran a sus hijos la nuda propiedad del inmueble asiento del hogar conyugal –que anteriormente había sido constituido como bien de familia–, conservando el usufructo del mismo. Como es lógico, dicho negocio jurídico se celebraba cuando los donatarios eran ya mayores de edad y –en la generalidad de los casos– habitaban en sus propias casas.

En tales hipótesis, a la alternativa que ofrecía el artículo 41 de la [Ley 14394](#)⁵ –por lo que dicha norma no constituía obstáculo para que la calidad de bien de familia del inmueble se mantuviera–, se le sumaba la noción acuñada por el artículo 36⁶ y la circunstancia de que quienes continuaban habitando en la finca eran “ascendientes” de los propietarios. En el mismo sentido, prestigiosos autores admitían que en el inmueble no habitasen el constituyente ni su familia si –mediante la explotación personal efectuada por algunos de sus miembros– servía para el sustento del grupo familiar.⁷ Y, más aún, también se entendió que el requisito de la convivencia con el constituyente solo era exigible cuando los beneficiarios eran parientes colaterales, no requiriéndose respecto del cónyuge, descendientes o ascendientes.⁸

3. El mismo tema en el Código Civil y Comercial

Un artículo del vigente [Código](#) unificado –en una aproximación superficial– parece impedir la continuidad de aquella praxis negocial descrita, lo que no ha merecido especial atención de parte de la doctrina que, no obstante profundizar el análisis de las normas implicadas, se ha contentado, por ejemplo, con destacar que el dominio del inmueble tiene “características especiales” y está sometido a una “inalienabilidad relativa”.⁹ En efecto, el artículo 247, que refiere a la habitación efectiva, dispone que

Si la afectación es peticionada 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.

5. Art. 41 [Ley 14394](#): “El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien y a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”.

6. Art. 36 [Ley 14394](#): “A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”. Aunque en el capítulo específico dedicado a la materia no existe una definición de “familia”, el art. 246 [CCCN](#), al determinar quiénes son los beneficiarios, se asemeja mucho a la enumeración que la ley contenía anteriormente.

7. Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 629.

8. Ídem, pp. 627 y 628; y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavallía, 2000, p. 104 y notas 80 y 81.

9. Ver, p. ej., FLAHL, Lily, “[La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación](#)” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 31/8/2015. [Última consulta: 26/4/2017].

¿Dónde radicaría el problema? En que ninguno de sus hijos, los “beneficiarios”, habita en el inmueble.¹⁰ Y las consecuencias serían gravísimas (y obvias):

- a) El régimen perdería eficacia al no subsistir sus efectos (el más importante de los cuales es la oponibilidad a ciertos terceros, dispuesta por el art. 249: “Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación”.)
- b) De acuerdo a lo que dispone el inciso d) del artículo 255, norma cuyo epígrafe reza “desafectación y cancelación de la inscripción”, como uno de los supuestos en que ambas medidas proceden “a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este capítulo”, ese especial sistema de protección dejaría de existir, pudiendo la vivienda ser agredida por cualquier acreedor.

4. La tutela de la familia en el Código vigente

Por mi parte, deseo destacar numerosas normas en las que se evidencia la tutela de sus autores al valor de la “familia” en sí y de lo “familiar”.¹¹

En el primer aspecto, los artículos:

- 525, inciso b): “la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese”.
- 594: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.
- 650: “En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia”.
- 655, inciso c): “régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia”.
- 1572: “La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia”.
- 1644: “Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar”.
- 2157: “Los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia”.
- 2296, inciso c): “el reparto de ropas, documentos personales, condecoraciones y diplomas del difunto, o recuerdos de familia, hecho con el acuerdo de todos los herederos”.

10. Es obvio que tal postura no toma en consideración el hecho de que los padres continúan en la vivienda.

11. Cito solo algunos de los artículos, de los cuales únicamente transcribo –total o parcialmente– los párrafos en los que se menciona la palabra o frase que interesa.

- 2303, inciso c): “los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia”.

En el segundo, los artículos:

- 443, inciso d): “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.
- 471: “Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar”.
- 506: “Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar”.
- 522: “El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido”.
- 645: “En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar”.
- 721, inciso a): “determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda”.
- 1092: “Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.
- 1190: “Si la cosa locada es inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento”.
- 2081: “Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares”.
- 2083: “Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares”.

Pero son otros los preceptos que revisten una máxima importancia, por hallarse aún más estrechamente vinculados al tema tratado, ya que refieren concretamente a la vivienda familiar:

- 442, inciso f): “la atribución de la vivienda familiar”.
- 443: “Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar”.
- 518: “A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar”.
- 522: “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar [...] 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”.

- 525, inciso f): “la atribución de la vivienda familiar”.
- 527: “El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas”.
- 721, inciso a): “determinar [...] cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar”.

5. Una correcta exégesis

De los numerosos preceptos citados en el punto precedente, surge la evidencia de que el Código actual tiende a ampliar la tutela jurídica en variados aspectos de la materia *sub examine*.¹² En consecuencia, cualquier merma en los derechos que reconocía la Ley 14394 debe suponerse contraria a aquel sentido impreso por el codificador –máxime si se trata de aspectos eminentemente fácticos–, constituyendo una regresión –inaceptable en una fase de avance normativo–.

A todo ello se suman dos preceptos de superlativa importancia en este tema:

- 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”.
- 252: “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”.

Si se repara en que las excepciones que ambos preceptos contienen están establecidas a favor de “los beneficiarios” –entre los que están los hijos–, puede apreciarse nítidamente en qué significativa medida el legislador los tiene en cuenta y el preferente amparo que les brinda.

Algo parecido sucede con la subrogación real, consagrada en el artículo 248: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.¹³ En efecto, si así se ha dispuesto, ¿sería razonable que no se aplicase cuando se trata de la misma vivienda, respecto de la cual –mediante un negocio gratuito inobjetable–¹⁴ solo ocurre que el propietario se desprende del usufructo?

12. En los ya citados *fundamentos*, los autores del anteproyecto manifiestan al respecto: “el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14394. Las modificaciones son importantes”.

13. Vuelvo a recurrir a lo que consta en los *fundamentos*: “se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación”.

14. Claramente autorizado por los arts. 2129, 2134 y 2416.

Por ende, ninguna interpretación presidida por el principio de razonabilidad¹⁵ puede contradecir tales evidencias argumentales.

6. Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que la hipótesis referida en el punto 2 (donación a los hijos de la nuda propiedad del inmueble ya sometido al régimen de protección de la vivienda familiar [arts. 244-256]) es absolutamente viable aunque ninguno de los hijos “permanezca en él”. Debe interpretarse que la “habitación efectiva” impuesta por el artículo 247 es exigible solo para los beneficiarios mencionados en el inciso b) del artículo 246 (“en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente”) y no para los que enumera el inciso a) (“el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes”), continuando el régimen sin ningún cambio y manteniéndose en plenitud la afectación.

7. Bibliografía

- FAMÁ, María V., “La protección jurídica de la vivienda unipersonal. Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-1, pp. 59-78.
- FLAH, Lily, “La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 31/8/2015. [Última consulta: 26/4/2017]
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2000.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 1965, 3ª ed.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

15. Si se prefiere, el “logos de lo razonable” acuñado por Luis RECASÉNS SICHES (*Tratado general de filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 1965, 3ª ed.).