

XXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

VI FORO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

Comisión 1. Sub-tema: Afectación a vivienda

El derecho de afectación a vivienda en casos donde el titular del inmueble es menor de edad: legitimación, representación legal y prescindibilidad de venia judicial

Autoras:

Esc. y Mag. María del Valle Bertrés

Abog. y Mag. María Gabriela Calvo

ÍNDICE

<u>I. Introducción</u>	3
<u>II. Primera Parte</u>	5
<u>A. Objeto del instituto bajo análisis</u>	5
<u>B. Acto de afectación</u>	7
<u>C. Naturaleza jurídica de la afectación</u>	8
<u>D. Legitimación</u>	10
<u>III. Segunda Parte</u>	11
<u>A. Responsabilidad Parental. Concepto y Principios</u>	11
<u>B. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental</u>	12
<u>C. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores</u>	12
<u>D. Actos de disposición</u>	13
<u>E. Representación legal. Acreditación</u>	14
<u>IV. Conclusiones</u>	15
<u>V. Bibliografía</u>	16

I. Introducción

En el presente trabajo se analiza la aplicación del instituto de afectación a vivienda -reconocido en el Cap. 3, Título 3, Libro I del Código Civil y Comercial (CCyC)- en casos en los que el título de propiedad del inmueble recae en un menor. De manera particular, se busca determinar el rol de los representantes legales y si es necesario para materializar la afectación una venia judicial.

A nivel constitucional el derecho a la vivienda ha sido consagrado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional (CN), a partir de la reforma del año 1957, donde se declaró el derecho de toda persona a una vivienda digna. En conformidad con lo anterior, la reforma constitucional de 1994 incorporó en el art 75 inc. 22 diversas Declaraciones y Tratados internacionales de derechos humanos que receptan el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales en el desarrollo del hombre y le otorga dignidad¹.

Diversas leyes, en el orden nacional y provincial, han creado sistemas especiales de protección de la vivienda habitada por una persona y su familia. El nuevo CCyC recepta la constitucionalización del derecho privado, y en el marco de los derechos humanos, la protección de la persona humana mediante los derechos fundamentales, entre ellos la vivienda.

Se reguló con una mirada superadora del sistema de la Ley 14.394, que reconoce el amparo conforme la progresión de las generaciones de derechos humanos. En la primera generación se protegió la garantía a la vivienda con el derecho de propiedad liberal; en la segunda se integró el principio de dignidad; mientras que en la tercera se incluyó la idea de la vivienda enmarcada en un ambiente digno².

El régimen de la protección de la vivienda incorporado al CCyC³ deroga el anterior régimen de bien de familia regulado en los art. 34 a 50 de la Ley 14.394. La

¹ Vale destacar aquí la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (1969), la Convención de los Derechos del Niño (1989).

² BERTRES, María del Valle y CALVO, María. “Derechos humanos y vivienda: Tensiones entre el dominio privado y la función social de la propiedad”. En XXI Congreso Nacional y XI Latinoamericano de sociología jurídica. *De la excepción a la regla. La inconsistencia del discurso jurídico actual*. Rosario. UNR, 27 a 30 de octubre de 2021 [Actas en proceso de publicación].

³ Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Publicada en B.O.: 8/10/2014.

denominación “Bien de familia” fue sustituida por la de “vivienda”, dado que el objeto de protección no es la familia, sino el derecho humano de toda persona a la vivienda. El cambio en la terminología responde al nuevo paradigma utilizado para la regulación de este instituto, por cuanto ya no se requiere de una estructura familiar de convivencia para que el titular pueda acceder a la protección de la vivienda (CCyC, arts. 245 y 246).

Dicho de otro modo, el nuevo régimen de protección de la vivienda se basa en el reconocimiento convencional del derecho individual a la vivienda con inclusión del proyecto de vida de toda persona, aunque viva sola, para que el inmueble se torne inejecutable⁴. Así, la postura adoptada por el legislador optimiza y potencia el alcance del derecho humano a la vivienda, adecuando las normas del derecho interno con los tratados internacionales (CN, art. 75 inc. 22)⁵.

El caso particular que suscitó el interés por la temática elegida en este trabajo ocurrió en la Prov. de San Luis en 2022, cuya descripción merece atención para poder comprender sus proyecciones en el campo notarial y registral. Así, pues, del hecho de marras surge lo siguiente: a) Se pretende la afectación de un inmueble cuyo titular dominial es un menor de edad de 13 años cumplidos; b) el bien inmueble había ingresado al patrimonio del menor mediante una donación otorgada por sus progenitores; c) el trámite en el Registro Provincial fue iniciado por ambos progenitores, de común acuerdo, en ejercicio de la responsabilidad parental, sin contar con venia judicial.

La disyuntiva que origina el caso descrito es si para proceder con la afectación a vivienda se requiere o no de venia judicial, dado que el Registro de Propiedad Inmueble (RPI) de la Prov. de San Luis no define expresamente esta cuestión. *A priori* no debería ser necesaria, ya que no existe una prohibición legal, ni por la legislación de

⁴ CALVO, María Gabriela y PASQUALE, María Florencia. “El fin social de la propiedad como garantía de la eficacia del humano derecho a la vivienda”. [online]. *Revista del Centro de Investigaciones Universidad Nacional de San Luis*, Vol. 1, n°1, 2022, pp. 64-71. Disponible en: <https://acortar.link/0zIEJc>

⁵ El orden de prelación que ha establecido la reforma de la constitución argentina constituye el andamiaje apropiado para que se concreten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Este último es ejercitado tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La jurisdicción nacional al interpretar las normas locales debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional. SABSAY, Daniel. “El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. [online]. *Revista Pensar en Derecho*, Vol. I, n°1, 2012, pp. 265-282. <https://acortar.link/vq68up>

fondo ni por las DTR nacionales y provinciales; más aún, si se considera que el acto pretendido por los progenitores no es un acto de disposición.

Encorsetada la clasificación del acto en el binomio tradicional disposición-administración, la afectación a vivienda pertenece a la segunda tipología. Sin embargo, dicha taxonomía resulta insuficiente para el nuevo paradigma constitucionalizado del derecho privado. Por ello, frente al caso descripto, se buscará defender la siguiente tesis: la afectación es un acto protectorio de conservación. Además, en el caso de marras la venia judicial resulta innecesaria, pudiendo los progenitores efectuar el trámite de afectación en ejercicio de la representación legal, con la acreditación del vínculo filial y cumpliendo los demás recaudos necesarios y rogar su registración. Ello, en razón de que el acto no implica menoscabar el patrimonio del menor, sino que redundará en su beneficio, teniendo en cuenta el interés superior del adolescente.

A fin de demostrar la tesis esgrimida, la exposición se organizará en dos grandes secciones. La primera parte se inicia con el análisis del objeto, la naturaleza jurídica del instituto en estudio, las reglas de la legitimación y del acto de afectación al régimen de la protección a la vivienda. En la segunda parte se considerarán los principios rectores de la representación legal ejercida por los progenitores, cuáles son los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores y qué se requiere para los actos de disposición y la acreditación de la representación legal.

II. Primera Parte

A. Objeto del instituto bajo análisis

El objeto de protección es un inmueble urbano o rural destinado a vivienda al que el régimen protectorio le otorga en principio el carácter de inejecutable por acreedores por deudas de fecha posterior a su constitución. El inmueble afectado podrá ser embargado pero no ejecutado, salvo por las excepciones previstas legalmente por la naturaleza del crédito, por las cuales sí podrá ser ejecutado: a) obligaciones por expensas comunes e impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250 del CCyC; c) obligaciones originadas en

construcciones o mejoras sobre el inmueble; y d) obligaciones alimentarias del titular hacia sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida⁶.

El CCyC no permite, a diferencia del régimen anterior, que la afectación recaiga sobre un inmueble cuyo único destino sea profesional, comercial o industrial. En tanto que, si es posible que se afecte un inmueble con destino mixto, es decir vivienda y otra actividad, lo que se infiere del art. 251 del CCyC, que permite embargar los frutos que produce el inmueble que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. Caso contrario, si el inmueble tiene como único destino la vivienda, no produciría frutos susceptibles de embargo. No prevee un valor tope para la afectación a diferencia de la Ley 14.394, que autorizaba a las autoridades locales a fijar topes.

Siguiendo a Szmuch⁷, en la actualidad la afectación se puede hacer por la totalidad o por una parte del valor del inmueble, si el valor que se incluye excede lo necesario para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, el juez puede morigerarla (art. 244 CCyC). La posibilidad de afectar un inmueble en parte de su valor permite al acreedor la ejecución de una parte material del inmueble, y en tal caso el adquirente en subasta pasaría a ser copropietario del inmueble afectado⁸. Se mantiene las prohibiciones del anterior régimen de afectar dos inmuebles, y ser propietario único de dos o más inmuebles afectados.

El CCyC prevé la posibilidad de afectar un inmueble rural que no exceda de la unidad económica, entendiendo que es así en tanto se cumpla con el destino de vivienda⁹. En caso de resultar propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

Cabe destacar que el inmueble se debe apreciar desde el punto de vista de la realidad económica, y no catastral o registral, dado que se podrán afectar -y así está previsto en las en las Disposiciones Técnico Registrales (en adelante “DTR”) de

⁶ ABELLA, Adriana y REGIS, Ariel. “Comentario al artículo 249”. En CLUSELLAS, Eduardo. *Código Civil y Comercial – Comentado, anotado y concordado por Escribanos*. Tº1. CABA, Astrea, 2015, p. 644.

⁷ SZMUCH, Mario. “Régimen de Vivienda”. En MALIZIA, Roberto. *Modelos de escritos. Derechos Reales*. 1ª ed., CABA, Editorial Rubinzal-Culzoni. 2018, p 762.

⁸ KIPER, Claudio. *Tratado de derechos reales*. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 241.

⁹ SZMUCH, Mario, op. cit., p. 762.

algunas provincias como San Luis y Buenos Aires-, dos o más inmuebles de un mismo propietario, siempre que en ellos se asiente la vivienda. Asimismo, en el Derecho de Propiedad Horizontal la afectación de la unidad funcional comprende la de las unidades funcionales que la complementan o sirvan¹⁰. En los casos de unificación, si un inmueble se anexa con otro ya afectado, los efectos se producirán desde la fecha en que el título de unificación ingresa al registro. Y para el caso de división del inmueble, se deberá declarar sobre que parcela se mantiene la afectación¹¹.

El inmueble gravado (usufructo, uso o habitación) requiere para la afectación la conformidad del titular del gravamen. En la habitación debe cumplirse la efectiva habitación por alguno de los beneficiarios. El inmueble objeto de locación o comodato no puede afectarse por no cumplir con el destino.

B. Acto de afectación

La afectación requiere la manifestación de voluntad expresa del titular registral y si existe condominio será necesaria la conformidad unánime, sin que sea requisito la existencia de parentesco entre ellos. El inicio del régimen es con un acto del titular registral o decisión del juez, es decir, que el sistema de protección no opera de manera automática.

El del titular registral puede disponer la afectación por actos entre vivos, o por testamento. En este último caso de acto de última voluntad, luego que el juez apruebe el testamento en cuanto a sus formas, ordenará la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del ministerio público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Por otro lado, el juez podrá decidir la afectación, a pedido 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, de lo que se infiere que se permite que la afectación se disponga a pedido de ex cónyuge o ex conviviente no titulares.

Si la afectación es realizada por el del titular registral, puede optar por hacerlo vía administrativa ante el oficial del registro de la propiedad inmueble, o por escritura

¹⁰ Disposición Técnica Registral de San Luis N°4/2015, art. 3.

¹¹ Disposición Técnica Registral de San Luis N°4/2015, art 4.

pública. En cambio, si la afectación es dispuesta por el juez, el acceso al registro será mediante documento judicial.

Al momento de la afectación hay que designar beneficiarios: a) el mismo constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; b) los colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente. En caso del conviviente no se requiere la registración de la convivencia¹². Se pueden incorporar o excluir beneficiarios luego de la afectación¹³. Asimismo, se agrega como requisito que alguno de los beneficiarios habite el inmueble, lo que se tiene por cumplido con una declaración jurada suscripta por el titular registral al momento de la afectación.

C. Naturaleza jurídica de la afectación

La doctrina debate si la afectación al régimen de vivienda se constituye por medio de un acto de administración o uno de disposición. La elección de una u otra postura determina los requisitos para llevar adelante la afectación. En relación a los actos de disposición, un criterio amplio considera que se incluyen dos categorías: los actos de disposición traslativos, que son aquellos que desplazan la titularidad del bien a favor de terceros; y los actos dispositivos no traslativos, que se caracterizan por desmembrar la propiedad de los bienes, modificar sustancialmente el régimen aplicable a cualquiera de sus bienes. En este último supuesto no es necesario que el bien salga del patrimonio. En cambio, un criterio restringido sostiene que acto de disposición es aquel que tiene la virtualidad de hacer salir el bien del patrimonio de quien lo otorga.

Mariani de Vidal y Papaño et al. consideran que la afectación comporta un verdadero acto de disposición, en razón de que el propietario del inmueble verá restringida sus facultades sobre el bien, por lo cual, en caso de tratarse de un inmueble ganancial o propio en las condiciones del art. 1277 del CC, se requiere el asentimiento conyugal¹⁴.

¹² SZMUCH, Mario, op. cit., p. 765.

¹³ DTR N°4/2015, art. 11: Se pueden incorporar o excluir beneficiarios luego de la afectación en cuyo caso se deberá suscribir el acta correspondiente, acompañando la documentación requerida para la afectación.

¹⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*. Tomo 2, 8ª ed. CABA, Zavalía, 2010. p 119; PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio, DILLON, Gregorio y CAUSSE, Jorge. *Derecho Civil*. T°2, 3° ed. CABA, Editorial Astrea, 2012, p. 633.

Szmuch afirma que se trata de un acto de disposición, porque se produce una modificación sustancial del contenido del derecho que recae sobre el inmueble que se afecta. Sin embargo, entiende que no es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente por ser un acto que favorece el interés familiar¹⁵. Sabene sostiene que es un acto de disposición no traslativo¹⁶.

En nuestra opinión, coincidente con doctrina autorizada, al no existir en la afectación una disposición patrimonial no encuadra aquella en un acto de tal característica. Por el contrario, el acto redundará en beneficio del grupo familiar, entendiendo que es un acto de protección del patrimonio. De allí que no será necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente del bien propio o ganancial¹⁷. Además, la afectación no lo excluye del comercio ni de la responsabilidad patrimonial, porque la vivienda sigue respondiendo por todas las obligaciones de causa anterior y por algunas otras de causa posterior conforme las excepciones previstas por la ley.

Cabe agregar que el carácter constitutivo de la inscripción del bien a este régimen especial coadyuda al argumento de que no es un acto de disposición, dado que cuando en materia inmobiliaria se realiza un acto de disposición la inscripción es declarativa y no constitutiva. La inscripción es constitutiva porque no modifica ni transmite, extingue ni constituye un derecho real inmobiliario. De lo que se deriva que tampoco sería necesario solicitar certificado registral (art. 23 Ley 17.801), tal la postura registral de provincias como Neuquén, San Luis y Río Negro¹⁸.

En este punto la clasificación de actos en el binomio tradicional disposición-administración resulta insuficiente para clasificar la afectación de la vivienda conforme el nuevo paradigma constitucionalizado del derecho privado. La afectación no importa disponer del patrimonio con los efectos que ello provoca -aumento o disminución-. Tampoco implica administrar, pues no tiene por fin la gestión propia del patrimonio ni la obtención de frutos, aunque sí de conservación, pero excede la simple administración

¹⁵ SZMUCH, Mario, op. cit., p. 763.

¹⁶ SABENE, Sebastián E. *Derecho registral: una perspectiva multidisciplinaria*. Tomo I, CABA, La Ley, 2017, p. 253.

¹⁷ ABELLA, Adriana y SABENE, Sebastián. “Comentario al artículo 245”. En CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coordinador). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. T°1. CABA, Editorial Astrea, 2015, p. 636.

¹⁸ Resolución Técnico Registral de Neuquén 3/2015; Disposición Técnica Registral 1/2016 del Registro Propiedad Inmueble de Río Negro; Disposición Técnica Registral de San Luis N°4-D.G.R.P. I-2015

al tener un carácter tuitivo protectorio. En este marco consideramos que la afectación tiende a proteger el patrimonio en la concreción de principios convencionales como lo son el interés familiar y el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

En el caso concreto de la práctica registral hay que tener en cuenta que la mayoría de los Registros de Propiedad Inmueble del país otorgan a la afectación el tratamiento de un acto de administración, en tanto no exigen el asentimiento del cónyuge o conviviente para la afectación, sea el inmueble propio o ganancial¹⁹.

D. Legitimación

Como ya se expresó ut-supra, la afectación puede ser solicitada por el titular registral, y en caso de condominio es necesario que sea solicitada dice la ley por todos los comuneros (art. 245 1º párrafo CCyC)²⁰. El anterior régimen derogado de Bien de familia establecía que el solicitante debía justificar su dominio sobre el inmueble. El nuevo CCyC no lo exige, sin perjuicio que algunas reglamentaciones locales establecen como requisito, en caso de optar por la afectación vía administrativa, presentar el primer testimonio del título por el que se adquirió el dominio.

Por ello podrían afectarlo el titular de cualquier derecho real que sea susceptible de embargo o ejecución, como: dominio, condominio, propiedad horizontal, propiedad superficiaria, usufructo o uso. Es decir, todos aquellos supuestos en donde además el objeto del derecho sea compatible con el destino de vivienda. Queda excluido de tal posibilidad el titular del derecho real de habitación que, si bien se ejerce por la posesión, no puede ser ejecutado su derecho por los acreedores conforme lo regulado en el art. 2160 CCyC.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) se concluyó por unanimidad que el usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren

¹⁹ Disposición Técnica Registral de San Luis N°4/2015, art. 8.

²⁰ Los legitimados para solicitar la afectación son el titular registral, y en caso de condominio por la totalidad de los condóminos, sin que baste la mayoría, ni aun cuando sea una pequeña porción sobre el inmueble la que corresponde al condómino que no presta su conformidad. La exigencia del art. 245, párr. 1º resulta razonable por la indisponibilidad que significa la afectación (art. 250) y se compadece con el régimen general de disposición de la cosa en condominio que establece el art. 1990. MASCOTRA, Mario. "Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación". *Revista La Ley*, Edición Especial "Protección de la vivienda", 21/09/2020, Id SAIJ: DACF200246.

los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario²¹.

Por otro lado, en algunas reglamentaciones provinciales, como la DTR 4-2015 San Luis en su art. 8, establece que la afectación puede solicitarse vía representación convencional, es decir mediante poder general o especial otorgado por escritura pública. La cuestión a dilucidar es si en los casos de inmuebles de titularidad de menores de edad, podrían solicitar la afectación quienes ejercen la responsabilidad parental, deben o no requerir la autorización judicial para tramitar la afectación. Para ello resulta imprescindible analizar los principios que rigen la responsabilidad parental, y en especial las normas que regulan los actos que pueden realizar los progenitores solos o con el consentimiento de ambos.

III. Segunda Parte

A. Responsabilidad Parental. Concepto y Principios

El art. 638 del CCyC define a la responsabilidad parental -la llamada Patria Potestad en el art. 264 del anterior Código velezano- como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación íntegra mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Por tratarse de un conjunto de derechos y deberes se trata de una función. La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades.

Por su parte, el art. 25 del nuevo Código determina que el menor de edad es la persona que no ha cumplido los dieciocho años. Desde el nacimiento y hasta la mayoría de edad, la ley distingue a los niños y niñas en dos categorías: menores de trece años, y a los adolescentes mayores de trece años y hasta los dieciocho años. Conforme al art. 639 del mismo cuerpo normativo, la responsabilidad parental se rige por tres principios básicos en lo que respecta a su interpretación: el interés superior del niño, la autonomía

²¹ KIPER, Claudio et al. “Comisión n° 5, Derechos Reales: Usufructo”. En XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Fecha de consulta: 27/09/23. Disponible en: <https://goo.su/c4TFNN>

progresiva y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez.

El precepto del interés superior del niño adquiere jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, siendo receptado por el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial²². En cuanto a la autonomía progresiva, esta se presenta como una consecuencia de la faz dinámica de la capacidad del sujeto, que lo faculta para decidir en asuntos vinculados a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y a su desarrollo.

B. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental

La titularidad de la responsabilidad parental consiste en el goce de los derechos y deberes emergentes del régimen, reposa sobre ambos progenitores, a menos que se haya extinguido el régimen o hayan sido privados de la responsabilidad parental, uno o ambos. En cambio, el ejercicio de la responsabilidad parental supone ámbitos de actuación práctica que puedan recaer sobre los dos o uno solo de los progenitores, o bien encontrarse distribuidos entre ellos. El art. 641 del CCyC sienta las bases sobre las cuales a los progenitores les corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental.

C. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

El art. 645 del CCyC -con antecedente en el art. 264 quáter del Código derogado- contempla los supuestos en que es requerido el consentimiento de ambos progenitores para aquellos hijos con doble vínculo filial. Cuando uno de los progenitores no diese su consentimiento o se encontrare imposibilitado para hacerlo, el juez resolverá lo que resulte más conveniente para el interés familiar, considerando que

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002, indicó que la expresión “interés superior del niño” consagrada en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño implica que el desarrollo de este, y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. De este modo, el principio analizado ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos (Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, “A. B., R. E. c. A., E. J. O. s/ cuidado personal”. Fecha: 19/02/2019. AR/JUR/11057/2019).

por mandato del art. 639 deberá ponderar los principios pilares de la responsabilidad parental: el interés superior del niño, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva.

Los supuestos contemplados en el art. 645 son los siguientes: 1) Autorización para contraer matrimonio; 2) Autorización para el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; 3) Autorización para salir de la República o cambiar de residencia permanente en el extranjero; 4) Autorización para estar en juicio; 5) Actos de administración de los bienes de los hijos.

En relación a este último supuesto, haciendo una interpretación sistemática de los art. 645 y 685 del CCyC, los actos de administración requieren el consentimiento de ambos progenitores, salvo en los casos de: a) muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión su ejercicio; y b) hijo extramatrimonial con un solo vínculo filiatorio jurídicamente establecido.

Cabe agregar que el progenitor privado de la responsabilidad parental por el art. 695 CCyC pierde la administración de los bienes de los hijos, pero para el resto de los supuestos contemplados en el art. 645 CCyC sí deberá prestar su consentimiento, ya que la existencia de doble vínculo filial es lo que hace exigible el consentimiento conjunto, y la privación de la responsabilidad parental no desplaza el vínculo filiatorio.

El art. 645 *in fine* CCyC dispone que “cuando el acto involucra a hijos adolescentes es necesario su consentimiento expreso”²³, recordando que es adolescente aquella persona menor de edad entre los trece y los dieciocho años. Su intervención se justifica en función del principio de autonomía progresiva y de su derecho a ser oído. El adolescente debe consentir lo que implica conformar la voluntad negocial, pero no necesariamente significa que en todo caso deba comparecer al acto, ya que en algunos supuestos tal comparecencia no será exigible. Verbigracia: si ambos progenitores pretenden autorizar al adolescente a salir del país basta que comparezcan ellos y el adolescente consienta con ocasión de su egreso.

D. Actos de disposición

Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo -niña, niño o adolescente- sin la correspondiente autorización

²³ Aquí el término “expreso” no debe entenderse como necesariamente escrito (arts. 260, 261 y 262 del CCyC).

judicial (art. 692 CCyC), previo dictamen del Ministerio Público (art. 103 inc. a). Por lo tanto, no pueden -sin la autorización judicial-, enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad, invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos.

A diferencia del régimen derogado, los actos de disposición ya no requieren el consentimiento de ambos progenitores, sino que su régimen se simplifica absorbiéndose con la autorización judicial que, de cualquier modo, no será concedida sin la previa audiencia de los progenitores con el Ministerio Público. La exigencia que ordena cumplir la norma para que el acto sea válido encuentra sustento en la protección del patrimonio del menor. Los actos de disposición, a diferencia de los actos de administración, producen un aumento o disminución del patrimonio y su efecto justifica la necesidad de la venia judicial para su celebración.

De acuerdo con el último párrafo del mismo art. 692: “los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo”. El hijo menor, con edad y grado de madurez suficiente, o cuando llega a la mayoría de edad, puede entablar la acción de nulidad, siempre que le haya ocasionado un perjuicio que debe ser probado. La acción procederá aun cuando hubiera prestado conformidad en el acto siendo menor. Por lo que, si el acto se celebrara sin la autorización judicial, el acto será válido si se prueba que no causó un perjuicio al hijo.

Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión ya que, según el art. 30 del CCyC, tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de ella y puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización. Esta solución se adecua a la postura de considerar la afectación un acto de conservación protectorio que torna efectivo el carácter convencional de los intereses de los menores y su familia.

E. Representación legal. Acreditación

Los progenitores son los representantes necesarios del niño, niña o adolescente, en orden a lo normado en el art. 101, inciso b) del CCyC. La acreditación de la filiación -sustento de la responsabilidad parental- es con las partidas, certificados o libretas expedidas por el Registro de las Personas, ya que estos son el medio idóneo para

acreditar los nacimientos ocurridos en la República Argentina y las filiaciones jurídicamente establecidas. La citada documentación con la firma del oficial público y el sello de la oficina respectiva son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido.

Cuando resulte necesario acreditar el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental, deberá presentarse: a) el certificado de defunción del otro progenitor, cuando el motivo fuere su muerte real o presunta; b) el testimonio judicial de la sentencia de privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, para estos supuestos, o de la sentencia que prevea una pena de reclusión o prisión por más de tres años, en los términos del art. 12 del Código Penal.

En el supuesto del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial emplazado se desprende esta circunstancia de su partida de nacimiento. En el caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental al otro progenitor, en cuyo caso el progenitor deberá presentar el testimonio judicial de la sentencia de filiación, del que surgirá que el otro progenitor no se ha emplazado voluntariamente como tal.

Es prudente requerir la presentación de la partida actualizada toda vez que, desde la expedición de la última, pudo tener lugar la inscripción registral de un reconocimiento voluntario o emplazamiento judicial del otro progenitor, que encuadrarán la situación en otro supuesto de la norma, con diferentes soluciones.

En los casos de actos en que intervenga un delegatario de ejercicio de la responsabilidad parental, deberá presentarse el acuerdo y la sentencia homologatoria como documentación habilitante.

IV. Conclusiones

A modo de corolario, y sobre la base de lo expuesto en los apartados precedentes, es posible pensar el acto de afectación al régimen de protección de la vivienda por fuera del binomio disposición-administración, a partir de una categoría diversa a la de los actos patrimoniales, bajo la premisa de que dicho instituto importa un acto protectorio de conservación. En verdad, con la afectación no se busca, tal como se mostró en este trabajo, disponer del patrimonio, con los efectos de aumento o

disminución que ello provoca. Tampoco implica administrar, pues no tiene por fin la gestión propia del patrimonio ni la obtención de frutos; excede la simple administración, ya que su fin es de carácter tuitivo protectorio.

En el caso de ser un menor de edad el titular dominial, la afectación solo podría hacerse efectiva a través de sus representantes legales, sin la necesidad de una venia judicial. El acto no menoscaba el patrimonio del menor, sino que, por el contrario, redunda en su beneficio, materializando así el interés superior del adolescente, quien, en ausencia de tal protección, se encontrarían expuestos sus bienes registrables a la agresión de cualquier acreedor. Verbigracia, ante la acción civil iniciada por un transeúnte a causa de la caída del balcón de un inmueble de su propiedad.

Es de destacar la utilidad práctica y justa de esta solución de la afectación al citado régimen por los progenitores, sin la necesidad de tramitar la venia judicial, propendiendo a una interpretación no restrictiva ni limitativa respecto de los sujetos habilitados para someter un inmueble y acogerse así al régimen de vivienda. Estos pueden actuar por sí o en ejercicio de una representación legal, en coherencia con la finalidad protectora del régimen, en miras al interés jurídico, que es proteger el patrimonio de la persona humana con fines alimentarios.

De esta manera, se evita que la literalidad de la ley y el vacío legal vulneren derechos de raigambre constitucional y consagrados en los Tratados internacionales, como es el instituto de la vivienda.

La existencia de distintas soluciones que pueden tener lugar dependiendo del criterio imperante de los RPI de cada jurisdicción hace necesario unificar el criterio a adoptar frente al pedido de afectación a vivienda cuando el titular del inmueble es un menor de edad. Este podría consistir, por tanto, en una resolución conjunta de los RPI de todas las jurisdicciones por la cual la afectación a vivienda solicitada por el representante legal de un menor sea considerada un acto conservatorio e incluso de administración, no resultando necesario, entonces, tramitar la venia judicial.

De lege ferenda modificar el art. 245 del CCyC, incorporando expresamente que: La afectación puede ser solicitada por el titular registral en interés propio o ajeno. En caso de la afectación por un representante legal, no se requerirá venia judicial.

V. Bibliografía

ABELLA, Adriana y SABENE, Sebastián. “Comentario al artículo 245”. En CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (coordinador). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. T°1. CABA, Editorial Astrea, 2015, pp. 635-636.

ABELLA, Adriana y REGIS, Ariel. “Comentario al artículo 249”. En CLUSELLAS, Eduardo. *Código Civil y Comercial – Comentado, anotado y concordado por Escribanos*. T°1. CABA, Astrea, 2015, pp. 643-646.

BERTRES, María del Valle y CALVO, María. “Derechos humanos y vivienda: Tensiones entre el dominio privado y la función social de la propiedad”. En XXI Congreso Nacional y XI Latinoamericano de sociología jurídica. *De la excepción a la*

regla. La inconsistencia del discurso jurídico actual. Rosario. UNR, 27 a 30 de octubre de 2021 [Actas en proceso de publicación].

CALVO, María Gabriela y PASQUALE, María Florencia. “El fin social de la propiedad como garantía de la eficacia del humano derecho a la vivienda”. [online]. *Revista del Centro de Investigaciones Universidad Nacional de San Luis*, Vol. 1, n°1, 2022, pp. 64-71. Disponible en: <https://acortar.link/0z1EJc>

KIPER, Claudio. *Tratado de derechos reales*. Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2016.

KIPER, Claudio et al. “Comisión n° 5, Derechos Reales: Usufructo”. En XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Fecha de consulta: 27/09/23. Disponible en: <https://goo.su/c4TFNN>

MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*. Tomo 2, 8ª ed. CABA, Zavalía, 2010.

MASCIOTRA, Mario. “Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista La Ley*, Edición Especial "Protección de la vivienda", 21/09/2020, Id SAJ: DACF200246.

PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio, DILLON, Gregorio y CAUSSE, Jorge. *Derecho Civil*. T°2, 3° ed., CABA, Editorial Astrea, 2012.

SABENE, Sebastián E. *Derecho registral: una perspectiva multidisciplinaria*. Tomo I, CABA, La Ley, 2017

SABSAY, Daniel. “El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. [online]. *Revista Pensar en Derecho*, Vol. I, n°1, 2012, pp. 265-282. <https://acortar.link/vq68up>

SZMUCH, Mario. “Régimen de Vivienda”. En MALIZIA, Roberto. *Modelos de escritos. Derechos Reales*. 1ª ed., CABA, Editorial Rubinzal-Culzoni. 2018, p. 743-778.

Legislación

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Publicada en B.O.: 8/10/2014.

Disposición Técnica Registral de Río Negro N° 1/2016. Régimen de protección de la vivienda. Afectación de inmuebles. Procedimiento. Norma complementaria del artículo 244 de la Ley 26.994. Publicación en B.O.: 29/02/2016

Disposición Técnica Registral de San Luis N°4/2015. Régimen de Protección de la Vivienda. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis, 29 de octubre de 2015. Fecha de consulta: 01/09/2023. Disponible en: <http://www.rpi.sanluis.gov.ar/tramites/>

Resolución Técnico Registral 3/2015. Afectación a vivienda (art. 244 y sgtes. del Cód. Civil y Comercial). Poder Judicial de Neuquén, 31 de julio de 2015. Fecha de consulta: 01/09/2023 Disponible en: <https://goo.su/R7FP>

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, “A. B., R. E. c. A., E. J. O. s/ cuidado personal”. Fecha: 19/02/2019. AR/JUR/11057/2019. Fecha de Consulta 14/08/20.