UNIDAD Nro. IX. PATRIMONIO

BIENES

Teoría de los bienes

§ 1. La teoría de los bienes en la parte general del Código. El Código define los conceptos de "bien" y "cosa" en su título Preliminar, pero desarrolla su regulación en el Libro Primero, Parte general, dentro del título III, bajo la denominación "Bienes". de esta forma, toma distancia respecto de la anterior legislación que incluía el tema en el Libro III destinado a los derechos reales.

El legislador explica el viraje metodológico en los Fundamentos del Anteproyecto. Así, manifiesta que la temática se circunscribía a las cosas, por lo cual se encontraba ubicada en el Libro de los derechos reales "como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad". Por tal motivo, decidió situar la reglamentación de los bienes en la Parte general del derecho por no ser materia exclusiva de los derechos reales. Igual decisión habían tomado los redactores del Proyecto de Código de 1998, que colocaban las normas relativas al patrimonio en la Parte general, señalando en sus fundamentos que se abandonaba así "la ubicación que tiene en el CC vigente, en el Libro III de los derechos reales, siempre criticada por la doctrina argentina".

§ 2. El Código introduce un nuevo paradigma en materia de bienes. Ello se aprecia cuando, en los Fundamentos del Anteproyecto, el codificador resalta que "no trata solo de las cosas sino de los bienes, de percepción y contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista. De ahí, que el primer capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa".

El paradigma que implanta el Código en esta materia implica una "nueva" relación entre el hombre y los bienes apoyado en: 1) el alejamiento del criterio patrimonialista que se había utilizado hasta este entonces para construir el concepto de "bien"; por tal motivo se produce una ampliación de su noción (arts. 17, 18, 240); y 2) la coordinación en el ejercicio de los derechos individuales, colectivos y comunitarios sobre los bienes que hacen a su objeto, en función de su coexistencia pacífica (arts. 9°, 10, 12, 14 y 241).

§ 3. “Cosas” y “bienes”. En virtud de lo expuesto, cobra cabal importancia distinguir el concepto de “cosa” y “bien” dentro del nuevo paradigma. El concepto de “bien” resulta notablemente ampliado en comparación a la anterior legislación. Para el Código de Vélez los bienes entendidos en “sentido amplio” abarcaban las cosas (objetos materiales) y los derechos (objetos inmateriales) con valor económico. No obstante, la nueva legislación expande el concepto de tal forma que, actualmente, los bienes en sentido “amplio” comprenden también: 1) los derechos individuales que la persona posee sobre el cuerpo humano o sus partes (art. 17 CCyC); 2) los derechos de las comunidades indígenas sobre bienes comunitarios (art. 18 CCyC); y 3) los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 CCyC).

En síntesis, para el CCyC el término “bien” en sentido “amplio“ abarca: 1) los bienes del individuo (cosas y derechos con valor económico y el cuerpo humano o sus partes, los cuales no tienen valor económico); 2) los bienes colectivos; y 3) los bienes comunitarios.

Denominamos “bienes del individuo” a aquellos que poseen un valor (elemento tipificante del concepto de “bien”) y sobre los cuales las personas pueden ser titulares de derechos individuales. El art. 15 CCyC reza: “las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio”, mas el art. 16 CCyC establece que “los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico”. Se advierte que la utilización en el art. 16 del verbo “poder” conjugado en la tercera persona del plural presente, modo indicativo (pueden), da cuenta de que las personas “pueden” ser también titulares de derechos individuales sobre bienes que no tienen valor económico (por ello no forman parte del patrimonio). Este es el caso de los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes que, a tenor de lo dispuesto por el art. 17 CCyC, “no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”. Por los motivos brindados, en rigor, los bienes del individuo se subclasifican en: 1) bienes con valor económico; y 2) bienes sin valor económico. Ambas subclasificaciones merecen algunas precisiones.

§ 4. Bienes con valor económico. Dentro de esta primera subclasificación se encuentran: las a) cosas (objetos materiales); y los b) bienes (derechos: objetos inmateriales).

a) Cosas: el art. 2311 CC —luego de la Reforma de la ley 17.711— rezaba: “se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”. La doctrina vacilaba alrededor de la clase de “valor” que debían tener los objetos materiales para que ellos puedan ser considerados jurídicamente como “cosas”. de esta forma, se dividían entre quienes creían que el valor debía ser económico —es el caso de Salvat, Llambías, Allende, Molinario, Borda, J. h. Alterini, Mariani de Vidal, highton, Kiper— y quienes sostenían que este valor no requería ser económico, pudiendo ser afectivo, como es el caso de Spota y López olaciregui.

El art. 15 CC se limita tan solo a señalar que “los bienes materiales se llaman cosas”, sin aludir al valor como elemento aunque este sea esencial. Pero considerando que las cosas requieren de un valor para ser tales, debemos dar por supuesta su inclusión. Resta definir si este valor debe o no ser económico. Nos inclinamos por la primera opción ya que las cosas pueden ser objeto de derechos subjetivos (como es el caso de los derechos personales o reales) que integran el patrimonio del sujeto (los elementos de los que se compone el patrimonio se encuentran “bajo la relación de un valor pecuniario”, segundo párrafo de la nota al art. 2312 CC). En este sentido, el Código se aparta del art. 214 del Proyecto de Código de 1998, que establecía: “se denominan bienes los objetos susceptibles de valor económico”. Intencionalmente el codificador ha suprimido la referencia al valor “económico”, quizá bajo el entendimiento de que tal signo no se encuentra presente en bienes tales como “el cuerpo humano o sus partes, los bienes colectivos, los bienes comunitarios”. Pero, respecto de las “cosas”, es ineludible su contenido pecuniario, aunque existan supuestos donde el valor económico coexista con otro de naturaleza “social”, como es el caso del agua.

Por otra parte, el art. 15 establece que “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”. La fórmula escogida goza de gran similitud con el agregado que la ley 17.711 introduce en el art. 2311 CC pero mejora la redacción del agregado al art. 2311 al reemplazar la fórmula “las fuerzas naturales susceptibles de apropiación” por “las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”. Quita, de esta manera, el impreciso vocablo “apropiación” que había generado rechazo en la doctrina, ya que solo eran apropiables las cosas muebles abandonadas o sin dueño. Como señalaba Alterini, para ser apropiable no basta que algo sea equiparable a una cosa, sino que sea realmente una cosa. Y la energía y demás fuerzas naturales no lo son. Aunque, como puntualizaba el maestro, las llamativas peculiaridades de la energía mueven a pensar que ella excede la categorización clásica de cosas y bienes (que no son cosas), para constituir una suerte de tercera agrupación conceptual en materia de objetos de derecho, que, por lo mismo, requiere un tratamiento legal específico.

b) Bienes: el CCyC omite la referencia a los “objetos inmateriales”, en contraposición al art. 2312 CC. No obstante, a pesar de ello la categoría existe y el Código no puede desconocerla, ya que sería negar una realidad como, por ejemplo, la de los derechos intelectuales (derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio). En otro orden de ideas, la categoría puede entenderse incorporada desde que el art. 1883 CCyC dispone que el objeto de los derechos reales puede consistir —cuando taxativamente lo señale la ley— en un bien, entendido el vocablo como “los objetos inmateriales susceptibles de valor económico”. A modo ilustrativo, señalamos como ejemplos de derechos reales —que recaen sobre derechos— los supuestos contemplados en el derecho real de superficie (art. 2120); usufructo (arts. 2129 y 2130,

inc. b); y en materia de derechos reales de garantía, el art. 2188, en particular la prenda (arts. 2219 y 2232 a 2237). Por ello, no puede sostenerse bajo ningún concepto que el objeto de los derechos reales sean "exclusivamente" las "cosas", ya que ellos recaen sobre los "bienes" del individuo con valor económico ("cosas" y "derechos"). tal solución ya había sido contemplada por el Proyecto de Código de 1998, en su art. 1816, inc. b); en relación a este artículo Vázquez afirmaba que se mantiene a las cosas "como objeto principal de los derechos reales, pero no único". A modo de síntesis, el art. 1883 CCyC implica el reconocimiento expreso de la concepción moderna del objeto de los derechos reales, sostenido en nuestra doctrina por autores como Salvat, Lafaille, Spota, Alsina Atienza, Molinario, Mendizábal, entre otros.

§ 5. Bienes sin valor económico. El art. 17 CCyC, bajo el epígrafe "derechos sobre el cuerpo humano", establece que "los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales". Al respecto, Lorenzetti señala que la solución que provee este artículo es crear una categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto a una enumeración negativa (bienes que no tienen un valor económico o extrapatrimoniales). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad. En síntesis, sobre este "nuevo" objeto recaen derechos individuales que no forman parte del patrimonio del sujeto en virtud de que no poseen valor económico.

§ 6. Bienes colectivos. El art. 14 CCyC incorpora el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva. En el caso "Halabi", (CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111) la Corte ha dejado señalado que los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos. Los bienes colectivos son aquellos que pertenecen a toda la comunidad, siendo indivisibles y no admitiendo exclusión alguna; asimismo, respecto de esta clase de bienes, no existe un derecho de apropiación individual ya que sobre ellos no recaen derechos subjetivos. El ejemplo por excelencia es el ambiente, el cual es un bien de naturaleza colectiva que corresponde a toda la comunidad y no a una pluralidad de sujetos. En el caso citado, la Corte precisa que los bienes colectivos "no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se

determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad". Se ha querido advertir que la referencia a la comunidad alude a la sociedad y no al sentido técnico de derecho real de condominio. En consonancia con tal advertencia, la Corte enfatiza que "estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno". Sin perjuicio, "la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular" y concurrentemente la petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo.

§ 7. Bienes comunitarios. El art. 18 CCyC, bajo el epígrafe "derechos de las comunidades indígenas", expresa: "las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la CN". El CCyC introduce la referencia a la "posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan" los pueblos originarios, utilizando la misma fórmula que el segundo párrafo del art. 75, inc. 17 CN. Puntualizan Alterini, Corna y Vázquez puntualizan que la naturaleza comunitaria de la propiedad se explica por la circunstancia de que el sujeto de la tutela constitucional no es el indígena en cuanto individuo aislado, sino los pueblos aborígenes argentinos, a través de sus comunidades, como sujetos colectivos. La profesora Highton, por su parte, se ha encargado de señalar que la propiedad comunitaria es una modalidad de la propiedad colectiva, donde se conjugan una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un autónomo grupo social y frecuentemente una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad. de esta manera se forma un inderogable nexo entre la propiedad comunitaria y el trabajo. En este sentido, para ella la propiedad comunitaria es una propiedad al servicio de la comunidad real, viva, que conlleva jerarquía y especialización de funciones, sentido de solidaridad, conciencia del nosotros. Por ello, une a sus miembros no solo para asegurar su satisfacción material sino para realizar el bien común, como medio de desenvolver sus personalidades, integrándolos en la escala humana y en la libertad. A su vez, la propiedad colectiva se ejerce por la posesión. Sin perjuicio de ser la "comunidad indígena" el titular del derecho de propiedad comunitaria, ella ejerce su derecho a través de todos sus integrantes, y de esta forma cada uno de los individuos ejerce el poder de hecho en representación de la posesión de la comunidad indígena. Ello, dejando a salvo que su posesión efectiva sobre la cosa común, al ser un hecho que no es susceptible de ser dividido, se proyecta de forma indivisible sobre todo el objeto.

§ 8. Cosas muebles e inmuebles. La principal clasificación de las cosas es aquella que las divide en muebles e inmuebles, conceptuándolas en tres normas que contienen la división de mayor trascendencia entre las cosas.

> **ARTÍCULO 225. Inmuebles por su naturaleza.** Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

> **ARTÍCULO 226. Inmuebles por accesión.** Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.
>
> No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.

> **ARTÍCULO 227. Cosas muebles.** Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.

Kemelmajer de Carlucci ha señalado que son muebles todas las cosas que no son inmuebles, la categoría tiene entonces, carácter abierto y residual. La autora explica que por su carácter residual, la categoría de las cosas muebles resulta omnicomprensiva, heterogénea, diversificada y extensa y, en consecuencia, cualquier enumeración legal de las cosas muebles debe considerarse meramente ejemplificativa; una suerte de *numerus apertus*.

§ 9. Cosas divisibles e indivisibles. La distinción está dada en el art. 228 CCyC:

> **ARTÍCULO 228. Cosas divisibles.** Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales.

Las cosas son divisibles materialmente si “pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas”, mas las porciones resultantes de la división deben ser susceptibles de formar “un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma”. de esta forma son divisibles las cantidades de cosas —como, por ejemplo, el dinero—, pero no aquellas cosas que, de ser divididas, perderían su individualidad —como es el caso de un libro, un automóvil, un animal, etc.—.

Nótese que la segunda parte del art. 228 dispone que “las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales”, manteniendo –con alguna variación terminológica- la línea dada en la reforma de la ley 17.711 al art. 2326 del Código Civil.

§ 10. Cosas principales y accesorias. La distinción está dada en las dos normas subsiguientes:

ARTÍCULO 229. Cosas principales. Son cosas principales las que pueden existir por sí mismas.

ARTÍCULO 230. Cosas accesorias. Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario.

Si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria.

Highton y Wierzba definen a las cosas accesorias como aquellas que, no obstante su individualidad, se hallan relacionadas de tal manera con otras, que no es posible concebir su ser, sin la previa existencia de las otras. Carecen de un régimen

propio y autónomo y, en consecuencia, deben seguir el régimen de la cosa principal a la cual se hallan adheridas o de la cual dependen. de esta forma, el art. 230 CCyC reproduce literalmente al art. 2328 CC, que definía a las cosas accesorias como "aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas".

A modo de ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia han dicho que son cosas accesorias los artefactos sanitarios e instalaciones sanitarias, los medidores de luz y gas, estatuas y espejos, etc.; mientras que no se han considerado como tales los galpones para guardar materiales, techos desmontables, estufas, despensas, letreros luminosos, entre otras.

La accesoriedad de una cosa puede reconocer su origen mediante dos vías: por dependencia; o por adherencia. Estas fuentes se encuentran contenidas en el cuerpo legal del art. 230 CCyC.

- *"... aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen..."*

La accesoriedad puede provenir de la dependencia que tenga una cosa respecto de otra, sin que tal dependencia llegue a la adherencia física. La doctrina señalaba como supuesto de cosa accesoria por su dependencia a otra las cosas muebles afectadas al destino del inmueble, lo que daba lugar a los inmuebles por accesión moral. Pero, como vimos, esta categoría legal fue desechada de plano por el CCyC que tampoco incluye la noción de "pertenencias", por lo cual el enunciado queda carente de utilidad.

- *"... o a la cual están adheridas"*

Pueden adherirse físicamente: 1) las cosas muebles a los inmuebles. tal adherencia puede ser natural o artificial. Cuando la adherencia es natural, da como resultado inmuebles por su naturaleza (árboles, plantas, etc.), mientras que la adherencia artificial da lugar a inmuebles por accesión física (materiales para la construcción); 2) las cosas muebles a otras cosas muebles.

La adhesión entre estas puede, o no, provocar la alteración de la sustancia de la cosa; si no se ha modificado la sustancia a raíz de la adhesión, el Código no trae una solución específica para determinar cuál es la cosa principal (como lo hacía el CC en su art. 2333). No obstante, el juez podría recurrir al criterio finalista que entiende que son cosas principales aquellas "a que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación" (art. 2333 CC). En cambio, existe variación en la sustancia cuando las cosas muebles se han adherido para formar un todo sin poder distinguirse la accesoria de la principal ("las pinturas, esculturas, escritos e impresos", art. 2335 CC).

Cuando la adhesión entre cosas muebles provoca la alteración de la sustancia, el art. 230 establece que "si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria". Es decir que el Código solo trae reglas en caso de que las cosas muebles adheridas formen un todo, provocando un cambio de sustancia de la cosa. Para ello, recepta dos reglas: 1) es cosa principal la de mayor valor; y 2) si son del mismo valor, no hay cosa principal ni accesoria.

§ 11. Cosas consumibles y no consumibles. El art. 231 divide a las cosas muebles en consumibles y no consumibles. El Código restringe el concepto de cosas consumibles al consumo "natural, material o absoluto", suprimiendo el consumo "civil, relativo o jurídico". Tal restricción se lleva a cabo con miras a profundizar la diferencia entre las cosas consumibles y las cosas fungibles.

> **ARTÍCULO 231. Cosas consumibles.** Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.

Respecto de las cosas consumibles —cuyo consumo es "material"—, la doctrina remarca la nota de la "destrucción" de la cosa. No obstante, como enseña Biondi, "la noción de consumibilidad se debe entender en sentido no físico, sino técnico jurídico". La consumibilidad física no coincide con la jurídica. Consunción jurídica no quiere decir destrucción de la materia —ya que, físicamente, la materia jamás se destruye sino que se transforma siempre—, sino transformación de la función económico-social de la cosa: cuando quemo leña, físicamente he transformado, pero no destruido materia alguna; jurídicamente por el contrario, he destruido aquella entidad que primeramente era leña y que ahora ya no lo es.

§ 12. Cosas fungibles. El art. 232 CCyC define a las cosas fungibles como "aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie". La característica esencial de las cosas fungibles es, entonces, su falta de individualidad. generalmente se dice que la clasificación entre cosas fungibles y no fungibles atañe a las cosas muebles. No obstante, otros autores consideran que ello es falso: tal el caso de Mackeldey, quien considera que hay cosas inmuebles que pueden ser consideradas igualmente fungibles, como el legado que un sujeto hace de un fundo de un tamaño determinado o de una de sus casas.

El art. 232 continúa: "… y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad". En virtud de la falta de individualidad propia de las cosas fungibles es que resulta una consecuencia natural que ellas puedan "sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad".

Por último, las cosas fungibles son objeto del contrato de mutuo (art. 1525); el comodato por definición legal tiene por objeto cosas no fungibles (art. 1533), pero puede recaer sobre cosas fungibles (art. 1534); el usufructo tiene por objeto cosas no fungibles (art. 2130, inc. a) y, excepcionalmente, una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales (art. 2130, inc. c).

§ 13. Frutos y productos. Los frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia, mientras que los productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia.

Es de retener que los productos son las "producciones orgánicas de una cosa" y forman un todo con ella (tal como las conceptualizaba el art. 2329 CC), que no se reproducen y que disminuyen a lo largo del tiempo la substancia de la cosa. Llambías enseña que "los frutos son cosas nuevas" diversas de la cosa existente que los genera, mientras que los productos, si se atiende a su naturaleza, se identifican con la cosa de la cual son separados. Solo económicamente la cosa y sus productos son entes diversos, pues la cosa (mina, cantera o yacimiento) permanece en estado de inaprovechamiento, mientras que los productos (minerales, piedras, petróleo) son la misma cosa en estado útil para el hombre. Un caso que genera dificultades es el de la madera de un bosque; al respecto Borda señala que "si el bosque se tala con el propósito de no renovarlo, como ocurriría si se deseara cultivar la tierra, los cortes de madera son productos; pero si se trata de cortes regulares y periódicos y se permite o se favorece la reproducción de los árboles, son frutos".

§ 14. Frutos naturales, industriales y civiles. Los frutos pueden ser:

a. Naturales: el art. 233 reproduce la definición legal de frutos naturales del art. 2424 CC, que los cataloga como "las producciones espontáneas de la naturaleza". Se aleja así del concepto del Proyecto de Código de 1998 que los definía como "los que provienen de la cosa, sin intervención humana". Es decir, que son frutos naturales aquellos objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya la sustancia del bien y sin que intervenga para su generación el hecho o la actividad del hombre. Son ejemplos de frutos naturales las crías de ganado, la leche, etc.

b. Frutos industriales: el Código se aparta del concepto brindado por el Proyecto de Código de 1998 que los definía como "los que produce la cosa con la intervención humana". La actual definición legal de frutos industriales recibe una pequeña variante respecto del art. 2424 CC, ya que en aquel cuerpo legal se las precisaba como aquellos que "no" se producen sino por la industria del hombre o por la cultura de la tierra, mientras que el art. 233 las define como aquellos "que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra".

c. Frutos civiles: el art. 233 reproduce el concepto de fruto civil del art. 2424 CC como "las rentas que la cosa produce" y agrega "las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles", lo cual se encontraba en la anterior legislación en el art. 2330, al enunciar que "son igualmente frutos civiles los salarios u honorarios del trabajo material, o del trabajo inmaterial de las ciencias". A su vez, se omite la referencia como manifestación de fruto civil a aquellas que "provienen del uso o del goce de la cosa que se ha concedido a otro, y también las que provienen de la privación del uso de la cosa" (art. 2330 CC). No obstante, ambas se subsumen dentro de la fórmula "rentas que la cosa produce". En síntesis, el fruto civil posee dos manifestaciones: 1) las rentas que la cosa produce por su uso, goce o privación; y 2) las remuneraciones del trabajo.

§ 15. Bienes fuera del comercio. Los bienes se encuentran dentro o fuera del comercio, según sean o no libremente transmisibles por su titular. La regla es que los bienes se encuentran dentro del comercio, mientras que los bienes fuera del comercio constituyen la excepción.

En última instancia, señala Kemelmajer de Carlucci que la oposición entre la comercialidad y la extracomercialidad es relativa, porque la comercialidad también comporta grados; así, hay derechos que tienen contenido económico pero no son cesibles (por ejemplo, el derecho a los alimentos), o son cesibles pero limitadamente (por ejemplo, el cesionario de una obra intelectual debe respetar el derecho moral del autor).

- *Inalienabilidad absoluta.* La inalienabilidad es "absoluta" en los casos en que ella se encuentra expresamente prohibida, ya sea por la ley o por actos jurídicos (entre vivos o mortis causa); en este último caso, siempre y cuando el Código autorice tales prohibiciones. Citamos a modo de ejemplo los bienes públicos del Estado (art. 237 CCyC) y las cláusulas de inajenabilidad referidas a persona o personas determinadas (art. 1972 CCyC), entre otros.

- *Inalienabilidad relativa.* Un bien es "relativamente" inalienable cuando para su enajenación se requiere de una autorización previa; se advierte la derogación de esta subclasificación prevista en el art. 2338 CC. Se ha tildado, como es el caso de Kemelmajer de Carlucci, de "excesivo e inútil categorizar estos bienes como

de inajenabilidad relativa; sólo se trata de la necesidad de cumplir con el debido proceso legal para ejecutar actos de disposición".

§ 16. Bienes con relación a las personas. La clasificación entre bienes del dominio privado o público del Estado se desprende directamente del cotejo entre los arts. 235 y 236.

- El art. 235 CCyC contiene la enumeración de los bienes pertenecientes al dominio público, exceptuando lo dispuesto por leyes especiales. En los Fundamentos del Anteproyecto se puede leer como el legislador expresa que la presente Sección se ha regulado "con nociones similares al CC".

- El art. 236 contiene la enumeración de aquellos bienes que posee el Estado en su calidad de sujeto de derecho privado. Como ha sostenido la doctrina, la diferencia entre el dominio público y privado del Estado radica en el distinto "régimen jurídico" que se aplica en uno y otro caso. Por ello, cobra cabal importancia saber cuándo un bien queda sometido al régimen jurídico del dominio público ya que de él se derivan consecuencias tales como la inalienabilidad e imprescriptibilidad de dicho bien. En cambio, si el bien se encuentra sometido al dominio privado, el régimen aplicable será el de la propiedad privada con todas sus características ordinarias. Para que un bien quede sometido al régimen del dominio público, es menester que este se encuentre afectado al uso público, ya sea directa o indirectamente.

ARTÍCULO 235. Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a. el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b. las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas

en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

d. las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

e. el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;

f. las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

g. los documentos oficiales del Estado;

h. las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Los bienes del dominio público del Estado pueden ser divididos en: dominio público "natural" y dominio público "artificial". Los bienes del dominio público son catalogados de naturales en atención al estado en que se encuentran en la naturaleza, tal como sostiene J. h. Alterini. Son ejemplos de bienes del dominio público natural los supuestos del art. 235, incs. a), b), c), d) y e). Mientras que los bienes del dominio público "artificial" son aquellos en los que interviene la actividad del hombre para utilidad o comodidad común, como por ejemplo las enunciaciones contempladas en el inc. f).

§ 17. Caracteres. El art. 237 comienza con la enunciación de los caracteres inherentes a los bienes públicos del Estado.

- *Inalienabilidad.* Los bienes del dominio público, al estar destinados a la utilidad y la comodidad de toda la sociedad, se encuentran fuera del comercio privado. Se deriva de la inalienabilidad el hecho de que no puedan embargarse tales bienes.

- *Imprescriptibildad*. otra proyección de la inalienabilidad propia de los bienes del dominio público del Estado es que ellos no pueden adquirirse por prescripción. Ni siquiera podría un particular alegar una "posesión inmemorial" sobre aquellos con el objeto de adquirirlos por usucapión. Ello, en tanto los particulares no

ejercen el uso sobre las cosas del dominio público del Estado por medio de la posesión, sino que aquel uso se efectiviza mediante la tenencia absoluta de la cosa perteneciente al Estado.

Señalamos que los bienes con relación a las personas deben enmarcarse dentro del nuevo paradigma que instaura el Código en materia de bienes. Así, por ejemplo, algunos bienes ambientales que se encuentran enunciados dentro del dominio público, en rigor, no son solamente propiedad del Estado ya que configuran supuestos de bienes colectivos. Tal es el caso de los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, entre otros. La misma advertencia cabe respecto de los bienes comunitarios puesto que el Estado debe respetar la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, ello en base al reconocimiento constitucional que ostentan en calidad de ser preexistentes a este.

§ 18. Afectación y desafectación al uso público. Para que los particulares puedan hacer uso de los bienes del Estado es necesario que previamente se los haya afectado al uso público.

La *afectación* es el hecho o la manifestación de la voluntad del poder público en cuya virtud el bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad; puede provenir de la ley, un acto administrativo o de hechos, tal como sostiene Marienhoff. La afectación dependerá de si los bienes son del dominio público “natural” o “artificial” del Estado. En el caso de los bienes del domino público “natural”, la afectación se realiza mediante “ley”. En cambio, los bienes del dominio “artificial”, como puntualiza Alterini, además de su caracterización legal como públicos, para hacer efectiva la afectación se exige que se los libre al uso público, así, por ejemplo, una obra pública para quedar afectada al uso público requiere de previas leyes, actos o hechos administrativos, como la inauguración de la obra, o el retiro de los carteles o de los obstáculos que impedían el acceso público. La desafectación también varía respecto de si estamos en presencia de un bien del dominio público “natural” o “artificial”. En el primer caso, puede provenir tanto de la ley como del hecho de la naturaleza, como por ejemplo el cambio de cauce de un río. En el segundo supuesto, la desafectación puede derivar de la ley, de la naturaleza y también del hecho de la administración o del hombre, siempre que este estuviera autorizado. Por ejemplo, el cierre definitivo de un camino para el tránsito.

Por último, la norma del art. 237 dispone que “la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236” (bienes del dominio público y privado del Estado, respectivamente).

§ 19. Los bienes que el Estado posee como privado. El art. 236 contiene la enumeración de aquellos bienes que posee el Estado en su calidad de sujeto de derecho privado.

> **ARTÍCULO 236. Bienes del dominio privado del Estado.** Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:
>
> a. los inmuebles que carecen de dueño;
>
> b. las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;
>
> c. los lagos no navegables que carecen de dueño;
>
> d. las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;
>
> e. los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

Si el bien se encuentra sometido al dominio privado, el régimen aplicable será el de la propiedad privada con todas sus características ordinarias.

§ 20. Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. El Código toma la naturaleza bifronte (individual y social) de los derechos subjetivos y lo plasma en el articulado. Así, cabe mencionar el principio del ejercicio de buena fe de los derechos individuales (art. 9º); el abuso del derecho (art. 10); el orden público y fraude a la ley (art. 12), entre otros.

Un significativo ejemplo del aspecto social de los derechos individuales lo encontramos en los Fundamentos del Anteproyecto cuando el codificador resalta la llamada "función social" del derecho real de dominio, y expresa: "Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo. Se tiene presente que el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica,

incorporado al bloque constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social".

> **ARTÍCULO 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.** El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

> **ARTÍCULO 241. Jurisdicción.** Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

La novedad pasa por armonizar el ejercicio de los derechos subjetivos con el ordenamiento jurídico ambiental. En este caso, el aspecto ambiental supera a los propios intereses sociales por comprender estos a las generaciones venideras. Por tal motivo, los derechos subjetivos se someten a una doble limitación en cuanto a su ejercicio: límites que provienen del mayor bien para la sociedad y límites que se originan del mayor bien para el medio donde la sociedad se desarrolla.

§ 21. Articulación entre el Código y las normas de presupuestos mínimos. El art. 241 CCyC reza: "cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable". De esta forma el CCyC reconoce la existencia de las normas de presupuestos mínimos, las cuales son definidas por el art. 6º de la ley 25.675 como "toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental". Es más, se logra armonizar el cuerpo civil con el mandato constitucional del art. 41 de la norma fundamental, el cual establece que "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales". En última instancia, la disposición contenida en el art. 241 no es más que una aplicación especial de lo ordenado por el art. 1°, Fuentes y aplicación.

Función de garantía del patrimonio

§ 22. Función de garantía de los bienes. El legislador señala en los Fundamentos del Anteproyecto: "La función de garantía del patrimonio no está prevista de manera expresa en el Código vigente, si bien surge del juego armónico de múltiples reglas e instituciones. Por ello, en consonancia con el Proyecto de 1998, se ha considerado conveniente preverla expresamente; y así se hace en el Capítulo 2". En efecto, los arts. 242 y 243 CCyC son reproducciones de los arts. 231 y 232 del Proyecto de Código de 1998, con algunos leves cambios que el Código introduce en el art. 242 respecto del 231 de aquel Proyecto.

El art. 242 en su primer párrafo señala como principio general, "todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores".

No obstante, el principio de la "garantía común" no es absoluto. La segunda parte del art. 242 establece que los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores "con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables". El art. 744, bajo el título "bienes excluidos de la garantía común", realiza una enumeración de bienes que exceptúan la regla general. Entre ellos se encuentran: las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente y de sus hijos (inc. a); los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor (inc. b); los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación (inc. c); los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado (inc. d); los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales que sólo pueden ejecutarse en los términos de los arts. 2144, 2157 y 2178 (inc. e); las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica (inc. f); la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio (inc. g) y los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes (inc. h). Por último, agregamos también el supuesto del inmueble afectado a protección de la vivienda, ya que es oponible a los acreedores de obligaciones que posean causa fuente posterior a la constitución del régimen, razón por la cual para aquellos el inmueble queda excluido de la garantía común.

§ 23. Los llamados "patrimonios especiales". Al igual que el Proyecto de 1998, el Código recepta y consagra expresamente la categoría de "patrimonios especiales o de afectación". El art. 242 dispone: "los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran". Autores como Llambías

definen a los patrimonios especiales como el conjunto de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial. Son ejemplos de este tipo de patrimonios los que se generan en virtud de un contrato de fideicomiso, tal como lo dispone el art. 1685 CCyC al expresar: "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario"; la sociedad unipersonal, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento durante el periodo de prenotación y la constitución del régimen de protección a la vivienda generan un patrimonio de afectación integrado por el derecho real de dominio o condominio sobre el inmueble.

Los patrimonios especiales —al igual que los patrimonios generales— son universalidades jurídicas y son idénticos. Pero, a diferencia ellos, no son necesarios, no presentan el carácter de ser únicos e indivisibles y son enajenables. En última instancia, el CCyC se aleja de la "teoría clásica" del patrimonio al consagrar de forma expresa la existencia de los patrimonios especiales.

§ 24. Las necesidades de la sociedad como límite al poder de agresión de los acreedores, El 243 limita el poder de agresión cuando los bienes que integran la "garantía común" se encuentren afectados a un servicio público. de esta forma, el artículo establece que "si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio". El Código, si bien no excluye estos bienes de la "garantía común", es cierto que mengua las facultades de los acreedores, ya que ellos no las pueden hacer valer si con su ejercicio lesionan la prestación del servicio. Es más, entendemos que si el bien afectado es esencial a la prestación del servicio, aquel queda excluido, ya que con ello se evitaría un potencial mal mayor derivado de la misma falta del servicio público.

Se desprende una fuerte impronta social de la norma, ya que las necesidades de los ciudadanos —que son cubiertas a través de los distintos servicios públicos (agua, luz, gas)— no pueden quedar insatisfechas en razón de los poderes de los acreedores. En otras palabras, la norma prioriza el interés social por sobre el interés individual.

Protección de la vivienda

§ 25. Fundamentos. El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales; esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la

constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; (b) 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; c) Se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; (e) Se resuelven problemas discutidos en la doctrina, cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etc.

§ 26. Protección de la vivienda. El Libro Primero (Parte general) del título III (Bienes), Capítulo 3 (Vivienda), sustituye lo que hasta el momento se conocía con el nombre de “bien de familia” y que se encontraba contenido en la ley 14.394. El cambio de denominación (“bien de familia“ por tan solo el de “vivienda”) no es inocente, sino que responde a una exigencia (acceso y protección) en miras “a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio”, tal como se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto. Se entiende que la vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto.

A su vez, el primer párrafo del art. 244 CCyC señala que “esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”. La previsión permite adicionar a la protección de la vivienda —objeto del presente comentario— otro tipo de beneficios de igual naturaleza tuitiva como los de los arts. 443 y 444 (atribución del uso de la vivienda como uno de los efectos derivados del divorcio); 514 (atribución del hogar común, en caso de ruptura de la convivencia); 522 (protección de la vivienda familiar como efecto de las uniones convivenciales durante la convivencia); 526 (atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial); 527 (atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes); 2330, 2331, 2332, 2333 y 2334 (normas que comprenden la regulación de la indivisión forzosa de bienes de origen hereditario y que puede recaer sobre “un bien determinado” [art. 2330, inc. a], por lo que el testador podría imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la vivienda por un plazo no mayor a diez años).

ARTÍCULO 244. Afectación. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

- Tal como surge de la literalidad del art. 244, puede afectarse tan solo un inmueble (art. 244, párr. 3), como acontecía con el régimen anterior (art. 34 de la ley 14.394). El último párrafo del art. 244 dispone "Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término".

- A diferencia del régimen anterior que exigía el destino familiar del inmueble, el nuevo sistema requiere el "destino de vivienda".

- Constituye una novedad respecto del régimen anterior la posibilidad de afectar "una parte del valor" del inmueble. La referencia a "una parte del valor" debe entenderse en el sentido de "alícuota" o "parte indivisa". Es decir, que se puede afectar la alícuota cuando el inmueble se encuentre en condominio. Flah y Aguilar expresaron que en este supuesto el inmueble podría ejecutarse por la parte no afectada; esta posibilidad incluye supuestos tales como ejecutar todo el inmueble y luego entregar el valor de la parte que se hubiese afectado, operando la subrogación real prevista por el art. 248 u, otra opción, la venta privada o en subasta pública de la parte indivisa no afectada, lo que generaría un condominio.

- Mientras se respete el concepto estricto de vivienda, es indistinto que el inmueble se encuentre en área urbana, rural, semi-urbana o semi-rural (ello ya se encontraba contenido en el art. 34 de la ley 14.394, al disponer: "Toda persona puede constituir en 'bien de familia' un inmueble urbano o rural").

- Por otra parte, la protección es incompatible con inmuebles destinados exclusivamente a actividades de tipo comercial, industrial o profesional. decimos “exclusivamente” ya que la norma no contempla el caso de “destino mixto”, por convivir una actividad comercial, industrial o profesional con la función habitacional. Alguna doctrina —es el caso de Flah y Aguilar—señala que en este caso no habría problema en que opere la afectación, solución a la cual adherimos por ser compatible con el espíritu social del instituto.

- El artículo 247 CCyC eleva como condición necesaria para la operatividad de la protección la habitación efectiva de alguno de los beneficiarios en el inmueble. Para que el requisito sea debidamente respetado basta con que uno de los beneficiarios resida en la vivienda; así, en el caso de ser solo el titular registral el beneficiado, este deberá forzosamente habitar en el objeto de protección.

- A tal punto lleva el Código esta exigencia que no basta con que el titular o los beneficiarios habiten el inmueble al momento en que se solicita la afectación, sino también al momento de hacerla valer. Ello es lo que la norma pretende cuando dispone que “en todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble”. Recordamos que tal exigencia ya se encontraba plasmada en el art. 41 de la ley 14.394 al establecer que “el propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”. Aunque el Código omita la referencia a las “causas justificadas”, creemos que ellas son plenamente viables. Por ejemplo, en el caso del titular registral que haya afectado al régimen de protección una unidad funcional, siendo él su único beneficiario, y que como consecuencia de una pérdida de agua deba interrumpir la habitación efectiva hasta tanto no se normalice la situación, es de toda justicia que se mantenga la afectación.

- El nuevo régimen (al igual que el contemplado en el Proyecto de Código de 1998) no alude en ningún momento a “límites de valor” para afectar el inmueble al sistema de tutela (salvo que se trate de un inmueble rural, lo que vemos por separado). El art. 34 de la ley 14.394 señalaba que se podía afectar como bien de familia un inmueble “cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”. La supresión de los límites de valor en el nuevo régimen no obsta a que en caso de una afectación total de un inmueble lujoso, que supere las necesidades del titular o sus beneficiarios y que afecte legítimos derechos (como podría ser el de los acreedores), sea procedente plantear la reducción de la protección a una parte del valor de la vivienda, y no su completa desafectación. Esta solución logra el equilibrio entre los intereses en pugna, razón por la cual —aunque pareciera no tener cabida la fórmula “las necesidades de sustento y vivienda”—

sigue siendo una pauta de utilidad para que el juez decida si ante un caso dado podría configurarse un supuesto de abuso del derecho.

- El régimen de protección de la vivienda es aplicable a todo inmueble, sin discriminar la zona donde se ubique. No obstante, el inmueble rural recibe un tratamiento diferencial respecto del inmueble urbano. Si el predio se ubica en área rural, el régimen de tutela es aplicable en tanto el inmueble no exceda la unidad económica, "de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales" (art. 256 CCyC). No importa el valor del predio, sino que aquí lo que se tiene en mira es que el fundo "no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales". Lo que se pretende evitar es la afectación de extensas tierras, quizá bajo el entendimiento de que ellas serían incompatibles con la "habitación efectiva".

§ 27. Trámite y sujetos de de la afectación. Para incluir el inmueble a este especial régimen de protección se requiere un acto de afectación por parte del titular registral ante el Registro de la Propiedad Inmueble (lo mismo acontecía con el bien de familia).

La protección solo es oponible frente a acreedores cuyas obligaciones sean de causa fuente posterior a la inscripción. Aquellos acreedores hipotecarios o embargantes que obtuvieran sus respectivos derechos con anterioridad a la afectación no se ven perjudicados, ya que ellos ostentan un mejor derecho en virtud de la prioridad temporal de la que gozan.

El CCyC establece que "la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario". De esta manera, el Código recepta la solución arribada en las XX Jornadas de derecho Civil, donde se dejó asentado que "la registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2º, 20 y 22 de la Ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del CC). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el supuesto de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo".

ARTÍCULO 245. Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

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.

§ 28. Beneficiarios de la afectación. El art. 246 contiene la nómina de beneficiarios de la tutela. Se advierte cómo el CCyC, en esta materia, suprime el art. 36 de la ley 14.394 que señalaba el concepto "familia" a los efectos de constituir el llamado "bien de familia".

El Código cambia el paradigma en el sentido de no relacionar la protección de la vivienda con las relaciones de familia, bajo el entendimiento de que la vivienda es un derecho humano de cada una de las personas.

ARTÍCULO 246. Beneficiarios. Son beneficiarios de la afectación:

a. el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;

b. en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

El Código introduce el importante cambio de legitimar al propietario constituyente, sin familia. A su vez, se enuncia al cónyuge o al conviviente, a los ascendientes y a los descendientes del titular registral, pudiendo todos ellos ser beneficiarios de forma individual o co-beneficiarios.

Por último, quedan establecidos como potenciales beneficiarios los parientes colaterales dentro del tercer grado del titular registral. Ellos podrían ser denominados "beneficiarios secundarios" ya que solo pueden ser denunciados por el propietario o los condóminos cuando median conjuntamente los siguientes requisitos: 1) inexistencia de cónyuge, conviviente, ascendientes ni descendientes; 2) que sean hasta el tercer grado; y 3) que convivan con el titular registral.

§ 29. Subrogación real. Una de las proyecciones del nuevo paradigma sobre protección de la vivienda es, sin duda, la previsión legal de la subrogación real. Esta última prioriza a la persona del beneficiario por sobre la figura del acreedor, conservando la protección del nuevo inmueble, de la indemnización o del precio por sobre el derecho crediticio.

> **ARTÍCULO 248. Subrogación real.** 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 incorporación de la subrogación real al instituto de la protección de la vivienda configura un gran avance respecto de su antecesor, el bien de familia. Aquel régimen, al no contemplar la posibilidad de la subrogación real, dejaba sin respuesta situaciones tales como destrucción o incendio de la vivienda afectada cuando tales hechos acarreaban el pago del seguro, la expropiación del inmueble o tan solo la sustitución del inmueble por otro.

§ 30. Efectos de la afectación: regla y excepciones. La afectación al régimen de protección de la vivienda ocasiona que el inmueble no sea susceptible de embargo y ejecución por deudas de causa fuente posterior a la constitución de la tutela (art. 249, párr. 2).

En otras palabras, el sometimiento del inmueble a este especial régimen ocasiona un desplazamiento del inmueble de la garantía común de los acreedores, siempre y cuando sus acreencias sean posteriores a la inscripción.

Quedan al margen de ello las excepciones marcadas también en el art. 249 CCyC:

> *a. obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;*

Constituye una novedad la referencia a las deudas por expensas. Se justifica la inclusión, en razón de la trascendencia que ellas poseen, para el régimen de propiedad horizontal. Por tal motivo, las expensas son recubiertas de una serie de garantías que posibilitan su cobro. En este sentido, se ha dicho —aquí cabe mencionar a Laquis-Siperman— que el cobro de expensas es un aspecto importantísimo, ya que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de alguno o algunos copropietarios coloca en serias dificultades al edificio y compromete la eficiencia del sistema instaurado por la ley.

La norma continúa con los impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble, los cuales ya se encontraban previstos en la ley 14.394 cuando su art. 38 disponía que "el 'bien de familia' no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal (…) con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble…".

b. obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;

La hipoteca prevalecerá sobre el régimen de protección a la vivienda en el caso de que la constitución del gravamen hubiera contado con la conformidad del cónyuge o el conviviente (en este último caso, si la unión convivencial se encuentra inscripta).

c. obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

La referencia a esta clase de créditos ya se encontraba prevista en el art. 38 de la ley 14.394. Uno de los argumentos que se han esgrimido para fundar su oponibilidad redunda en que ellos implican un beneficio directo al inmueble, ya sea por mantenimiento o aumento de su valor.

d. obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

La última novedad que instaura el nuevo régimen es elevar a las obligaciones alimentarias del titular registral a la condición de créditos oponibles al sistema de protección de la vivienda. diversas son las razones para justificar la oponibilidad, entre ellas: la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida, como así también su interés superior como consecuencia de la ponderación entre sus derechos y el derecho a la vivienda.

Finalmente, cabe considerar que en cuanto a los frutos, el art. 251 establece que también "son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios".

§ 31. Efecto de "inalienabilidad relativa". El art. 250 dispone que "si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente". La regla, entonces, es que el inmueble afectado no puede ser transmitido (por ningún acto traslativo del dominio, como la compraventa, la

donación, la permuta, etc.) ni gravado (con derecho real de disfrute o de garantía), de ahí la "inalienabilidad" que produce la constitución del régimen protectorio.

Sin embargo, tal veda se levanta en el caso de que el titular obtenga "la conformidad del cónyuge o del conviviente". Es más, en el caso de no contar con tal conformidad (por oposición, falta, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o del conviviente), siempre queda a salvo la posibilidad de recurrir al juez para contar con la debida autorización.

Respecto de la facultad de disposición para actos mortis causa, el art. 251 prohíbe que el inmueble afectado sea objeto de legados o mejoras testamentarias, pero abre la posibilidad como excepción si con aquel acto de última voluntad se favorece a los beneficiarios denunciados por el titular registral cuando constituyó la tutela.

En síntesis, la inalienabilidad que pende sobre el inmueble afectado es relativa ya que puede levantarse la prohibición de transmitir o gravar en caso de que el titular cuente con la conformidad (de su cónyuge o conviviente) o la autorización judicial, según los casos. A su vez, puede disponer mediante acto de última voluntad en el caso de que se favorezca a los beneficiarios.

§ 32. Reglas en caso de ejecución. El artículo 249 CCyC trae una serie de reglas a tener en cuenta en caso de ejecución del inmueble afectado por la protección:

a. Acreedores sin derecho a pedir la ejecución: el primer principio a tener en cuenta establece que "los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva". En caso de ejecutarse el inmueble tutelado o en caso de ser expropiado por el Estado, aquellos acreedores que no tenían derecho a solicitar la ejecución tampoco pueden cobrar sus acreencias con lo producido de la subasta judicial o de lo obtenido en concepto de indemnización. tanto en uno como en otro caso operará el instituto de la subrogación real, trasladándose la afectación a aquellos importes que quedaran en cabeza del titular registral.

b. Existencia de remanente luego de la ejecución: como corolario de lo anterior, el art. 249 dispone "si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble".

c. Acreedores que pueden pedir la ejecución de la vivienda en el proceso concursal: si bien el nuevo régimen —al igual que el sistema anterior de bien de familia— no establece normas expresas sobre el concurso del titular registral del inmueble tutelado, el artículo prevé que en el proceso concursal la ejecución de la

vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en el art. 249 y aquellos cuyas obligaciones poseen causa fuente anterior a la afectación.

§ 33. Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación produce la cancelación de la tutela, lo que beneficia a la totalidad de los acreedores (de causa fuente anterior o posterior) e introduce nuevamente al inmueble dentro de la garantía común de los acreedores.

El art. 255 dispone que la afectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a. a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;

El primer supuesto contempla la facultad del titular registral de levantar la afectación, mas la solicitud deberá contar con el asentimiento del cónyuge o del conviviente si es que el constituyente se encuentra casado o vive en unión convivencial inscripta. En el caso de no poder contar con tal asentimiento, ya sea por oposición, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o del conviviente, la autorización debe autorizarse por vía judicial. En este último supuesto, el juez tiene amplias facultades para decidir sobre la autorización ya que el nuevo régimen suprime el límite que admitía el pedido, esto siempre y cuando "el interés familiar no resulte comprometido" (art. 49, inc. a) de la ley 14.394). Advertimos que el asentimiento hace a la legitimación del dueño para poder transmitir el inmueble de manera válida, razón por la cual forma parte de los requisitos de fondo del título suficiente.

b. a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;

Los herederos, si toman la decisión con respaldo de la mayoría, se encuentran legitimados para solicitar la desafectación. El caso procede "si la constitución se dispuso por acto de última voluntad". No obstante, la facultad de la mayoría de los herederos puede paralizarse ante el caso de que "medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos". La norma reproduce en esencia al art. 49 de la ley 14.394 en su inc. b), aunque varía en determinados puntos: 1) incluye la disconformidad del conviviente inscripto; 2) incluye a los beneficiarios con capacidad restringida; y 3) omite la referencia al "interés

familiar" expresando que el interés al que debe atenerse el juez —en caso de existir causales que traben la decisión privada de la desafectación— es el de cada uno de los beneficiarios. Es decir, el interés es considerado aisladamente y no en función del ente familiar.

> *c. a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;*

Si el inmueble se encuentra en condominio, la mayoría puede tomar la decisión de desafectarlo. En este sentido, la norma dispone que la mayoría será "computada en proporción a sus respectivas partes indivisas", lo cual equivale a decir que la mayoría que se requiere para desafectar es de valor. Se reproduce el art. 49, inc. c) de la ley 14.394, aunque con mayor precisión y técnica al incluir la palabra "indivisas".

Por último, el inc. c) limita la decisión de los condóminos, lo que remite a lo establecido para el caso de comunidad hereditaria. Por esta razón, la decisión de los condóminos no surtirá efectos si media disconformidad de alguno de los cónyuges o convivientes inscriptos de los condóminos o "existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos".

> *d. a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;*

La desafectación puede ser solicitada, en primer lugar, a instancia de cualquier interesado, lo que concuerda con el art. 49, inc. d) de la ley 14.394. Se legitima a cualquier interesado, como podrían serlo los acreedores que se encuentran en condiciones de cubrir sus créditos con el producido de la ejecución del inmueble. En segundo lugar, la desafectación procede de oficio, es decir a instancia del propio Registro; no obstante, para que proceda la desafectación, ya sea por cualquier interesado o de oficio, se deben reunir dos requisitos: a) que no subsistan los recaudos previstos en este Capítulo (como, por ejemplo, el de la habitación efectiva); o b) fallecimiento del constituyente y todos los beneficiarios. Nótese que en este último caso la sola muerte del afectante no ocasiona la pérdida de la protección, sino que debe sumarse la muerte de todos los beneficiarios.

> *e. en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.*

En caso de que proceda la expropiación, la utilidad pública que ella conlleva determina la superioridad del bienestar común por sobre la protección del interés privado. No obstante, la tutela se hará efectiva a través de la subrogación real en los montos indemnizatorios. El supuesto de reivindicación supone la discordancia entre la

realidad registral y extraregistral, lo que significa que el titular registral afectó el inmueble al régimen de tutela, pero en verdad carecía de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho real. De esta manera, la protección a la vivienda le es inoponible al verdadero dueño que inicia la acción reivindicatoria. El último caso lo configura el proceso de ejecución del inmueble afectado “con los límites indicados en el art. 249”. La referencia al art. 249 confirma que en caso de ejecución se debe atener a los acreedores allí enunciados, y en caso de existir un remanente luego de la venta de la vivienda, aquel debe serle entregado al ex propietario.