

Título: El régimen de protección de la vivienda familiar de la ley 22.232, la desafectación y el asentimiento conyugal

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2010 (octubre), 01/10/2010, 65

Cita: TR LALEY AR/DOC/6073/2010

Sumario: 1. Plataforma fáctica del fallo. 2. Las cuestiones a analizar. 3. La norma que establece la inembargabilidad de la vivienda familiar construida con un préstamo otorgado por el Banco Hipotecario Nacional. 4. Efectos de la cláusula de 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.

#### 1. Plataforma fáctica del fallo

La sala 1º de la Cámara Civil y Comercial de Azul debió resolver sobre la validez a dar a la desafectación al régimen de la ley 22.232 (Adla, XL-B, 1060) de un bien inmueble ganancial realizada sin el asentimiento conyugal en el marco de un proceso de quiebra.

De la lectura del fallo se desprende que:

a. El marido adquirió un inmueble ganancial con dinero prestado por el Banco Hipotecario Nacional con garantía hipotecaria.

b. La constitución de la hipoteca a favor del Banco Hipotecario Nacional otorgó a la vivienda la protección de inembargabilidad e inejecutabilidad establecida por el artículo 35 de la ley 22.232.

c. El mutuo hipotecario se canceló, es decir que la deuda con el banco que había dado lugar a que el inmueble recibiera la protección de la ley 22.232 se encontraba paga.

d. Tras la cancelación el titular del dominio solicitó expresamente la desafectación al régimen de la ley 22.232, sin asentimiento conyugal.

e. El marido fue declarado en quiebra, y la vivienda fue motivo de desapoderamiento y embargo a fin de satisfacer las obligaciones contraídas por el deudor fallido.

f. La esposa se presentó en la quiebra y cuestionó la desafectación.

g. La Sala Ira de la Cámara Civil y Comercial de Azul con preopinión del Dr. Galdós resolvió que el desapoderamiento era inoponible a la cónyuge del deudor fallido por haber sido dada sin asentimiento conyugal.

#### 2. Las cuestiones a analizar.

Ante de entrar a considerar lo resuelto de manera impecable en el voto del Doctor Galdós, creemos necesario realizar unas reflexiones previas sobre el alcance y duración de la protección de inembargabilidad e inejecutabilidad dada por el artículo 35 de la ley 22.232 a las viviendas construidas con préstamos hipotecarios otorgados por el Banco Hipotecario Nacional.

Concretamente vamos a analizar si la inembargabilidad e inejecutabilidad puede ser solamente alegada por la entidad hipotecante o si también puede ser invocada por el deudor hipotecario frente a otros acreedores diferentes al acreedor hipotecario.

Por otra parte nos parece necesario definir la duración de la garantía de inejecutabilidad de la vivienda adquirida o construida con fondos provenientes de un mutuo hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional. Específicamente queremos definir si este privilegio dura mientras se encuentra impago la deuda hipotecaria que le da origen o si perdura después de su cancelación.

Nos adelantamos en afirmar que el régimen protectorio se extiende más allá de la cancelación del mutuo hipotecario, por lo que nos parece imprescindible determinar si esta protección es sine die o si se puede dejar de lado por voluntad del propietario y en su caso que requisitos tiene que tener la desafectación del inmueble al régimen de la ley 22.232.

3. La norma que establece la inembargabilidad de la vivienda familiar construida con un préstamo otorgado por el Banco Hipotecario Nacional.

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".

#### 4. Efectos de la cláusula de inembargabilidad de la ley 22.232 [\(1\)](#)

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). [\(2\)](#)

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 aun con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario, mientras se mantengan las condiciones establecidas en la norma legal citada. [\(3\)](#)

El criterio marcado por el más Alto Tribunal de la Nación ha sido seguido por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe [\(4\)](#) 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".

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. [\(5\)](#)

En igual postura se adscribe la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza [\(6\)](#) ha juzgado que "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 aun cuando el titular del inmueble haya cancelado el crédito hipotecario que diera origen al beneficio del art. 34 de la ley 22.232". [\(7\)](#)

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 aun 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". [\(8\)](#) 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

#### 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 aun después de pagado el préstamo hipotecario. [\(9\)](#)

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 cuál es la validez a dar a una hipoteca constituida libremente sobre un inmueble donde radica una vivienda única que fue construida o adquirida 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 respuestas diferentes, a saber.

5.1 Inadmisibilidad de la 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. 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. [\(10\)](#)

El comentador del fallo, Doctor Vázquez Ferreyra 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). [\(11\)](#)

5.2 Admisibilidad de la 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 ubican 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 ss. de la ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237) 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". [\(12\)](#)

En sentido similar, pero con un análisis más acabado de la cuestión se expidió la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el precedente "Marianella López" en que se discutía la ejecutabilidad de una hipoteca de primer grado, constituida sobre un inmueble adquirido con un crédito del Banco Hipotecario Nacional, después de la cancelación del mutuo hipotecario dado por el BHN, habiendo informado el Registro que sobre el inmueble no recaían gravámenes. [\(13\)](#)

En este caso 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 era nula, pues la prohibición legal responde a razones de orden público.

El Tribunal juzgó que la tesis de la recurrente suponía convertir el inmueble, aun después de cancelada la hipoteca a favor del Banco Hipotecario, en un bien prácticamente fuera del comercio, lo cual 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 Cuyana pusieron de relieve que una cosa es que el régimen protectorio viva con independencia de su registración aun 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 a 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).

7. 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 (14) y la omisión del asentimiento conyugal puede ser judicialmente suplida, sólo si se verifican las circunstancias que determinan la prescindibilidad del inmueble desde el punto de vista de los intereses familiares.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, (15) resuelve acertadamente 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.

#### 8. Conclusiones

Los conflictos que se originan entre los derechos de los acreedores y los derechos de los beneficiarios del régimen de protección a la vivienda dado por la ley 22.232, 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 dada por la ley 22.232 no es absoluta y puede ser dejada de lado, en forma tácita mediante la constitución de una garantía real previo el pago de la hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario Nacional o por voluntad libre del titular de la propiedad, con consentimiento de su cónyuge.

- (1) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional", LLLitoral, 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.
- (2) 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).
- (3) CSJN en autos "Jaralambides, Teófilo c. Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N." fallo del 30/10/86, LA LEY, 1987-A, 494.
- (4) Parón, Carlos Emilio c. Sencovich, Nicolás Roberto s/demanda ejecutiva - recurso de inconstitucionalidad, 27/9/95 LA LEY, 1996-A, 77.
- (5) 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.
- (6) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I. Segura, Julio C. c. Chirino, Rolando C., 24/09/1997, LLGran Cuyo, 1998-69, con nota de María Angélica Correa.
- (7) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional", LLLitoral, 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.
- (8) ROUILLON y GOTLIEB, op. cit., p. 188, n° 11; ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Protección jurídica de la vivienda familiar", fs. 170 y ss.; RIVERA - ROITMAN - VITOLO, "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.
- (9) CS., 30/10/86, en "Jaralambides, Teófilo c. Pereyra Rocha, Irma", JA, 1989-I-790.
- (10) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 29/10/1996, Vicini, Héctor H. c. Pettinari, Elio E. Publicado en: LLLitoral, 1998-2, 32, con nota de Roberto Vázquez Ferreyra; LA LEY 1998-F, 842, Cita Online: AR/JUR/4898/1996.
- (11) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La super inembargabilidad e inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con intervención del Banco Hipotecario Nacional, LLLitoral, 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.
- (12) CNCiv., sala H, Lando, Raú C. y otro c. Patri, Héctor L. y otro, 15/03/2002.
- (13) Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 23/12/2008, Partes: López, Marianella c. Incerti, Sonia, LLGran Cuyo, 2009-248; DJ, 29/07/2009, 2086, Cita Online: AR/JUR/20819/2008.
- (14) 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.
- (15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 04/05/2010, Vitrano, Roberto Donato.