

Afectación a vivienda. Subrogación real. Disposición Técnico Registral 10/2016 y supuestos no reglamentados

Por **Silvana Guerrero**

Abogada. Consultoría y Orientación Registral, RPBA.

Marcela Lucero

Supervisora. División Inscripciones. Departamento
Registros y Publicidad. Área I. RPBA



Introducción

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se han efectuado importantes y valiosas modificaciones en el plexo normativo, actualizándose la legislación de fondo en respuesta a las necesidades que, en virtud de la evolución que ha sufrido la sociedad a lo largo de los años, dieron lugar a nuevas realidades. De tal modo, se han incorporado situaciones no contempladas hasta ese momento en la normativa, que habían sido consideradas durante mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia. En suma, el nuevo CCyCN representa la contemporización del derecho a nuestros tiempos.

En el presente trabajo nos enfocaremos brevemente, en la normativa existente con relación al instituto del antiguo bien de familia, hoy afectación a vivienda, y en el instituto de la subrogación real.

Afectación a vivienda en el CCyCN

La reforma mencionada, como indicamos, ha incorporado en su articulado, más precisamente en el **Título III, Capítulo III, artículos 244 al 256** inclusive, la totalidad de las normas referentes al antiguo régimen de bien de familia, tratadas oportunamente en la Ley 14.394, hoy derogada.

El Código Civil y Comercial de la Nación da un especial tratamiento a la hoy denominada afectación a vivienda, por ser el derecho de acceso a la vivienda un derecho humano reconocido por nuestra Constitución Nacional, en su art. 14 bis y en varios tratados

internacionales, con rango constitucional.

Las modificaciones del instituto que resultan más significativas son:

- Se autoriza la afectación al régimen de protección de la vivienda efectuada por el titular del dominio sin familia, en virtud de que se atiende a la situación de la persona que vive sola, su derecho y necesidad de proteger el lugar donde habita;
- Se permite que la afectación sea realizada por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges;
- Amplía la lista de los beneficiarios al conviviente, requiriendo su asentimiento en el supuesto de unión convivencial inscripta para la enajenación o gravamen posterior del inmueble;
- La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;
- Prevé expresamente la subrogación real, que posibilita adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación del bien;
- Se admite de la retroprioridad registral.

A lo largo de los citados artículos 244 a 256 inclusive, se pretende cubrir la totalidad de las situaciones fácticas y jurídicas referidas al instituto.

Cabe señalar que el organismo registral local, ha sido conteste con esta modificación, y en virtud de ello, inmediatamente después que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comenzara a regir, en el ámbito del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, se dio una profusa tarea normativa con el objeto de abarcar la totalidad de institutos jurídicos que sufrieron modificaciones, procurando el tratamiento de las diversas situaciones fácticas posibles.

En tal sentido, y en virtud de las innovaciones referentes al instituto que nos convoca, se ha dictado la Disposición Técnico Registral N°10/2016, a través de la cual se reglamenta y se fijan criterios, en el ámbito registral respecto de los distintos supuestos existentes en la materia.

Teniendo en cuenta que el "Régimen de Vivienda" que vino a sustituir el anterior régimen de bien de familia ya ha sido comentado por innumerables juristas, en el presente trabajo nos enfocaremos en la institución de la denominada subrogación real de la afectación a vivienda y su tratamiento en la normativa registral vigente. Asimismo, plantearemos una serie de interrogantes que surgen a raíz de ciertas situaciones, relativas a la temática que nos convoca, que se presentan a diario en el organismo registral para su toma de razón, y respecto de las cuales no contamos aún con normativa que las regule expresamente. Estas situaciones que son hartamente conocidas por los notarios y registradores, han sido objeto de opiniones encontradas, o por lo menos han generado dudas al respecto no solo en el ámbito del RPBA sino también en los restantes registros inmobiliarios del país.

En este punto, consideramos menester recordar algunas cuestiones que en torno a la subrogación real de la afectación a vivienda se presentan como obstáculos a sortear.

En primer lugar, queremos hacer referencia al hecho que el Código Civil y Comercial de la Nación no prevé una regulación orgánica completa en relación al mecanismo de traspaso de la protección de la afectación a vivienda, lo que supone la necesidad de que tal omisión sea suplida, en cuanto corresponda, por la autoridad competente para reglamentarla.

En segundo término, y teniendo en cuenta que como autoridad de aplicación en la Provincia de Buenos Aires compete al RPBA reglamentar dicho régimen, para dar cuenta con claridad los desafíos a los que debemos enfrentarnos, nos valdremos de la palabras del escribano y catedrático Gabriel B. Ventura al señalar que [...] "ello hace que la actividad registral, respecto de esta figura, no sólo esté referida a la calificación del documento y su posterior inscripción o anotación, que es lo que más analiza la doctrina, sino

que, como autoridad de aplicación, le corresponderá también al Registro decidir y resolver sobre toda cuestión que se suscite en cuanto al cumplimiento de los recaudos legales que posibilitan la afectación o desafectación (arts. 246, 247, 248, 253, 255, etc.), así como las especiales circunstancias que permiten su permanencia cuando no se cumplan algunos de los recaudos".

Teniendo en miras que la figura de la subrogación real en relación al instituto del "Régimen de Vivienda" es aún reciente en nuestra legislación, que las condiciones sociales continúan transformándose, y exigiendo una continua adaptación del derecho a las nuevas necesidades, es que entendemos que si bien todavía faltan pasos a cumplir, debe valorarse la labor reflexiva y constante que se realiza desde el RPBA.

Subrogación Real

Como se indicó anteriormente, una de las novedades, fue la incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación, de la denominada subrogación real. El art. 248 CCyCN establece "*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*".

La denominada subrogación real, implica una ficción jurídica por la que el objeto subrogante ocupa el lugar del objeto subrogado. Plantea la posibilidad de sustituir la vivienda afectada, por otra, trasladándose el beneficio o protección a la nueva vivienda que se adquiere, siempre que se cumpla con los requisitos de ley, es decir, que se produce una modificación objetiva en la relación jurídica. La cosa que ocupa el lugar de la otra, lo hace en las mismas condiciones. A su vez, esa adquisición puede operar de manera simultánea o podría darse en un futuro, ya que no se establece en el código de fondo límite temporal alguno para la sustitución por la nueva vivienda.

Es decir, que el propietario puede mudarse, vender la vivienda, adquirir otra, y trasladar el beneficio que le confiere la afectación, a su nueva vivienda, sin perder la prioridad ganada con la primera afectación, ya que se transmite esa protección a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, existiendo un amparo jurídico del hogar. La nueva norma, de manera muy acertada y en consonancia con el sentido que el nuevo CCyCN ha querido darle a la vivienda, prevé la posibilidad de que la suma de dinero que reemplaza al inmueble afectado goce de inembargabilidad, transmitiéndose el beneficio a las sumas de dinero, cuyo origen sea, el pago de una indemnización o seguro con motivo de expropiación por causa de utilidad pública, destrucción o incendio, o el producido de la venta del bien afectado para re-

emplazarlo por otro que sea más apto para las satisfacción de las necesidades de los beneficiarios.

Se evita de esa forma, tener que efectuar la desafectación del bien de familia, y una nueva posterior afectación, perdiendo de esa forma el efecto retroactivo de la protección que brinda el instituto, "...evitando fisuras temporales en su resguardo...". Esta nueva situación, respecto de los acreedores de título anterior a la afectación, no varía, ya que gozan de los mismos derechos, ostentando la facultad de ejecutar el inmueble por resultarles el acto inoponible.

Las situaciones referenciadas en este artículo, ya habían sido receptadas por la doctrina y en algunos precedentes jurisprudenciales, previo a la modificación del código de fondo, los que han tenido sustento en los principios generales del derecho, cabe citar en tal sentido el fallo "Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires" (JA, 1997-III-79) CApel.CC San Isidro, sala I, o el fallo "Botto, Dardo S. y otra s/recurso de recalificación bien de familia" (expte. Nº 260/02) CApel.CC Rosario, sala I.

En la Disposición Técnico Registral 10/2016, el organismo Registral de Provincia de Buenos Aires, abarca lo referente a la subrogación real, en el art. 9, indicando los requisitos exigibles para la toma de razón de aquellos documentos que se acojan a este beneficio.

Este nuevo instituto, responde ni más ni menos, a una realidad fáctica, que es la movilidad de la familia o de la persona que se ha beneficiado con la afectación, sin obligación que esa persona permanezca en una vivienda, que tal vez hoy, no cubra sus necesidades habitacionales, que ha dejado de ser funcional para los intereses familiares y pueda disponer de la misma en el tráfico jurídico inmobiliario sin por eso tener que desafectar el inmueble de bien de familia, disponer del mismo, y luego generar una nueva afectación, en el bien adquirido con posterioridad, perdiendo la protección que brinda el instituto desde su origen siempre respondiendo a la normativa de fondo y prioridades.

Reserva del beneficio de subrogación real

Con respecto a la reserva del beneficio de subrogación real, ha sido planteado, si era necesario que tal reserva se efectúe de manera expresa en la totalidad de la documentación a registrar, o si ella operaba por imperio de la ley aunque no existiera tal manifestación expresa, ello en virtud que el Código Civil y Comercial de la Nación, no impone la exigencia de efectuar reserva alguna del derecho de subrogar.

Al respecto, la doctrina ha considerado acertada la exigencia de la reserva expresa de tal derecho, en

virtud de los beneficios que conlleva para garantizar la seguridad jurídica en múltiples aspectos.

Asimismo ha sido la recomendación del Consejo Federal de Registros de La Propiedad Inmueble, en su LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble realizada en La Plata, del 18 al 21 de agosto de 2015, donde se ha indicado "...En relación al art. 248 del C.C. y C. corresponde verificar que en el instrumento de transferencia de la vivienda afectada se haya hecho reserva del derecho a subrogar para dejar constancia en el folio real de tal circunstancia. Asimismo calificar que en la escritura de adquisición del nuevo inmueble consten todos los datos del inmueble subrogado y de la primitiva afectación..."

Este ha sido el criterio adoptado por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires al exigirlo claramente en el mencionado art. 9 de la DTR 10/2016, el que textualmente indica: "...En el supuesto previsto en el artículo 248 del Código Civil y Comercial de la Nación, deberá registrarse el documento teniendo en cuenta los siguientes recaudos: a) si el inmueble es adquirido simultáneamente con la disposición del bien afectado, deberán surgir del documento los datos de la primitiva afectación. El asiento registral que se practique deberá contener los datos de la afectación originaria. b) Si el inmueble es adquirido con posterioridad: 1) en la escritura de disposición por la cual se desafectó a "vivienda"/"bien de familia", deberá constar la expresa reserva de subrogar el beneficio; 2) en la escritura de adquisición el notario deberá calificar y referenciar la reserva realizada oportunamente consignando todos los datos de la afectación originaria."

Sin embargo, no ha sido el criterio optado por el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal que en su DTR 4/2016, toma la postura contraria, indicando que esa facultad no requiere reserva alguna para su ejercicio en oportunidad de la desafectación. La citada norma, en su art. 4 reza "En el supuesto previsto en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria. No será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente". Dicha norma es complementada por la Instrucción de Trabajo Nº 6 /2016 Registro de la Propiedad Capital Federal la cual dispone "En el supuesto previsto en el artículo 248 del CCyC, del documento de afectación por subrogación real deberán surgir los datos de la constitución originaria. No será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente."

Supuesto de subrogación sobre un inmueble ya existente en el patrimonio del afectante

Uno de los primeros casos planteados en el organismo registral con relación a la subrogación real fue el supuesto en el cual se pretendía, la sustitución de una vivienda afectada, por otra que ya se encontraba dentro del patrimonio del propietario, caso que llevó a la toma de una postura con relación al instituto.

En dicho caso ingresó al RPBA un documento notarial el 24 de noviembre de 2015, nótese que la inscripción se solicitó pasados sólo 114 días desde que el nuevo Código comenzara a regir. El notario autorizó un documento que fundándose en el art. 248 CCyCN, y haciendo uso de la subrogación real tal como lo planteara código de fondo, pretendía trasladar la protección del antiguo bien de familia (hoy vivienda) con efecto retroactivo a la fecha de la afectación, a un bien que ya se encontraba dentro del patrimonio del titular, pero que había sido adquirido con fecha posterior a la mencionada afectación. El documento notarial fue observado por el área de registración actuante, denegando la toma de razón del mismo. El requirente entabló la instancia recursiva, expidiéndose la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble, a través de la Resolución Contencioso Registral 1/2016, denegando la inscripción definitiva del documento referenciado, indicando, entre otros argumentos "...Que, la norma es categórica en cuanto permite que los efectos de la primitiva afectación se trasladen al inmueble que se adquiere "en sustitución" del afectado o al precio cuando esta adquisición no es simultánea...".

Contra dicha resolución el interesado interpone recurso de apelación, entendiendo la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, confirmando la decisión de la Dirección Provincial del RPBA sosteniendo, entre otros fundamentos, que "el texto de la ley es claro y expreso... para alcanzar su verdadero significado no ha de añadirse ni extender nada que altere su contenido...la protección se traslada al nuevo inmueble retroactivamente a la fecha de la primigenia afectación, pero para que ello ocurra tiene que existir un inmueble adquirido en sustitución del afectado..." (sent. de fecha 14/6/2016 causa "Dirección General del Registro de la Propiedad, expediente n° 23077- 1003/2016 iniciado por el Notario Emilio Coto.")

Tomando en consideración el caso ut supra referenciado, se ha fijado el criterio en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires en relación al supuesto planteado.

Consideramos acertado el criterio optado por el Registro de Provincia de Buenos Aires, sin embargo

existen voces que opinan en sentido contrario entendiendo procedente que el beneficio pueda ser trasladado con efecto retroactivo a un inmueble que ya se encontraba dentro del patrimonio del afectante, lo que de hecho no se encuentra prohibido expresamente por el Código de fondo. Esta postura se sustenta fundamentalmente en el hecho de que la subrogación de la vivienda es un instituto que tiene por objeto la tutela la vivienda familiar. Lo que se pretende amparar es el derecho de trasladar la protección con efecto retroactivo a la fecha de la inscripción de la afectación inicial a la vivienda a donde efectivamente la familia se desarrolla, atendiendo no solo a su valor patrimonial sino esencialmente a su valor extrapatrimonial.

Asimismo estiman que los derechos de terceros quedan a salvo, por cuanto siempre ante un posible conflicto entre acreedor y afectante, será solo en el ámbito jurisdiccional donde se deberá resolver por la vía probatoria que corresponda, cual es el derecho que prevalece, sobre un acreedor que ve vulnerado sus derechos y el legítimo derecho del afectante de la subrogación que la ley permite, teniendo presente, y analizando el caso concreto, que los acreedores de título anterior a la afectación, gozan de los mismos derechos, resultándoles el acto inoponible.

Supuestos no contemplados en la normativa

Ahora bien, con relación a la mencionada subrogación real, en nuestra labor registral nos encontramos a diario con supuestos especiales, que no han sido contemplados expresamente en el texto normativo y que ponen de manifiesto los vacíos legales de que adolece la norma de fondo.

En tal sentido se plantean varios interrogantes en cuanto a su aplicación práctica, como podría citarse:

- El supuesto de un bien ganancial titularidad de ambos cónyuges, afectado a vivienda, quienes luego de la disolución del matrimonio, deciden trasladar el beneficio, cada uno a su propia vivienda.
- O para el hipotético caso, que uno de los ex cónyuges adquiera la totalidad de la vivienda, luego de la disolución del matrimonio. Podría ese beneficio ser mantenido? Debería desafectarse la proporción del cónyuge no adjudicatario y volver a afectar a vivienda por la referida proporción? ¿Se vería acrecentado ese beneficio si se diera una situación semejante? En ese caso, como debería rogarse e inscribirse teniendo en cuenta que nuestro registro no permite la desafectación parcial.
- Supuesto de una vivienda de titularidad de uno de las cónyuges, afectada a vivienda, decidiendo trasladar el beneficio a otro inmueble, el que será adquirido con titularidad conjunta de ambos.
- ¿Cómo debería realizarse la rogación y registración en el supuesto que un el bien al que se traslada el

beneficio se encuentre embargado, hipotecado, o sea objeto de otra medida cautelar o restricción, teniendo en cuenta que los acreedores podrían incoar acciones tendientes a la declaración de ineficacia del sustitución del beneficio con efectos retroactivos?

Estos y otros supuestos, como mencionamos anteriormente, carecen de normativa registral. Adelantamos nuestro parecer, en el sentido que consideramos viable la toma de razón de estos documentos, ya sea que exista una medida cautelar o gravamen vigente que recaer sobre el nuevo inmueble, o que se produzca el cambio de titularidad en el mismo. El criterio optado por el Registro, es un criterio amplio y protectorio de la vivienda, no permitir la inscripción de estos documentos, implicaría el desamparo de uno o de ambos cónyuges y de los demás integrantes del grupo familiar –beneficiarios-, ya que la protección que originariamente, recaía sobre una vivienda, que en virtud de la disolución de la unión matrimonial, se traslada a dos viviendas familiares, o esa misma protección que recaía sobre la vivienda titularidad de uno de los cónyuges, seguirá existiendo, con la particularidad que solo habrá un cambio en la titularidad, sin dejar de existir el grupo familiar beneficiado y la necesidad de esos efectos protectorios.

La toma de razón de estos documentos mal podría implicar que se perjudique los derechos de posibles acreedores, que en definitiva podrán hacer valer sus pretensiones y prioridades en el ámbito jurisdiccional.

Conclusión

A poco más de un mes que se cumplan cinco años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, desde el punto de vista registral nos hemos encontrado con innumerables situaciones objeto de registración, que se plantean como de dudosa resolución y sobre las cuales no existe aún suficiente tratamiento doctrinario ni jurisprudencial que permita arribar a soluciones que den cuenta de la postura amplia y armonizadora, que respecto del tema en estudio ha adoptado el RPBA.

En el criterio amplio adoptado por nuestro registro en la toma de razón de los documentos que ingresan para su registración, prima el derecho y la protección de la vivienda. No obstante ello, no dejamos de lado el derecho de los posibles acreedores del afectante, ni desconocemos que el inmueble en cuestión es la prenda común de los mismos. Es por ello que cada caso concreto requiere el análisis de todas estas aristas de derecho común.

En virtud de todo lo expuesto consideramos conveniente el dictado de una normativa registral que fije criterios para la toma de razón y que regule entre

otros, los supuestos ut supra mencionados que ingresan al organismo con mayor regularidad. Por ser todos ellos resultado de diversas interpretaciones de la norma en estudio, que como ya se ha dicho presenta, a criterio de prestigiosos juristas y numerosos registradores de todas las provincias, vacíos legislativos.

BIBLIOGRAFÍA

1. "Afectación de la vivienda – Art.244 CCC".Gabriel B. Ventura. ACADERC. Doctrina. (Publicado 6 de marzo de 2017).
2. "Código Civil y Comercial comentado Tratado exegético." Jorge Horacio Alterini. La Ley 2015.-
3. "Código Civil y Comercial. Comentado Anotado y Concordado". Eduardo Gabriel Clusellas. Buenos Aires 2015.-
4. "Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial" Autor: Herrero de Pratesi, María Cecilia / Revista: 924 (abr - jun 2016) / Fecha de publicación: 8 noviembre, 2016 Sección: 3-Doctrina .
5. "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado comparado y concordado".- Alberto J. Bueres. 2015.
6. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero". Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. 2015. SAIJ.-
7. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I." Julio Cesar Rivera. Graciela Medina.La Ley 2015.
8. "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo I. Ed. Rubinzal- Culzoni. Editores.-
9. "Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación0. real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación" Autor: SZMUCH - Mario Gabriel / Revista: 917 (jul - sep 2014) / Fecha de publicación: 4 febrero, 2015 Sección: 3-Doctrina / / Temas: Régimen de vivienda (bien de familia) Revista del Notariado.
10. "LII REUNIÓN NACIONAL DE DIRECTORES DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE". La Plata, 18 al 21 de agosto de 2015 TEMA I VIVIENDA, Arts. 244 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.-
11. "Curso de Técnica Notarial- Modulo 7 Unión Convivencial y Vivienda". Universidad Notarial Argentina. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.-2016.
12. "Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución". Juana Beatriz Mazzei. EL DERECHO – 2017
13. "El Estudio de la vivienda Única: desde el punto de vista del Derecho de las Obligaciones y de los Derechos Reales". Carlos Alberto Fossaceca (h) y Fátima López Poletti.- Pensamiento Civil - 2017.
14. "Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial". Herrero de Pratesi, María Cecilia. Revista 924 (2016) Revista del Notariado.
15. "Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial". Juan Carlos Pandiella Molina- Pensamiento Civil.
16. "Subrogación de vivienda, Interpretación del régimen en el contexto jurídico" Zavala, Gastón A. Thomson Reuters. 12/10/2018.- AR/DOC/1590/2018.