

Título: Hipoteca, bien de familia y viviendas protegidas por la inembargabilidad establecida por ley 22.232

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2010 (diciembre), 01/12/2010, 8

Cita: TR LALEY AR/DOC/7586/2010

Sumario: SUMARIO: 1. Introducción objetivos y límites de nuestro estudio. 2. Constitución de una hipoteca sobre inmueble afectado a bien de familia. 3. La desafectación del bien de familia a los fines de constituir una hipoteca y la nueva afectación como bien de familia. Beneficiarios. 4. Hipotecas e inembargabilidad de la ley 22.232. 5. Duración de la Inejecutabilidad establecida por la ley 22.232. Supuesto de cancelación de la hipoteca celebrada a favor del Banco Hipotecario y constitución de una nueva hipoteca a favor de un tercero. 6. Necesidad del asentimiento conyugal para desafectar expresamente un inmueble a la protección dada por la ley 22.232. 7. Conclusiones.

"Los conflictos que se originan entre los derechos de los acreedores hipotecarios y los derechos de los beneficiarios del bien de familia, no admiten una respuesta única, así aunque la protección de la vivienda familiar aparece como preferente, ello solo ocurre cuando se dan las condiciones de vigencia de las normas que la instituyen, las que no pueden ser ejercida abusivamente, ni en contra de los propios actos."

1. Introducción objetivos y límites de nuestro estudio

Tanto el bien de familia, como la hipoteca constituyen derechos que se encuentran reconocidos dentro del corpus iuris internacional de los derechos humanos. El primero responde al imperativo de dar protección a la vivienda (1) que está enraizado con el derecho a la familia, mientras que el segundo (2) se vincula con el derecho de propiedad y con los ideales liberales imprescindibles para el desarrollo de los pueblos y de los individuos.

Estos dos institutos buscan salvaguardar intereses que se presentan como contrapuestos, mientras que el régimen del bien de familia intenta proteger a la vivienda familiar de la agresión de los acreedores, el derecho real de hipoteca constituye una garantía para que los acreedores puedan efectivizar su crédito sobre un inmueble en particular, que puede constituir la vivienda de una familia.

Necesariamente entre ellos se van a presentar pugnas, ya que los acreedores buscaran efectivizar su acreencia sobre una vivienda que una familia tratará de preservar.

Nuestro estudio tiene como fin plantear las hipótesis de conflicto entre vivienda familiar protegida por el régimen de bien de familia o de la ley 22.232 (Adla, XL-B, 1060) (3) y el derecho hipotecario. Al hacerlo tendremos en cuenta fundamentalmente las hipótesis que se han presentado ante nuestros tribunales y las soluciones que estos han dado, sobre todo aquellas que constituyen doctrina judicial. Buscamos de este modo presentar un trabajo que resulte práctico tanto a quienes deben acudir a los tribunales en busca de soluciones como a quienes tienen que brindarlas, así como también a escribanos y registradores.

2. Constitución de una hipoteca sobre inmueble afectado a bien de familia

El primer tema que nos proponemos abordar es el de la constitución de una hipoteca sobre un inmueble, constituido en bien de familia.

En algunos regímenes protectorios de la vivienda familiar es imposible la constitución de gravámenes sobre la vivienda familiar. En nuestro sistema ello es posible porque el legislador ha considerado que si la afectación al régimen de bien de familia significase no solo su inalienabilidad sino también la imposibilidad de darlo en garantía de los préstamos, desaparecería del patrimonio del deudor un elemento útil y necesario para la financiación de las urgencias patrimoniales del grupo familiar. Por ello la ley autoriza la constitución de gravámenes y permite el embargo y la ejecución del bien de familia por esas obligaciones. (4)

2.1. La norma

La cuestión de la constitución de una hipoteca sobre un inmueble sometido al régimen del bien de familia esta expresamente contemplada en el artículo 37 de la ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237) que dice:

Artículo 37. - El "bien de familia" no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare o fuese incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediere causa grave o manifiesta utilidad para la familia.

2.2. Interrogantes que plantea la norma

El primer interrogante que plantea la norma es si el inmueble inscripto como bien de familia debe ser desafectado por su titular para ser gravado con hipoteca.

Cabe señalar que para enajenar el bien es indiscutible que se requiere la desafectación del inmueble al régimen tuitivo.

De la respuesta dada a este primer interrogante dependerá la validez a dar a la garantía hipotecaria que se hubiere realizado con el asentimiento conyugal pero sin desafectación del inmueble al régimen del bien de familia, ya que si la desafectación del inmueble fuera necesaria para grabarlo y no se hubiere desafectado, el derecho real de garantía carecería de eficacia, mientras que si la desafectación fuera innecesaria la garantía sería válida.

La segunda cuestión interpretativa que plantea el artículo 37 de la ley 14.394 es la subsistencia del régimen de inmunidad, después de constituida la hipoteca con asentimiento conyugal respecto de las demás obligaciones que contraídas antes o que hayan continuado contrayendo los accionados.

La tercera pregunta que suscita la disposición es el saldo del precio una vez ejecutada la hipoteca y la posibilidad de agresión por los acreedores a los cuales les era oponible el bien de familia.

A continuación nos abocaremos al tratamiento de estos tres interrogantes.

2.3. Desafectación del inmueble como bien de familia y constitución de hipoteca con acuerdo conyugal

Consideramos que resulta innecesaria la desafectación del inmueble al régimen de bien de familia para constituir una hipoteca sobre éste si el propietario cuenta con el asentimiento de su cónyuge, bastando con que se haga constar la conformidad del esposo en la escritura hipotecaria en los términos del art. 37 de la ley 14.394.

En este sentido entendemos que para constituir un gravamen sobre el bien protegido por el sistema de la ley 14.394, basta con el asentimiento conyugal que debe ser manifestado por el consorte del titular dominial en forma expresa, siendo insuficiente tanto el asentimiento general anticipado para cualquier tipo de acto de disposición, como el asentimiento específico para cualquier acto de disposición de ese inmueble en particular.

Al respecto Gustavino expresa que el consentimiento ha de ser expreso y vinculado específicamente al gravamen en cuestión. Es ineficaz un consentimiento manifestado de antemano en forma genérica y ambigua, para cualquier gravamen que en futuro desease constituir el propietario; esa conformidad general y anticipada no valdría por el interés familiar y equivaldría a convalidar una abdicación de facultades irrenunciables. [\(5\)](#)

Podría sostenerse lo contrario argumentando que si el cónyuge puede dar mandato a su consorte para que disponga de sus propios bienes, no se ve por qué no podría autorizarlo genéricamente para gravar un inmueble sometido al régimen del bien de familia. Sin embargo el espíritu de esta norma es requerir la conformidad con los actos de disposición respecto de cada negocio en particular, instando a que los cónyuges actúen en conjunto, finalidad ésta que en modo alguno se cumpliría si se permitiese la autorización general anticipada para gravar el bien de familia. [\(6\)](#)

Cabe poner de relieve que la conformidad para constituir el gravamen es a título de asentimiento y no de consentimiento, porque el hecho de que el propietario haya constituido un bien de familia, no hace a su cónyuge cotitular de dominio.

En definitiva consideramos que, cuando se cuenta con el asentimiento del consorte no es necesaria la previa desafectación del bien de familia a los fines de constituir una hipoteca sobre el mismo. [\(7\)](#) Esta diferencia con la enajenación tiene un fundamento lógico: mientras que ella trae como consecuencia la reincorporación del bien a la garantía común de los acreedores del propietario, el nacimiento del gravamen únicamente opera ese efecto en relación al acreedor hipotecario. Sólo éste podrá embargarlo y ejecutarlo, mientras que los demás acreedores por dudas posteriores a la afectación seguirán privados de ejercer tales derechos. [\(8\)](#)

En fin, y para terminar con este punto, sólo nos queda recordar, con Elías Guastavino, [\(9\)](#) que "...los gravámenes constituidos contractualmente por el propietario después de haber inscripto el bien de familia también son aptos para determinar su ejecución, sorteando la inmunidad, cuando se han cumplido los recaudos del art. 37 de la ley (esto es, agregamos nosotros, cuando el gravamen ha sido dispuesto con la conformidad del cónyuge). [\(10\)](#)

2.4. La jurisprudencia

En algunas ejecuciones hipotecarias el titular del dominio y su cónyuge han planteado como excepción a la ejecución hipotecaria la falta de desafectación del inmueble hipotecado.

La respuesta a esta defensa ha sido contundente en la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H [\(11\)](#) juzgó que "quien ha dado un inmueble en hipoteca en seguridad de un crédito en dinero, lo ha hecho para que quien resulte acreedor del mismo en caso de incumplimiento del primero se cobre sobre dicho bien inmueble (art. 34 inc. 4º, Cód. Procesal)"

En ese precedente, los cónyuges de común acuerdo habían decidido gravar con hipoteca el inmueble afectado al régimen de bien de familia, y expresamente dejaron constancia de ello en el mutuo hipotecario.

Después no cumplieron con el pago del préstamo, circunstancia que originó la ejecución y consiguiente embargo del bien por parte del acreedor. Ante ella los deudores opusieron la inejecutabilidad del bien de familia, porque la falta de desafectación previa al gravamen. Los magistrados de la Sala H resolvieron que en la materia debe imperar la buena fe contractual, en virtud de la cual los celebrantes del contrato deben actuar con plena conciencia y conforme a derecho, un proceder honesto y razonable. En este sentido, juzgaron que no puede el ejecutado pretender que al momento de obtener el crédito en dinero resultaba posible gravar el bien inmueble objeto de la garantía real no obstante que se encontraba bajo los efectos de la ley 14.394 y luego, cuando corresponde cumplir con las obligaciones contraídas revertir la postura y sostener lo contrario en detrimento de la parte que de buena fe concedió el préstamo solicitado. [\(12\)](#)

Por su parte los miembros de la sala L de la Cámara Nacional Civil determinaron que "el art. 37 permite gravar el inmueble con la conformidad del cónyuge del propietario cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia, pero en tal supuesto no rige la inejecutabilidad del bien (art. 38), la solución legislativa no es más que el criterio de buena fe que debe regir los negocios jurídicos y del que deriva que no resulta serio que el titular del dominio de un inmueble afectado a bien de familia lo ofrezca en garantía de su deuda con conocimiento de que se encuentra excluido de la prenda común de los acreedores"[\(13\)](#)

En sentido similar la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata resolvió que "La actitud de los cónyuges al dar sendos consentimientos para que el bien de familia sea susceptible de ser hipotecado, no encuentra valladar en norma alguna no vulnerando el orden público toda vez que no es necesaria su desafectación a tal fin (art. 49 inc. a, ley 14.394)."[\(14\)](#)

En posición ejemplificadora la Sala G de la Cámara Nacional Civil de la Capital resolvió que este tipo de planteo carecen completamente de razonabilidad y sólo busca obstaculizar el lanzamiento e impedir la continuación del trámite normal del cumplimiento de la sentencia de trance y remate, lo que constituye una conducta dilatoria que sanciona el art. 594 del Cód. Procesal. Razones que convencieron al Tribunal de imponer una multa en ambas instancias, a la demandada y a su letrado patrocinante en conjunto y solidariamente, por aplicación de la solución que en lo general impone el art. 45 del mismo Código y de acuerdo con el parámetro que establece el art. 551, también de ese cuerpo legal."[\(15\)](#)

3. La desafectación del bien de familia a los fines de constituir una hipoteca y la nueva afectación como bien de familia. Beneficiarios

3.1. El supuesto fáctico

El supuesto que analizaremos a continuación se produce cuando los cónyuges en lugar de hipotecar el bien de familia dejando constar el común acuerdo en la escritura, optan por desafectarlo como bien de familia a los fines de grabarlo y luego de realizada la hipoteca, lo inscriben nuevamente como bien de familia.

Cabe preguntarse cual es el efecto que la desafectación tiene para los acreedores anteriores a la constitución de la hipoteca y a la desafectación.

3.2. Las posibles interpretaciones

La situación planteada da lugar a dos interpretaciones; la primera parte de sostener que la segunda afectación de un inmueble al régimen de bien de familia, efectuada con posterioridad a la celebración de un mutuo hipotecario, es inoponible a quienes contrataron durante la vigencia de la primera anotación registral. En este sentido se considera que la posterior desafectación del bien deja sin efecto la inoponibilidad. Esta postura se funda en que si el titular del bien de familia abandona la protección del bien de familia, no puede revivirla luego por otra afectación, la que solo prevé protección a partir de la anotación registral.

La segunda respuesta por el contrario, parte de entender que el artículo 37 de la Ley N° 14.394, no prevé que una familia pierda retroactivamente la protección del bien de familia al constituir un gravamen sobre el bien. Entonces, los acreedores anteriores a la constitución desafectación, que no consideraron al inmueble al evaluar la solvencia del deudor y la garantía de su crédito, no pueden ver beneficiados con la desafectación temporal al solo efecto de constituir la hipoteca, cuando el predio se afectó nuevamente al régimen protectorio.

3.3. La jurisprudencia

La cuestión planteada dio lugar al precedente "Perini" que fue resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y luego revocado por la Corte Suprema de Jurisprudencia de la Nación. [\(16\)](#)

Los hechos del caso eran los siguientes:

El 27 de julio de 1995 Sr. Eduardo Perini y su cónyuge inscriben el inmueble como bien de familia

El 31 de Julio del 2001 Perini contrae un préstamo con el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sin garantía real, para disminuir su descubierto bancario, mientras el inmueble donde residía y del que era

propietario en un 50% se encontraba afectado al régimen de bien de familia.

El 31 de Julio del 2001 Perini y su cónyuge desafectan el bien inmueble para constituir una garantía real a favor del Banco Hipotecario S.A., y luego el 11 de septiembre del 2001 nuevamente, inscriben la casa habitación como bien de familia.

Después de la afectación Perini, cae en quiebra, aunque el crédito hipotecario no se encontraba en mora.

El síndico de la quiebra solicitó la desafectación del 50% del bien de familia, para poder ejecutar el crédito del Banco Provincia constituido cuando el bien se encontraba sometido al régimen del bien de familia.

El juez de primera instancia hizo lugar a la desafectación solicitada por la sindicatura.

3.3.1. Resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 12/06/2007, en el caso Perini [\(17\)](#)

La Cámara confirmó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, dispuso la desafectación del inmueble de propiedad del fallido, del régimen de bien de familia. Para así decidir, el tribunal valoró que si bien a la fecha en la que el Banco de la Nación Argentina otorgó el préstamo a favor del fallido, el inmueble se encontraba afectado como bien de familia, dicha protección fue levantada para constituir una garantía real a favor del Banco Hipotecario S.A., y luego, nuevamente, fue inscrita. En dicho contexto, la Cámara sostuvo que el inmueble pasó a ser prenda común de la totalidad de los acreedores.

El Tribunal entendió en este punto que el art. 37 de la ley 14.394 permite que el bien afectado a ese régimen pueda ser gravado con la conformidad del cónyuge, no resultando para ello necesaria la desafectación del bien. Así, si la intención del deudor y su esposa era solamente constituir la hipoteca a favor del Banco Hipotecario SA, bien pudieron inscribir dicho gravamen con los recaudos que la misma ley establece. Sin embargo, los recurrentes no hicieron uso de tal facultad, sino que, como ya se indicara anteriormente, prefirieron desafectar el inmueble con las consecuencias que ello trajo aparejado.

En este contexto, con la desafectación del bien, éste pasó a ser prenda de los acreedores como el resto del patrimonio del fallido, tanto de aquellos que ostentaran título posterior a dicha desafectación, como anterior, aun cuando al contratar con el fallido no hayan podido tomar en consideración el inmueble como garantía de sus obligaciones.

Tal efecto continuó hasta la nueva afectación como bien de familia, siendo oponible sólo desde la fecha de registración de ésta (art. 35 ley 14.394), y no con anterioridad, ya que no existe disposición alguna que establezca un efecto retroactivo a esa inscripción. Véase que, de otro lado, no resulta lógico otorgarle efectos de ultra actividad a la primera afectación, pues ésta fue levantada por el fallido, y transcurrió un plazo que, aunque breve, fue suficiente para ser considerado por los acreedores como garantía de sus obligaciones, hasta la segunda afectación.

Así las cosas, la segunda afectación del bien —en tanto fue posterior a la celebración del mutuo—, es inoponible a la entidad que otorgó dicho préstamo, toda vez que aun cuando ese acreedor contrató con el fallido durante la vigencia de la primera anotación registral, la posterior desafectación alteró esa situación excepcional sin que la nueva afectación restableciera la protección a la que había renunciado el deudor. Es decir, que si el accionado abandonó la protección del llamado "bien de familia", no puede revivirla luego por otra afectación que solo provee protección a partir de la formal anotación en el registro de la propiedad inmueble.

3.3.2. Resolución de la Corte Suprema Nacional en el caso "Perini" [\(18\)](#)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que ante la ausencia de una disposición expresa sobre si la protección del bien de familia se mantiene o se pierde en virtud de una desafectación temporaria —no definitiva— para constituir una garantía real, debió efectuarse una interpretación que atienda la importancia de los valores en juego (protección de la familia y bien de familia), y el fin tuitivo perseguido por la Ley N° 14.394. Sobre el particular, destaca que el derecho a la protección de la familia fue reconocido en diversos tratados internacionales, y en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que consagró la defensa del bien de familia como un derecho fundamental.

De esa manera, los miembros del mas Alto Tribunal de la Nación siguiendo el dictamen de la Procuración General, afirmaron que la interpretación de la Sala A de la Cámara Nacional de Comercio, que la desafectación de fecha 31 de julio de 2001 implicó que el bien pasó a ser garantía común de todos los acreedores, incluso los posteriores a la primera inscripción realizada en el año 1995, no constituye una interpretación razonada de los derechos constitucionales involucrados en el caso, sin que una solución contraria implique, a su entender, vulnerar los derechos de los acreedores, dado que éstos no consideraron al inmueble al evaluar la solvencia del deudor y la garantía de su crédito.

A su vez, la Procuración de la Corte en el dictamen que la Corte hace suyo, considera que, contrariamente a lo expuesto por la Sala A de la Cámara Comercial que, el artículo 37 de la Ley N° 14.394, no prevé que una familia pierda retroactivamente la protección del bien de familia al constituir un gravamen sobre el bien. Entonces, lo relativo a su instrumentación configura una cuestión puramente formal, que no puede conducir a una solución que viole derechos con amparo constitucional.

Desde otro lado, manifiesta que el artículo 38 de la Ley N° 14.394 establece que la protección del bien de familia rige en caso de concurso o quiebra, por lo que la interpretación realizada por la Cámara, según la cual la existencia de un solo acreedor anterior a la afectación del bien de familia, conduce a la pérdida de la protección prevista en la Ley citada, torna inoperante el citado artículo 38 y contradice su espíritu y su fin tuitivo (invoca doctrina de Fallos 330:1377). Afirma que la protección de los acreedores de la quiebra de modo alguno puede socavar garantías de superior jerarquía —defensa del bien de familia, art. 14 bis, C.N.—.

En esa inteligencia, la Corte Suprema de Justicia Nacional, resuelve que el síndico no se encuentra legitimado para solicitar la desafectación, con fundamento jurídico en el mencionado artículo 38, y aclara que sólo cede dicha tutela legal, de base constitucional, frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación, no resultando válido lo manifestado por la Cámara en orden a la aplicación del principio de la *pars conditio creditorum*, toda vez que el régimen del bien de familia, en el marco mencionado, constituye una excepción.

Por último, y en el contexto legal referido, el Máximo Tribunal sostiene, que una vez ejecutado el bien, ante la existencia de un acreedor anterior a la afectación como bien de familia, los fondos remanentes, gozan de la protección del régimen del bien de familia y no están sujetos al desapoderamiento. (19)

3.3.3. Nuestra opinión

Coincidimos totalmente con lo resuelto por la C.S.J.N. en el caso Perini, al igual que lo hace Solari al comentar el fallo, (20) a los argumentos expuestos agregamos que una interpretación que atienda a los fines tuitivos que gobiernan la institución del bien de familia, impone mantener el bien al margen del desapoderamiento, admitiendo su ejecutabilidad sólo para satisfacer los créditos de fecha anterior a su constitución y únicamente en la medida de esos créditos. De manera que un eventual remanente no podrá mejorar la garantía con que contaron los acreedores posteriores a la inscripción

Así lo ha resuelto la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al señalar que el producido de la subasta de un inmueble del fallido afectado al régimen de bien de familia sólo podrá ser destinado a solventar el crédito ejecutable y de existir un remanente, éste deberá quedar a disponibilidad de los titulares del bien, ya que su afectación subsiste erga omnes, situación que no se altera por la falencia (conf. art. 38, primera parte, ley 14.394).

4. Hipotecas e inembargabilidad de la ley 22.232

4.1. La norma

El art. 35 de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional (ley 22.232) dispone: "No podrá trabarse embargo sobre los inmuebles gravados a favor del banco por préstamos otorgados para única vivienda propia, hasta los montos que determine la reglamentación que dicte el Banco mientras éstas mantengan su categoría originaria y aquellos conserven tal destino y no podrán ser ejecutados ni constituirse sobre ellos otros derechos reales a excepción de los que se constituyan con motivo de créditos provenientes de su construcción, adquisición, ampliación, reforma, refacción o conservación. Los registros de la Propiedad tomarán nota de dichas circunstancias al margen de la anotación de dominio".

Art. 38. "Sin perjuicio de lo determinado en el art. 35 respecto de la inembargabilidad de la única vivienda propia, en todos los casos, si el bien gravado fuere objeto de acción judicial, el banco gozará del derecho de preferencia para realizar la subasta. La sentencia en los juicios ejecutivos y el auto que manda llevar adelante la ejecución en los demás casos serán notificados mediante cédula al presidente del Banco en el domicilio de su casa central...".

4.2. Efectos de la cláusula de inembargabilidad de la ley 22.232 (21)

La inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles gravados en favor del Banco Hipotecario Nacional, por créditos otorgados para vivienda propia, no sólo tutela a la entidad otorgante del préstamo sino también al propio adquirente de la vivienda por razones de interés general. (Fallos: 249:183; 256:572; 295:608; 305:449; 315:129). (22)

Lo antedicho constituye doctrina judicial de la Corte Suprema de justicia de la Nación que ha juzgado que las condiciones de inembargabilidad e inejecutabilidad subsisten aún con posterioridad a la cancelación del

gravamen hipotecario, mientras se mantengan las condiciones establecidas en la norma legal citada. (23)

El criterio marcado por el más Alto Tribunal de la Nación ha sido seguido por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (24) al resolver que "la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional se mantiene luego de cancelado el crédito del Banco, criterio que se ajusta al objetivo social y a la naturaleza de orden público que tiene las normas legales que consagran aquel carácter. Asimismo, esta hermenéutica concuerda con las funciones de fomento de la vivienda familiar atribuidas a la función del Banco y con el espíritu de normas análogas —como las que regulan el llamado bien de familia— que encuentran sustento constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna nacional, sostener que el beneficio de la inembargabilidad se extingue juntamente con el pago total de la deuda, importaría aceptar que ha sido instituido en el solo interés del Banco, pese a que éste está suficientemente asegurado por el crédito hipotecario"

En idéntico sentido la Suprema Corte de Buenos Aires ha decidido que la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia adquiridos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional —ley 22.232—, se mantiene luego de cancelado el crédito del Banco, porque —entre otros fundamentos— ello se corresponde "con el espíritu de normas análogas, como las que regulan el llamado "bien de familia" y tienen sustento constitucional en el art. 14 nuevo de la Ley Suprema. (25)

En igual postura se adscribe la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. (26) El art. 35 de la ley 22.232 es una disposición de orden público que responde a un claro objetivo social y de interés general por el cual se ha reconocido la inembargabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional. Los beneficios de inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y adquiridos o construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional, se mantienen con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario, siempre que subsistan las condiciones que permitieron su otorgamiento.

De lo sostenido por el máximo Tribunal Federal y por las Cortes Santafecina, Mendocina y Bonaerense se desprende claramente que "el beneficio de la inembargabilidad e inejecutabilidad subsiste aún cuando el titular del inmueble haya cancelado el crédito hipotecario que diera origen al beneficio del art. 34 de la ley 22.232"(27)

En definitiva la exclusión del desapoderamiento no admite restricciones temporales, indicándose que la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y constituidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional subsisten aún con posterioridad a la cancelación del gravamen, e incluso —en supuestos de quiebra del deudor— a pesar de que el crédito de la entidad bancaria haya sido declarado inadmisibles"(28)

5. Duración de la Inejecutabilidad establecida por la ley 22.232. Supuesto de cancelación de la hipoteca celebrada a favor del Banco Hipotecario y constitución de una nueva hipoteca a favor de un tercero.

En el párrafo anterior hemos descripto que nuestros tribunales juzgan que i) el privilegio establecido por la ley 22.232 para las viviendas únicas, construidas con fondos del Banco Hipotecario, puede ser invocado no sólo por el Banco Hipotecario, sino también por el deudor hipotecario y que: ii) este privilegio se mantiene aún después de pagado el préstamo hipotecario. (29)

En este ítem vamos a tratar el tema de si es posible la finalización de la protección otorgada por la ley 22.232, por voluntad del beneficiario; es decir si el titular del inmueble, una vez cancelado el crédito con el Banco hipotecario puede renunciar a la protección dada por la ley y constituir una nueva hipoteca, o si por el contrario por ser la norma legal de orden público, no puede ser renunciada libremente por el beneficiario.

La cuestión ha sido sometida a la decisión de los tribunales, que han debido juzgar cual es la validez a dar a una hipoteca constituida libremente sobre un inmueble donde radica una vivienda única que fuere construida con fondos provenientes de un préstamo —ya cancelado— otorgado por el Banco Hipotecario Nacional.

La solución dada por la Cámaras y por las cortes estadales no ha sido uniforme. Se han dado dos soluciones diferentes, a saber.

5.1. Inadmisibilidad la renuncia del beneficiario al privilegio de inejecutabilidad establecido por la ley 22.232, mediante la constitución de una hipoteca sobre el inmueble sede de la vivienda única, después de la cancelación de la deuda con el Banco Hipotecario. Invalidez de la hipoteca.

Esta fue la posición adoptada por la Corte de la Provincia de Santa Fe en el caso Vicini donde el Tribunal sostuvo que el beneficio de la inembargabilidad de las viviendas construidas con préstamos del Banco Hipotecario Nacional y destinadas a vivienda propia no se extingue al cancelarse la totalidad de la deuda. Una solución distinta importaría aceptar que el régimen de protección instituido por la ley 22.232 lo ha sido en el sólo interés de la citada entidad, con olvido de su finalidad de fomento de la vivienda familiar que se sustenta en

el art. 14 bis de la Constitución Nacional. [\(30\)](#)

El comentador del fallo, Doctor Vázquez Ferrerira sostiene que la decisión implica que para la Corte de Santa Fe la desafectación al régimen de la Ley 22.232 no puede ser tácita (a través de la constitución de una escritura hipotecaria). [\(31\)](#)

5.2. Admisibilidad de que el beneficiario renuncia al privilegio de inejecutabilidad establecido por la ley 22.232, mediante la constitución de una hipoteca sobre el inmueble sede de la vivienda única, después de la cancelación de la deuda con el Banco Hipotecario. Validez de la hipoteca.

En posición contraria se ubica las salas F y H de la Cámara Nacional Civil de la Capital.

La sala F de la Cámara Nacional Civil resolvió que: "El fin tuitivo del art. 35 de la ley del Banco Hipotecario Nacional 22.232, modificado por el art. 34 de la ley 24.143 —inembargabilidad de los bienes adquiridos mediante un crédito de tal banco— concuerda con el espíritu de las normas que regulan el bien de familia. En consecuencia, si el propietario de un inmueble sujeto a ese régimen constituyó una hipoteca en forma voluntaria, renunció al beneficio que tuitivamente le otorga la citada ley".

El mismo tribunal señaló que no puede soslayarse que el art. 37 y sptes. de la ley 14.394 permite gravar el inmueble. Con lo cual, si el propietario constituyó una hipoteca en forma voluntaria, ello importa renunciar al beneficio que en forma tuitiva le otorgan las normas legales antes citadas.

Ello así por cuanto mantener en ese supuesto la inembargabilidad del bien, importaría admitir a favor del deudor el uso abusivo de un derecho. Se advierte que el ejecutado ha tomado un préstamo, garantizó su devolución con el inmueble adquirido mediante un crédito otorgado por el Banco Hipotecario Nacional, y frente al incumplimiento recurre a las referidas normas tuitivas para eludir cumplir con su obligación y que se ejecute su bien. Parece no haber recordado esta circunstancia en oportunidad de recibir el préstamo y ofrecer el inmueble como garantía.

En igual línea de pensamiento se ubica la Sala H que ha resuelto que si El demandado que en forma voluntaria y libre firmó un mutuo hipotecario no puede luego alegar la inembargabilidad del inmueble con fundamento en que se trata de un bien adquirido con un crédito del Banco Hipotecario Nacional, pues al momento de constituir la garantía —en el caso, la hipoteca del banco había sido cancelada— no podía desconocer las consecuencias que asumía ante la falta de pago. Pues de otro modo se crearía una cláusula de inembargabilidad perpetua en el tiempo. [\(32\)](#)

En sentido similar, pero con una análisis mas acabado de la cuestión se expidió la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en dos precedentes en los que se discutía la ejecutabilidad de una hipoteca de primer grado, constituida después de la cancelación de la primera hipoteca, habiendo informado el Registro que sobre el inmueble no recaen gravámenes. [\(33\)](#)

En el último de los casos citados, precedente "Marianella López", la vocal preopinante —Dra. Kemelmajer de Carlucci— se preguntaba: ¿Cuál es la respuesta normativamente correcta cuando se ha cancelado registralmente la hipoteca y la cláusula de inembargabilidad, y a estas constancias registrales siguió otro acto voluntario del deudor beneficiado, cual es constituir una hipoteca en primer grado? ¿Debe estimarse que el consentimiento del deudor para la constitución de la hipoteca implica renuncia tácita, normativamente válida, al régimen de inembargabilidad e inejecutabilidad?

Al responder a estos interrogantes la magistrada señalaba que "La ejecutabilidad del inmueble hipotecado en primer grado, que presupone admitir que el deudor ha prestado válidamente conformidad tácita para la desafectación, presenta los siguientes aspectos positivos: protege la seguridad jurídica dinámica, es decir, la del tráfico, y el derecho de propiedad del acreedor que prestó dinero y tuvo la diligencia de pedir una garantía. Sin embargo, tiene un efecto negativo: permite a un tercero, independientemente de su situación económico social, acceder a través de la subasta judicial a una vivienda que el Estado quiso reservar a personas que se encuentran en una posición de debilidad."

"La inejecutabilidad protege la vivienda, pero conlleva los siguientes efectos negativos: afecta la seguridad jurídica dinámica y el derecho de propiedad del acreedor; convertiría el inmueble en una cosa relativamente fuera del comercio, pues si la segunda hipoteca es nula (como lo pretende la recurrente en esta causa), no habría razones para sostener la validez de una venta realizada por el propietario, aunque esa enajenación se haya producido después de cancelada la hipoteca del Banco Hipotecario Nacional, si no contó con el acuerdo de la entidad financiera."

En el precedente analizado con apoyo en una interpretación gramatical del art. 35 de la ley 22.232 donde dice "no podrán constituirse sobre ellos otros derechos reales" la recurrente sostuvo que la hipoteca constituida por es nula, pues la prohibición legal responde a razones de orden público.

El Tribunal juzgó que la tesis de la recurrente supone convertir el inmueble, aún después de cancelada la hipoteca a favor del Banco Hipotecario, en un bien prácticamente fuera del comercio, que perjudica la seguridad dinámica, la seguridad del tráfico de quien ha dado crédito sobre la base de constancias registrales de cancelación.

Con claridad los magistrados de la Corte Cuya pusieron de relieve que una cosa es que el régimen protectorio viva con independencia de su registración aún después de haber sido cancelada la hipoteca a favor del banco; hasta aquí, el beneficiario no ha tenido intervención alguna y debe ser protegido contra los acreedores que pretenden embargar. Otra muy distinta es que esa inejecutabilidad se pretenda sine die contra un acreedor cuyo crédito está esencialmente unido a un acto del deudor que ofrece ese bien en garantía.

6. Necesidad del asentimiento conyugal para desafectar expresamente un inmueble a la protección dada por la ley 22.232.

Por último vamos a analizar si la desafectación expresa de un inmueble a la protección dada por la ley 22.232 requiere del asentimiento conyugal.

La respuesta afirmativa parece indubitable ya que la desafectación de un inmueble a la garantía de inejecutabilidad e inembargabilidad otorgado por la ley 22.232 es un acto de disposición sobre un bien registrable que de acuerdo al artículo 1277 del Código civil requiere del asentimiento conyugal.

En efecto, el art. 1277 Cód. Civ. establece que los actos de disposición sobre un bien ganancial cuyo registro ha impuesto la ley en forma obligatoria requiere del asentimiento del cónyuge del titular del bien. Ello implica que esa formalidad es requerida para el levantamiento de la inembargabilidad del inmueble con crédito hipotecario de fomento de la vivienda única (ley 22.232), ya que indiscutiblemente la disminución de la garantía constituye un acto que excede la mera administración y necesariamente debe calificarse como acto de disposición.

A esta conclusión se arriba atendiendo no sólo por la naturaleza del acto equiparable a disposición —por tratarse de la renuncia al derecho protectorio de la vivienda— sino porque la mentada norma (art. 14 inc. a ley 14.394) que rige el instituto análogo —la desafectación del bien de familia— exige de esa conformidad expresa. Establece ese dispositivo legal: "Procederá la desafectación del "bien de familia" y la cancelación de su inscripción en el Registro Inmobiliario: a instancia del propietario con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge, o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido" (ley 14.394).

6.1. Consecuencias de la falta de asentimiento conyugal en desafectación del inmueble ganancial a la protección dada por la ley 22.232.

Si el inmueble se desafecta sin el asentimiento del consorte del titular el acto es inoponible al cónyuge cuyo consentimiento se ha preterido (34) y la omisión del asentimiento conyugal puede ser judicialmente suplido porque solo si se verifican las circunstancias que determinan la prescindibilidad del inmueble desde el punto de vista de los intereses familiares.

6.2. Jurisprudencia sobre la necesidad del asentimiento conyugal para desafectar un inmueble de la protección brindada por la ley 22.322

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, (35) ha resuelto que: "Toda vez que el cónyuge titular del inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal mediante un crédito del Banco Hipotecario Nacional para vivienda única, solicitó el levantamiento de la inembargabilidad establecida en el art. 35 de la ley 22.232 sin solicitar el consentimiento del cónyuge no titular, conforme lo exige el art. 1277 del Código Civil, debe concluirse que ese acto de renuncia al derecho protectorio de la vivienda resulta inoponible a este último, siendo tal formalidad exigible en virtud de las normas que rigen el instituto análogo del bien de familia."

Coincidimos plenamente con lo resuelto por el Tribunal porque estimamos que resulta exigible el asentimiento del art. 1277 cuando se procura dejar sin efecto una cláusula de inembargabilidad establecida en tutela de la vivienda al igual que cuando se desafecta el bien de familia de conformidad a lo dispuesto por los arts. 37 y 49 inc. a ley 14.394, aplicables por analogía que exigen la conformidad del cónyuge para gravar o desafectar y cancelar en el Registro Inmobiliario el bien de familia.

7. Conclusiones

Los conflictos que se originan entre los derechos de los acreedores hipotecarios y los derechos de los beneficiarios del bien de familia, no admiten una respuesta única, así aunque la protección de la vivienda familiar aparece como preferente, ello sólo ocurre cuando se dan las condiciones de vigencia de las normas que

la instituyen, las que no pueden ser ejercida abusivamente, ni en contra de los propios actos.

Se debe tener siempre presente que la protección a la vivienda familiar en la legislación Argentina vigente no es absoluta y puede ser dejada de lado, por voluntad libre del titular de la propiedad, con consentimiento del cónyuge cuando se trate de una persona casada.

(1) Los tratados internacionales, con jerarquía constitucional, protegen a toda persona el derecho a tener condiciones de existencia dignas (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7°, inc. a, apartado ii) y a gozar de un nivel de vida adecuado (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párrafo 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, párrafo 1) para su familia; asegurando a ésta la salud, el bienestar (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párrafo 1.), la alimentación, el vestido y la vivienda (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, párrafo 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párrafo 1), la asistencia médica, los servicios sociales necesarios (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párrafo 1), y, en general, una mejora continua de las condiciones de existencia (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, inciso 1°). Específicamente, la protección de la vivienda ha tenido recepción en el marco constitucional. Así, se determina que el Estado debe asegurar a la persona el acceso a la vivienda (Art. 14 bis, CN).

(2) El derecho de propiedad se encuentra reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 Artículo 17 inc 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. inc.2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad; también esta contemplado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.)

(3) Es verdad que el régimen del bien de familia y el de la Ley 22.232 no guardan identidad total desde que, el primero protege a la vivienda mientras que la ley 22.232 tiene un fundamento adicional, cual es que el inmueble ha sido construido con un financiamiento especial, proveniente, en parte, de fondos públicos, presupuesto que puede o no darse en los casos genéricos de viviendas afectadas al régimen del bien de familia. No obstante, no puede olvidarse que en el leading case del 30/12/1986, "Jara-lambides" (LA LEY, 1987-A, 494, JA, 1989-I-790), la Corte Federal sostuvo que "las pautas de la Ley 22.232 deben ser interpretadas con el espíritu de normas análogas, como las que regulan el bien de familia".

(4) Gustavino, Elías, "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia". Segunda edición actualizada. Rubinzal Culzoni Editores. t. II. p. 275.

(5) Gustavino, Elías, "Derecho de Familia Patrimonial. Bien de Familia", segunda edición actualizada. Rubinzal Culzoni Editores, t. II. p. 276.

(6) Peralta Mariscal, Leopoldo L. "Régimen del bien de familia", Legislación Nacional y Provincial. Rubinzal Culzoni Editores. p. 66.

(7) Arean, Beatriz, "Bien de familia", Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 158.

(8) Arean, Beatriz, "Bien de Familia", Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 158.

(9) Guastavino, Elías, "Bien de familia", t. II, N° 464, p. 246.

(10) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de Río Cuarto, 03/09/1996, Banco de Crédito Argentino c. Saliba, Oscar A. y otra, LA LEY C 1997, 542 Cita Online: R/JUR/4420/1996.

(11) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 1997/03/25, S. c. S., LA LEY, 1997-E, 445.

(12) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 1997/03/25, S. c. S., LA LEY, 1997-E, 445.

(13) CNCiv., sala L, causa n° 47.680 del 29/08/1994).

(14) CCivil y Com., sala I, Mar del Plata, Rubio, Isabel G. v. Hraste, Rubén O. y otra. 09/12/1992, JA, 1993-III-134 y ss.

(15) Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 29/04/2002, Chacon, Nora E. c. Vitis, Julio, DJ, 2002-2, 839, LA LEY. 2002-E, 244, AR/JUR/4330/2002.

(16) Perini, Eduardo Orlando s/quiebra - Corte Suprema de Justicia de la Nación

(17) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 12/06/2007, Perini, Eduardo Orlando s/quiebra, La Ley Online; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/8988/2007.

(18) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS, 2009/05/19, Perini, Eduardo Orlando s/quiebra Publicado en: DJ, 07/10/2009, 2819.

(19) La sentencia de la Corte Suprema de la Nación en el caso Perini hace suyo el dictamen de la procuración de la Nación, el que a su vez se funda en la apelación de la Sra. Fiscal General de Cámara, Gil Carbó que evidenció sólidos y suficientes fundamentos para impugnar lo decidido. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS, 2009/05/19, Perini, Eduardo Orlando s/quiebra Publicado en: DJ, 07/10/2009, 2819.

(20) Solari, Néstor E., "Desafectación del bien de familia en un caso de quiebra" DJ 07/10/2009, 2819, Fallo

- Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS, 2009/05/19, Perini, Eduardo Orlando s/quiebra.
- (21) Vázquez Ferreyra, Roberto A "La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional", LL Litoral, 1998, 31 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (CSSantaFe), 1996/10/29, Vicini, Héctor H. c. Pettinari, Elio E.
- (22) El privilegio no ha sido instituido en interés exclusivo del Banco Hipotecario Nacional, pues la proyección social que la Corte Nacional reconoce a la inembargabilidad puede ser también invocada por el titular del préstamo "cuyo techo la ley protege por razones de interés general" (Fallos: 256:572; 263:98; 274:165).
- (23) CSJN en autos "Jaralambides, Teófilo c. Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N." fallo del 30/10/1986, LA LEY, 1987-A, 494.
- (24) Parón, Carlos Emilio c. Sencovich, Nicolás Roberto s/ demanda ejecutiva - recurso de inconstitucionalidad, 27/9/95, LA LEY, 1996-A, 77.
- (25) S.C.B.A., Ac. 45.711, 31-3-1992, "Villa"; Ac. 50.324, 10-12-1992, "Villar"; Ac. 50.827, 15-8-1995, "Peris"; Ac. 63790 27-4-1999, "Ferrari"; Ac. 73811 13-9-2000, "Banco de la Provincia"; Ac. 82.873, 22-10-2003, "Lozano"; Ac. 87.131, 27-10-2004, "Banco de Galicia"; C 88.169, 31-10-2007.
- (26) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. Segura, Julio C. c. Chirino, Rolando C., 24/09/1997, LL Gran Cuyo 1998, 69, con nota de María Angélica Correa.
- (27) Vázquez Ferreyra, Roberto A "La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional", LL Litoral 1998, 31. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (CSSantaFe), 1996/10/29, Vicini, Héctor H. c. Pettinari, Elio E.
- (28) Rouillon y Gotlieb, op. cit., p. 188, nº 11; ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Protección jurídica de la vivienda familiar" fs. 170 y ss.; Rivera - Roitman - Vítolo "Ley de Concursos y Quiebras", t. II, p. 108 N° 8; Bonanni, Mariano A. "Desapoderamiento en la quiebra y los préstamos otorgados por el Banco Hipotecario Nacional", DJ, 2001-3-429).
- (29) CS., 30/10/86, en "Jaralambides, Teófilo c/ Pereyra Rocha, Irma", publicado en JA, 1989-I-790.
- (30) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 29/10/1996, Vicini, Héctor H. c. Pettinari, Elio E. Publicado en: LL Litoral 1998-2, 32, con nota de Roberto Vázquez Ferreyra; LA LEY, 1998-F, 842, Cita Online: AR/JUR/4898/1996.
- (31) Vázquez Ferreyra, Roberto A., La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional, LL Litoral 1998, 31 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (CSSantaFe), 1996/10/29, Vicini, Héctor H. c. Pettinari, Elio E.
- (32) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Lando, Raúl C. y otro c. Patri, Héctor L. y otro 15/03/2002.
- (33) Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Fecha: 23/12/2008, Partes: López, Marianella c. Incerti, Sonia, LL Gran Cuyo 2009 (abril), 248 - DJ, 29/07/2009, 2086, Cita Online: AR/JUR/20819/2008.
- (34) S.C.B.A. Ac. 38544, 20/9/88, "Bathelt" A. y S.1988-III-435; Ac.43588, 17/3/92 "Tolosa", A. y S.1992-I-126.
- (35) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, Fecha: 04/05/2010,: Vitrano, Roberto Donato