



Universidad FASTA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogacía

El Bien de Familia y la Subrogación Real

Autor: Justo Crego

Asesoramiento:

Tutor: Dr. Carlos Brun

Departamento de Metodología de la Investigación: Dra. Amelia Ramirez

Abstrac:

Este trabajo versa acerca de la Subrogación Real del Bien de Familia. Comenzamos estudiando el instituto del Bien de Familia, para luego analizar específicamente la Subrogación Real.

Describiendo opiniones doctrinarias, fallos jurisprudenciales, legislación comparada, concluyendo la necesidad de incorporar a nuestra legislación vigente la subrogación real del bien de familia, cuyo primordial fin es la protección de algo tan sagrado como la familia.

Indice.-

Introducción.....Pag.- 7

Marco Teórico.-

Bien de Familia.....Pag.-10

Requisitos y Características para su constitución.....Pag.-15

Efectos de la Afectación.....Pag.-20

Desafectación.....Pag.-24

Desarrollo.-

La Subrogación RealPag.-

26

Legislación Actual.....Pag.-26

Subrogación Real y la Quiebra.....Pag.-27

Legislación Comparada.....Pag.-30

Proyecto de Ley del Código Civil de 1998.....Pag.-30

Jornadas Nacionales de Derecho CivilPag.-31

Análisis Jurisprudencial.....Pag.-31

Conclusiones.-

Sugerencia de una Reforma.....Pag.-41

BibliografíaPag.-43

Introducción

La familia es, sin duda, una institución básica y fundante de la sociedad. Por lo tanto, todo aquello que sea capaz de generar posibilidades para su protección y fortalecimiento resulta de alta significación social. Esta es la razón clave que fundamenta la elección de nuestra temática: la subrogación real del bien de familia. En efecto, este instituto es de vital importancia, en cuanto a la protección de la familia. La falta de legislación sobre este instituto es una insuficiencia legal, que debe ser corregida mediante una reforma. El objetivo de este trabajo es estudiar situación no contemplada actualmente por nuestra legislación; también es de gran importancia examinar todos los casos que debieran ser alcanzados por este instituto.

Dentro de estos vacíos legislativos podemos considerar:

- El caso de las sumas correspondientes al pago de un seguro en caso de destrucción del inmueble por un siniestro, donde dado que nuestra ley 14.394 se mantiene en silencio, debe entenderse que no se encuentran alcanzadas dichas sumas por el régimen del bien de familia, quedando desprotegidas.
- Lo mismo sucede con las indemnizaciones en caso de expropiación.
- Cuando el precio de la venta de un inmueble afectado al régimen de bien de familia, cuyo propietario destinara dicho importe a la adquisición de otro inmueble. Esta situación es relevante, ya que muchas veces se necesita vender un inmueble para adquirir otro nuevo, para atender las necesidades de cambios domiciliarios que se presentan con frecuencia a los grupos familiares.
- En los casos de quiebra del constituyente, cuando existen acreedores anteriores y posteriores a la constitución del bien de familia. Vacío legislativo de notable importancia, y destacadas soluciones jurisprudencias, como es el fallo Kipperband, Jacobo c. Registro de la propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

En suma, la solución que se propicia es la siguiente: La ley debería prever la subrogación real, que significa que si existe un inmueble inscripto como bien de familia que se desafecta para poder venderlo, y con su producido adquirir otro inmueble, el beneficio debe trasladarse al nuevo inmueble con efecto retroactivo a la fecha de inscripción del anterior bien de familia.

Permitiéndose la subrogación el nuevo inmueble va a tener el mismo beneficio que el anterior, con efecto a la fecha de constitución del primero. Por eso si consideramos que no hay subrogación real en este momento, el propietario vende y aunque en la misma escritura compre otro inmueble, para éste la afectación registrará hacia el futuro, con lo cual sus acreedores por créditos anteriores que no podían reclamar contra el primer inmueble, podrán embargar el segundo inmueble.

Por lo tanto la subrogación real permite que la inscripción tenga efectos hacia el pasado. Existen fallos contradictorios, y hay legislación extranjera y proyectos nacionales que lo contemplan.

A partir de lo expuesto en esta introducción, nos proponemos indagar por qué, es importante contemplar e incorporar a nuestra legislación el supuesto de la subrogación real del bien de familia.

El eje de la respuesta ya lo hemos anticipado: la finalidad del instituto es proteger a la familia, por medio de su vivienda o explotación que sirve para su sustento. Es manifiesto que, en muchas circunstancias, atendiendo a las diversas necesidades, es menester desprenderse del inmueble afectado al régimen, para adquirir otro en su reemplazo, porque así lo demandan las necesidades del grupo familiar, o las circunstancias económicas del constituyente. El instituto, entonces, evita la situación de desprotección al evitar que se pierdan los beneficios propios de la figura del bien de familia.

Por tales razones dividimos el trabajo en dos partes, una general y otra especial:

- El objetivo general de nuestro es trabajo es estudiar la subrogación real del bien de familia y la posibilidad de incorporar la misma a nuestra legislación.
- Y los objetivos específicos:
 - analizar los diferentes casos en los cuales se podría aplicar la subrogación real;
 - Analizar:
 - la legislación extranjera
 - proyectos de reformas que se han ido planteando a lo largo de estos últimos años.

- las distintas decisiones jurisprudenciales,

Marco Teórico

I. El Bien de Familia

Podemos definir el Bien de Familia como una institución de gran importancia social y humana; tiene como fin asegurar el dominio de una propiedad (urbana o rural) , a distintos miembros de una familia o a algunos de ellos, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que impone la ley. Así el inmueble se convierte en una “vivienda segura”. Entonces, podríamos decir que el Bien de Familia es un instituto por el cual un inmueble en donde vive el titular de dominio y su familia (o el inmueble que explota para subsistir) no puede ser embargado ni ejecutado. Esta afectación subsiste aun después de muerto el propietario de ese inmueble.

La Dra. Marta Encima Fazio De Bello y la Dra. Nory Beatriz Martínez, proponen una definición del Bien de familia diciendo que es una “Afectación voluntaria de un inmueble propio a un sistema de restricciones y beneficios provenientes de un régimen especial tutelar de la familia, estatuido por la ley e instituido por la voluntad del titular dominal, en beneficio del grupo familiar, dentro del parentesco reconocido por la ley, con desafección también voluntaria”¹. De acuerdo con esta definición, queda establecido que es un régimen voluntario sobre un bien propio, donde va a haber restricciones, pero también beneficios a favor del grupo familiar.

Otra definición más sintética es la de Papaño y Kiper, que dicen que el bien de familia es una institución que se orienta a la protección del núcleo familiar beneficiario, para asegurar su vivienda o su sustento, o ambas cosas².

En el plano constitucional, la figura fue prevista por la Constitución Nacional de 1949, cuyo Art. 37, apartado II, inc. 3, disponía que “el Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine”. Posteriormente, la reforma constitucional de 1957, agregó el Art.14 bis, que dice “El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá...la defensa del bien de familia”. Además, la reforma constitucional de 1994 le asignó jerarquía constitucional a diversos convenios internacionales que aluden a la protección de la vivienda familiar.

¹ Encima Fazio De Bello, Marta y. Martínez Nory Beatriz ; Bien de Familia.- pag.45.-

² Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M.; “Derechos Reales”, t.2, p.543.-

La ley reglamentaria de la disposición constitucional es la 14.394, sancionada en 1954, conocida como una ley Omnibus por regular distintos institutos del derecho. Entre ellos el Bien de Familia, en sus Artículos que van del número 34 al número 50 regulan la institución. Esta ley llenó una sentida necesidad, con raigambre en otros países.

La protección del núcleo familiar se concreta al establecer la ley una serie de recursos que ponen a cubierto a determinado inmueble de las contingencias o infortunios de la familia, al no poder ser gravado, ni hipotecado, ni ejecutado por deudas posteriores a su constitución; tener exención impositiva y no poder ser desafectado sino por causales estrictas y con el consentimiento del cónyuge, salvo motivos atendibles.

En el derecho argentino cabe citar como antecedentes la Ley 1501 de concesión de tierras públicas para ganadería (año 1884); la casa barata, ley 9677, la ley 10.284, de lotes de hogar, el decreto 14.682/46 (ratificado por ley 12.921), de reorganización de la Caja de Ahorros Postal, sobre la base del decreto 11.157/45, de Administración Nacional de la Vivienda; la ley 12.367 de 1938 de Gendarmería Nacional; la ley 14.135, de 1952, de personal militar del Ejército, Armada y Aeronáutica, que por decreto ley 982/58, los incluyó en la ley 14.394. También los proyectos de Juan Álvarez; de la Comisión de Reformas del Código Civil de 1936, y el Anteproyecto de Código Civil de 1954.³

La finalidad o utilidad del bien de familia consiste en proteger la integridad, la vivienda y el sustento del grupo familiar. La forma utilizada es inscribiendo el inmueble como “bien de familia” en el Registro de la Propiedad de Inmuebles respectivo, evitando con esto, que ante una crisis económica que puede producirse los acreedores ejecuten la casa para cobrar y la familia no tenga donde vivir o de que vivir. Es una forma de proteger el bienestar familiar.

En cuanto al concepto de Familia, siguiendo a Marta Encina Fazio de Bello y Nory Beatriz Martínez, nos explican que “hoy día, el concepto de familia, ha cambiado. Con el correr de los tiempos, muchos de los aspectos de la legislación protectora mostraron ser insuficientes para las nuevas realidades....Frente a la tarea de verificar si lo que se está protegiendo es únicamente a la familia o genéricamente a la vivienda. Los nuevos aspectos de la realidad nos lleva a pensar en la necesidad de la protección de la vivienda, no solamente en función de la familia, sino también en relación con la persona y sus derechos personales a una vivienda digna y proteger, mas allá de que tenga o no una familia” .⁴

³ Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M.- Derechos Reales t.2; pag. 543.-

⁴ Encina Fazio De Bello, Marta –Martínez, Nory Beatriz El bien de Familia.-

Cuando hablamos de familia⁵, también nos referimos a beneficiarios. Para el Art. 36 de la Ley 14.394, “Familia” estaría constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes (hijos, nietos, etc) o ascendientes (padre, abuelo, etc) y sus hijos adoptivos, aunque no vivan con él. A falta de los mencionados, también quedan comprendidos, siempre que vivan con el dueño del inmueble, sus parientes colaterales hasta el 3er grado de consaguinidad (hermanos, sobrinos, tíos, los primos no están comprendidos), pero para que éstos sean beneficiarios es necesario que vivan con el dueño del inmueble.

Es importante establecer la naturaleza jurídica del Bien de Familia, porque este genera un cambio importante en el régimen del dominio del bien inmueble afectado, que es garantía común de los acreedores.

También es correcto reconocer que produce los efectos de una indivisión cuando muere el causante, particularmente dentro del marco del Artículo 3452 del Código Civil “Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador, o convenciones en contrario”⁶.

En relación a la naturaleza jurídica hay distintas posturas, a saber:

a) Un Condominio familiar entre el constituyente y los beneficiarios: Este condominio familiar no está contemplado en nuestras instituciones. Caso distinto es el del condominio de los herederos al fallecer el causante. O el supuesto en que los coherederos constituyan en bien de familia un inmueble que hereden, si cumplen con los requisitos legales para constituirlo, en cuanto al vínculo familiar.

b) Una Propiedad de Familia: Tampoco hay en nuestras instituciones una propiedad de tal tipo. En nuestro derecho se habla de la Propiedad Individual, particularmente del Derecho Real de Dominio, como un derecho absoluto, exclusiva y perpetua. Aunque entre los distintos derechos reales se legisla el Condominio, de similar naturaleza que el Derecho Real de Dominio, con ciertas particularidades: Un sujeto plural, un único objeto y una parte indivisa.

c) Una Fundación familiar: Esto implicaría la existencia de una persona de existencia ideal, lo que con la constitución del bien de familia, no ocurre.

⁵ Encina Fazio De Bello, Marta –Martínez, Nory Beatriz El bien de Familia.-

⁶ Código Civil Argentino Artículo 3452.-

d) Una Restricción o Limite del Dominio: Considerar al bien de familia como una restricción o limite del dominio no parece adecuarse a las pautas establecidas al Código Civil, titular VI del Libro III, acerca de las mismas, ya que constituyen un estatuto regulatorio del uso del dominio, para resguardar la seguridad, salubridad, tranquilidad y privacidad entre los vecinos, a los fines de favorecer la convivencia, especialmente en los ámbitos urbanos. De allí que aparezcan regulados, los ruidos molestos, las luces y las vistas, los arboles y arbustos, etc. Se trata de normas que contemplan un orden público urbano y que derivan exclusivamente de la ley. El bien de familia, no se impone, sino que se adopta voluntariamente por los propietarios interesados en el sistema, igual voluntad es necesaria para levantar dicha afectación. Otra cosa distinta es el supuesto regulado por la 14.394 en los Art. 51 a 54, cuando establece una serie de cláusulas de indivisión que puede ser impuesta por el causante, aun a sus herederos forzosos, o por el cónyuge superstite, si sobre bienes determinados, como establecimientos comerciales, industriales, agricolo-ganaderos, mineros o cualquier otro que constituya una unidad económica, o que haya constituido la sede del hogar conyugal, por el plazo de 10 años o hasta que fueran mayores los hijos, aunque excediera dicho plazo.

e) Un Dominio Imperfecto: El Dr. Santos Cifuentes⁷, hace referencia al Dominio Imperfecto, diciendo que en términos generales es todo aquel en que las facultades del propietario se encuentran disminuidas en virtud de un hecho suyo, tal concepto concuerda con el bien de familia. La crítica que podemos hacer es que en nuestro sistema normativo, el bien de familia no corresponde con ningún tipo regulado de dominio imperfecto del Art. 2662 del Código Civil, que son el dominio desmembrado, el revocable y el fiduciario (hoy modificado por la ley 24441).

f) Negación de Condominio o Dominio Imperfecto; pero Restricción al Dominio: Es el opinión de Marta Encina Fazio de Bello y Nory Beatriz Martínez. Quienes niegan la posibilidad de una propiedad familiar, ya que el bien de familia no significa en modo alguno, que el inmueble afectado quede en condominio con los beneficiarios. El bien, sigue siendo de los titulares de dominio. Los beneficiarios obtienen un derecho subjetivo a vivir en el inmueble, que se podrá oponer a 3ros pero no a los titulares constituyentes, cuando quieran desafectarlo. Tampoco lo consideran un dominio imperfecto, ya que no hay coincidencia con el Art. 2662 y la ley 24441, o sea el **desmembrado** (dominio sobre el que se ha constituido otro derecho real, a favor de

⁷ la Ley 108-1050

3ros), **revocable** (cuando el dominio se encuentra sometido a una modalidad de plazo o condición resolutoria), **fiduciario**, situación especial, en la que existen varios sujetos: el fiduciante o constituyente, el fiduciario o el que recibe los bienes fidecomitidos, el beneficiario o el que recibe los beneficios de la fiducia; el fideicomisario o el que recibe los bienes al fin del fideicomiso y un patrimonio de afectación.

Es preciso, entonces, aclarar que el bien de familia:

- No es un derecho real constituido a favor de un 3ro.
- No es un Dominio Revocable.
- No se adecua a las especiales características del dominio fiduciario.

Finalmente, los autores mencionados y a quienes seguimos en el desarrollo de este punto, concluyen diciendo que lo más adecuado es considerarlo en parte como una restricción al dominio, impuesta por el titular, proveniente en forma directa, del sistema especial creado por la ley 14394, dado que en el sistema hay serias restricciones, por ejemplo: el inmueble queda relativamente indisponible, ya sea por actos entre vivos o mortis causa. Decimos relativamente, porque bastaría con desafectar el inmueble, con la venia del cónyuge, para recuperar la totalidad de las facultades inherentes al derecho de propiedad. Por otra parte, quedaría indiviso a la muerte del titular, suspendiendo el derecho de los coherederos, a pedir la partición de la comunidad hereditaria, mientras subsista beneficiarios en determinadas condiciones. Lo que ocurre es que el sistema prevé, un doble aspecto: por un lado, como dijimos, hay serias restricciones, pero ello no se compensa con los beneficios que trae el sistema; inembargabilidad, desgravación impositiva, reducción arancelaria, protección de vivienda por los beneficiarios, que, deben estar en el grado de parentesco consanguíneo establecido por la ley y estado de indivisión posterior al fallecimiento del constituyente, indivisión que también es relativa, dado que podría ser levantado por los interesados en ciertas circunstancias, u ordenada por el juez, si no se siguiera perjuicio al interés familiar.

II. Requisitos y características para su constitución

a. Requisitos:

Se establecen distintos requisitos para la constitución de bien de familia sobre un inmueble. Estos **requisitos** se establecen sobre el inmueble mismo, como también sobre la persona del constituyente, y sobre el acto de constitución.

Con respecto al Inmueble: Como ya hemos dicho la ley que regula el bien de familia en nuestro país es la numero 14.394. Que en su Art. 34 nos dice “que toda persona puede constituir bien de familia sobre un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de subsistencia y vivienda familiar, según la norma reglamentaria”.

Entonces sus características son:

- 1) El inmueble puede ser Rural o Urbano.
- 2) Solo se pueden afectar bienes inmuebles; Si el constituyente es titular de otro bien de familia debe decidirse por uno de ellos.
- 3) El valor del inmueble no debe ser muy alto.
- 4) El titular debe habitar (o explotar) el inmueble con su familia.

Ampliando un poco estas características, podemos decir que solo un inmueble puede ser afectado a este régimen. Según su ubicación puede ser urbano o rural, y su valor no debe exceder las necesidades del sustento y vivienda de la familia del constituyente, “según normas que se establecerán reglamentariamente” (Art.34). Las provincias pueden establecer dicho valor “de acuerdo con el nivel económico local” (Art. 9 decreto 2531/60).

Es decir que la ley 14.394 no establece para el valor de la finca una pauta rígida sino flexible, a fin de que éste pueda ser adaptado a las distintas circunstancias de tiempo y lugar. La determinación, pues, del valor correspondiente queda librada a la reglamentación de las provincias según la ubicación geográfica del inmueble, núcleo familiar protegido. Se utilizan diversas formulas. Para el caso de Capital Federal (y ex territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur), el punto está contemplado por el Art. 154 del Decreto 2080/80, que admite la constitución del bien de familia para la mayoría de los casos “cualquiera sea su valuación fiscal”, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos”⁸.

Podemos concluir, entonces, en cuanto al valor del inmueble, que no debe exceder las necesidades básicas de sustento y vivienda de la familia. El valor tope del inmueble lo fijan las autoridades administrativas de cada provincia. No obstante actualmente es

⁸ Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M. - Derechos Reales t.2; pag. 548.-

un requisito que se ha dejado de lado, por tratarse de una categorización subjetiva, imposible de establecerse de manera general.

Con respecto al Constituyente: el Constituyente debe cumplir determinados requisitos:

a) Debe ser dueño del inmueble. Si hubiere condominio, el Art. 43 exige la decisión unánime de todos los condóminos, requisito que armoniza con las normas que rigen el condominio en el Código Civil, según las cuales los actos de disposición deben ser realizados con el consenso de todos los copropietarios (Art. 2682 y conos.); por otra parte, debe existir entre los condóminos “el parentesco requerido por el Art. 36”, recaudo, éste, que es considerado excesivo.

b) Además, debe tener capacidad para disponer a título oneroso. En el caso de una persona casada, se sostiene que es necesario el asentimiento del cónyuge si pretende afectar un inmueble ganancial, o uno propio en tanto sea el asiento del hogar conyugal y existan hijos menores o incapaces, incluso disuelta la sociedad conyugal (art. 1277 del Código Civil).

c) Asimismo, debe justificarse quiénes integran la familia que vive con él. Para la ley se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes, o ascendientes o hijos adoptivos; en defecto de ellos, sus parientes colaterales, hasta el 3er grado inclusive de consanguinidad, es decir, hermanos, tíos y sobrinos. En todos los casos, el constituyente debe acreditar su convivencia en el inmueble con las personas indicadas en esta última norma. Pero se ha de tener en cuenta que la familia puede estar constituida sólo por dos personas (por ejemplo los cónyuges, o dos hermanos).

d) Como ya dijimos, solamente puede ser afectado a este régimen un solo inmueble. De ahí la obligación del constituyente de acreditar no estar acogido al beneficio y no tener en trámite otro pedido de inscripción con el mismo fin. Si alguien resultare ser propietario único de dos o mas inmuebles beneficiados por este régimen, debe optar por la subsistencia de la inscripción del beneficio para uno solo de ellos, bajo aperecibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido primero.

b. Constitución:

Según el Art. 42 de la ley 14394 “la inscripción del bien de familia se gestionará, en jurisdicción nacional, ante la autoridad administrativa que establezca el Poder

Ejecutivo nacional”. Este organismo es el Registro de la Propiedad Inmueble y contra sus decisiones hay un recurso de apelación ante el juez civil. En lo que atañe a inmuebles en las provincias, el bien de familia se inscribirá en el Registro Inmobiliario correspondiente a su ubicación.

El trámite es gratuito, tanto en lo que concierne al pago de tasas y sellados, como al asesoramiento administrativo. De todos modos, los interesados, si lo desean, pueden hacer intervenir a profesional, en cuyo caso los honorarios de éstos (en conjunto) no podrán exceder del 1% de la valuación fiscal del inmueble.

La afectación del inmueble al régimen de bien de familia puede realizarse por acta constitutiva ante el registro o por escritura pública; cumpliéndose los siguientes requisitos:

Se debe :

- 1) Justificar la existencia de la familia que convive con el constituyente, consignando su edad y estado civil.
- 2) Declarar bajo juramento que: a) convive con las personas designadas; b) que no halla acogido al beneficiario; c) cumple con lo que establece el Art. 41 (habitar el inmueble, o, en su caso, explotarlo por cuenta propia, o ejercer personalmente la industria en él existente); d) no tiene en trámite de inscripción otra solicitud similar.

A pesar de la postura sostenida por el Colegio de Escribanos por una comisión creada con objetivos reglamentarios de la 14.394, no es obligatoria la instrumentación por escritura pública para afectar un inmueble al régimen de la ley, salvo el supuesto de constitución por donación. También se puede efectuar la constitución por cualquier tipo de testamento y posterior inscripción registral por orden del juez del sucesorio, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez.

La afectación, acto jurídico por el cual luego de su inscripción se confiere a un inmueble el carácter de bien de familia, se caracteriza por ser:

- Optativa: el propietario, aun cuando estén dadas todas las condiciones, no está obligado a afectar su inmueble.
- Única: No se puede afectar mas de un inmueble propio al régimen de la ley, sí, en cambio, puede afectarse otro cual sea condominio.

- Imprescriptible: no existe un plazo al cabo del cual caduque o se extinga la posibilidad de someterse al régimen de la ley.

- Irrenunciable: ni el constituyente ni los beneficiarios pueden renunciar a los efectos y beneficios que derivan de la afectación⁹.

Es conveniente aclarar en cuanto a la inscripción del Bien de Familia cuál es el momento en que empiezan los efectos. El problema radica en cuanto a los efectos de la inscripción; si es declarativa o constitutiva. Recordemos que el Art. 35 de la ley 19394 establece “la constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente”.

Recordemos que la Ley Nacional de Registros de 1968l adopta el sistema declarativo. El problema surge en establecer si la inscripción del Bien de Familia se adapta al sistema registral aplicable en general, en cuanto a la constitución, transmisión y modificación del los Derechos Reales, o se perfila como una excepción, al carácter declarativo de este sistema registral inmobiliario. Hay quienes estiman que en el caso del Bien de Familia la inscripción es una excepción al carácter declarativo del sistema registral inmobiliario, siendo en este caso, constitutiva.

La doctrina mayoritaria (entre ellos Areán, Papaño, Kemlmajer de Carlucci), la siguen considerando como constitutiva. No obstante, Kemelmajer de Carlucci establece que el carácter de constitutivo no pone una valla al efecto retroactivo creado por el Art.25 de la Ley 17.801 “Expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia más el del plazo a que se refiere el art. 5, sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado. Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado” .¹⁰

Peralta Mariscal, aunque reconoce la inscripción como declarativa, señala que el sistema, debiera ser semejante, al establecido para la hipoteca, en el Art. 3135, es decir que para las partes y los asistentes al acto de constitución por Escritura Pública, quedaría operativo desde la fecha de la misma¹¹.

Por su parte Guastavino, diferencia la afectación por acta administrativa, de la realizada por Escritura publica. Expresa que en el estatuto vigente, cuando el bien de

⁹ Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M.- Derechos Reales t.2; pag. 550.-

¹⁰ Ley 17.801 Arículo 25.-

¹¹ Encina Fazio De Bello, Marta –Martínez, Nory Beatriz El bien de Familia.-

familia se constituye mediante una declaración de voluntad ante el Registro de la propiedad, coinciden los momentos de la constitución y la inscripción por lo que sería impropio diferenciar la eficacia respecto a las partes y los terceros. Empero, si se acude a los otros procedimientos constitutivos, cabría distinguir el comienzo de eficacia: para las partes (el constituyente y los beneficiarios) dicha eficacia comienza en el momento de la constitución, para los terceros se inicia desde la inscripción en el registro respectivo. Se sigue en grandes líneas de este modo, la tradicional solución en materia de publicidad de los actos jurídicos y se impide tanto las retractaciones del constituyente en desmedro de los beneficiarios, como los abusos de las partes, contra los terceros.-

En cuanto al criterio de Marta Encina Fazio De Bello y Nory Beatriz Martínez, establecen que no cabe duda acerca de la influencia que el sistema registral adoptado por la Ley 17.801, de efecto declarativo, tiene sobre la Ley 14.394 y particularmente, sobre la interpretación del Art. 35 de la misma. La existencia de la retroactividad establecida en los Art. 5 y 25 de la 17.801; la distinción entre constitución (entre partes) e inscripción (efecto frente a terceros); los distintos modos de afectación a Bien de Familia por: Acta Administrativa, Escritura Pública, Testamento en sus distintas formas, decisión judicial cuando corresponda, todas las cuáles, presentan diversas alternativas, y el avance de una jurisprudencia como el caso Carrizo y Minadeo, que reconocen los efectos retroactivos, ha abierto la puerta al concepto de que la inscripción del Bien de Familia, tiene efecto declarativo, dispuesto como norma general, por la Ley 17.801. Bien analizado, el Art. 35, reconoce la existencia de dos momentos: la constitución y la inscripción: “La constitución del Bien de Familia, produce efectos a partir de su inscripción”. La constitución por acta administrativa, parece reunir en un solo acto, los dos momentos señalados, produciéndose una prioridad directa desde la toma de razón en el registro, pero cuando la afectación se realiza por Escritura Pública, los efectos de la retroactividad otorgada por el certificado notarial bloqueante, aparece manifiesto.¹²

Por último estas autoras, se expresan acerca de la constitución por testamento, diciendo que hay tres momentos: 1) La voluntad del cónyuge o de la mayoría de los interesados, expresada ante el Juez de la sucesión, por cuanto no queda constituido el Bien de Familia, sólo por la voluntad del testador; 2) la decisión judicial, que deberá apreciar si están dados los requisitos de la ley 14.394, para ordenar la afectación, por pedido de los interesados, o de oficio, en caso de que hubiera incapaces; 3) La

¹² Encina Fazio De Bello, Marta –Martínez, Nory Beatriz El bien de Familia.-

inscripción registral, que le daría sus efectos propios. También señalan, que hay fallos que diferencian la constitución a favor de los beneficiarios, de la inscripción registral. Señalan el caso Belgiorno Antonio (Cámara Nacional Civil). En el cual la Dirección General Impositiva, quería cobrar impuestos a la transmisión gratuita de bienes, sobre el inmueble constituido como Bien de Familia por testamento, fundándose en que aun no se había realizado la inscripción en el registro de la Propiedad. No se hizo lugar al pedido, considerando que la voluntad del causante, en concordancia con la del cónyuge, produce formalmente la constitución del Bien de Familia, antes de la inscripción registral.

II. Efectos de la Afectación:

En primer lugar, tenemos que decir que los efectos perduran hasta tanto se produzca la desafectación. Los efectos que producen son la inembargabilidad, inenajenación e imprescriptibilidad, aunque este último caso suscita algunas dudas. Siguiendo a Papaño y Kiper¹³ nombrar los siguientes efectos:

a) Inembargabilidad: Una vez afectado como bien de familia el inmueble no puede ser embargado por los créditos nacidos con posterioridad a la fecha de inscripción en el registro. En cambio, el inmueble puede ser embargado y ejecutado por créditos nacidos con anterioridad a esa fecha, en resguardo de los derechos adquiridos por terceros. La regla de la inembargabilidad rige aun en caso de concurso o quiebra, según el Art. 38 “el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra”. Se interpreta que el bien de familia cede ante el crédito por expensas comunes, por ser éste preexistente. Por la constitución del bien de familia se sustrae el inmueble de la garantía común de los acreedores, cual es el patrimonio del deudor.

Excepciones a la inembargabilidad:

- Créditos provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble.
- Créditos derivados de gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el Art. 37, que permite gravar el inmueble con la conformidad del cónyuge, o en su

¹³ Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M.- Derechos Reales

defecto con autorización judicial, si mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia.

- Créditos nacidos con motivo de construcciones o mejoras introducidas en el inmueble.

Otra aclaración es la de los Frutos y Productos: El Art. 39 nos dice “serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso, podrán afectar el embargo mas del 50% de los frutos”. Con respecto a los productos se consideran inembargables por formar parte de la misma cosa.

b) Inenajenabilidad: El inmueble afectado al régimen del bien de familia, por regla, es inalienable, indisponible, por actos entre vivos o de última voluntad.

El Art. 37 dispone que el inmueble no puede “ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias”. De modo que no puede ser vendido, donado, permutado, dado en pago, ni tampoco ser gravado con derechos reales, excepto el caso especial previsto en el mismo artículo que antes hicimos referencia (con consentimiento del cónyuge, y en caso que se opusiera, o fuere incapaz, solo se podrá gravar con autorización por causas graves o manifiesta utilidad para la familia).

La inenajenabilidad no es absoluta, hay casos que puede ser compulsiva:

- Expropiación por causas de utilidad pública.
- Si el inmueble fuese reivindicado por un tercero que acreditase tener un mejor derecho que el constituyente, quedaría sin efecto la afectación y dicho inmueble le sería restituido a aquél.

- Puede presentarse casos de ejecución judicial provocada por acreedores a los cuales la afectación no alcanza, o cuyos créditos estén comprendidos en las excepciones del art.38.

- Otra situación en la cual el inmueble puede cambiar de titular se daría en el supuesto de morir el constituyente, en cuyo caso sus herederos se convertirían en los nuevos titulares del dominio. En este caso, si el inmueble es recibido por el cónyuge o alguno de los parientes nombrados por el art. 36 (descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, en defecto de estos, colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivan con el constituyente) y , además, no es desafectado durante los primeros cinco años a contar de la muerte del causante, la ley exime al bien de familia del pago del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte (Art. 40 de la ley). Con relación a los Honorarios, también es menester aclarar que si el titular

fallece y se promueve la sucesión, los honorarios del abogado no podrán superar el %3 de la valuación fiscal conforme Art. 48 de la ley (con esto se evita que se deba vender la casa bien de familia para pagar los honorarios del abogado).

c) Imprescriptibilidad: El inmueble afectado al régimen de la ley 14.394 queda fuera del comercio. De aquí, que no puede ser adquirido por prescripción, al menos mientras este adquirente no logre la desafectación¹⁴.

Si bien, gran parte de la doctrina señala que el Bien afectado a Bien de Familia esta fuera del comercio, es necesario hacer algunas aclaraciones con relación a los actos de administración que podrá realizar el titular de dominio de dicho inmueble. La ley no establece prohibiciones con respecto a dichos actos. Ahora bien, el Art. 41 de la ley 14.394 dispone 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”.

Profundizando en este tema, surge la inquietud sobre el alquiler del inmueble, ya que eso impedirá que el mismo sea habitado por la familia. Guastavino ha interpretado que el arrendamiento sólo puede ser autorizado en forma excepcional y temporaria, como ocurriría en el caso de inmuebles que, reuniendo los recaudos legales, pueden ser explotados como hoteles, pensiones u hospedajes, directamente por el propietario y su familia, o en aquellos supuesto en que el propietario no pudiese residir transitoriamente en el inmueble (por ser nombrado embajador o tener que mudar su residencia por algún tiempo)¹⁵.

En este sentido se interpretó que “la exigencia del art. 41 de la ley 14394 de que la habitación del inmueble subsista, encuentra justificación en la evidente finalidad de la ley, que es, en ese supuesto, proteger primordialmente la casa habitación, la vivienda en definitiva. Por ello, la explotación aludida en el citado artículo tiene relevancia cuando se trata de inmuebles destinados a dar satisfacción al sustento de la familia, característica que salvo en las situaciones excepcionales de terrenos urbanos baldíos con vivienda precaria que satisfaga o contribuya a satisfacer las necesidades del sustento, corresponde a inmueble rurales”¹⁶.

Entonces, concluyendo con respecto a este tema, podemos decir:

¹⁴ Papaño Ricardo J. y Kiper Claudio M., Derechos Reales, t 2, pag 553.-

¹⁵ Guastavino, Elias P., Derecho de familia patrimonial, p 409, nº524.

¹⁶ CNCom, Sala D, 13/8/84,LL, 1985-B-247, voto del Doctor Rivera.

a) Habitación en el inmueble: No es necesario que habiten en el inmueble el propietario y todos los beneficiarios, sino que puede habitarlo aquél o sólo algunos de estos beneficiarios. En cambio, por el juego de los Art. 36, 41 y 49 inc.d, se deriva que los colaterales deben habitar con el propietario el inmueble cuando han sido designados beneficiarios.

b) Explotación del inmueble: Requiere la norma que la explotación sea hecha personalmente por el propietario o su familia.

c) Inmueble dado en locación: El inmueble dado en locación no cumple con el requisito del Art 41, que requiere que sea habitado por el propietario o su familia, o explotado por cuenta propia. Es cierto que quien tiene una renta en carácter de alquiler, lo explota por cuenta propia desde el punto de vista del final resultado económico. Pero no parece que esto coincida con la teología de la ley, que se protege el hogar de la familia o el inmueble que está al alcance de su trabajo personal mediante el cual se obtiene la renta que contribuye a su sustento.

d) Inmueble parcialmente dado en locación: Puede estimarse que ello es posible, en parte sirve de vivienda para la familia y cumple así uno de los requisitos alternativamente impuestos por la norma, sin perjuicio de que, además, sirva para obtener una renta. No obstante, Guastavino afirma que ello resulta inadmisibles por cuanto el alquiler es la mera obtención de una renta, sin intervención del trabajo personal de miembros de la familia, a diferencia de lo que sucede en caso de que el inmueble se destine a hotel o pensión, donde hay un trabajo personal, si es atendido por el dueño o la familia de éste.¹⁷

III. Desafectación:

Definimos la desafectación como aquel acto por el cual se cancela la inscripción de un bien inmueble como bien de familia.

Con respecto a las causales de desafectación la ley 14.394 las menciona en el Art. 49 diciendo que “procederá la desafectación del bien de familia y la cancelación de su inscripción en el Registro inmobiliario:

¹⁷ Código Civil Comentado Belluscio y Zannoni, Editorial Astrea

a) A instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge o si éste fuere incapaz se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido;

b) A solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el bien de familia se hubiera constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea mas conveniente para el interés familiar;

c) A requerimiento de la mayoría de los coparticipes, si hubiera condominio, computada en proporción a sus respectivas partes;

d) De oficio o a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los Art. 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todo los beneficiarios;

e) En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente”.

Dentro de esta enumeración dada por la ley, podemos ver que hay supuestos de desafectación voluntaria casos a), b) y c), mientras que en los supuestos d) y e) son causales forzosas.

Podemos ver, también, que de la propia ley 14.394 surge una excepción al Art. 2680 del Código Civil, pues para desafectar el inmueble al régimen de bien de familia, los coherederos o los condóminos pueden lograrlo por pedido de la mayoría absoluta, no siendo menester la unanimidad.

Finalmente, la desafectación del bien de familia sólo procederá si ella se realiza por acta administrativa en el Registro correspondiente, por oficio judicial o por acta notarial. En este último caso podrá hacérsela simultáneamente con actos de transmisión, modificación, cesión o constitución de derechos reales.

Desarrollo

En esta parte del trabajo, explicaremos a que nos referimos cuando hablamos de la subrogación real con respecto al Bien de Familia. Analizaremos cual es la legislación actual y hablaremos de distintos casos donde se debe dar lugar a la subrogación. Como también de la opinión jurisprudencial más relevante en nuestro país, la legislación extranjera y los proyectos de reforma que se han ido planteando a lo largo de los últimos años. Finalmente, exponemos nuestra opinión y proponemos una reforma legislativa.

I. La Subrogación Real:

Podemos partir definiendo la subrogación como la acción y efecto de subrogar, o sea, de sustituir o poner a una persona (subrogación personal) o cosa (subrogación real) en lugar de otra.

En cuanto a la subrogación real, podemos decir, entonces, que consiste en el reemplazo de un bien por otro que integra un patrimonio. Explica Fassi y Bossert que

puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro, y por tanto, haya en aquél un bien nuevo, pero no un valor nuevo; ocurriendo este reemplazo de bienes en el patrimonio, también jurídicamente, se produce el reemplazo de una cosa por otra, ésta, nueva, asume en el plano de las relaciones jurídicas, el lugar que ocupaba la otra, reemplazada.

Ahora bien, podemos dar un concepto de subrogación real del bien de familia, diciendo que existiendo un inmueble inscrito como bien de familia, este puede ser vendido, ejecutado o expropiado, y con su producido u obtenido, comprar otro inmueble, al que se traslada el beneficio con efecto retroactivo a la vigencia de la anterior afectación al régimen de bien de familia.

II. Legislación actual:

Reiteramos que el instituto del Bien de Familia, esta regulado por la ley número 14.394 del año 1954. Las disposiciones correspondientes a Bien de Familia se encuentran reguladas en los arts. 34 a 50. Y es menester establecer, que no regula el instituto de la subrogación real del bien de familia.

La falta de contemplación por nuestra ley de la subrogación real genera determinadas consecuencias. En el caso de que un inmueble sufiere un incendio, fuera objeto de una expropiación, o se vendiere para pagar deudas a las cuales no les son oponible el bien de familia, la suma de dinero que ingresa en el patrimonio del constituyente en concepto de indemnización, o el remanente que existiera (luego de pagar a los deudores a los que el bien de familia no afecta) no gozaría del privilegio de inembargabilidad, ya que no se permite la continuidad de la protección de la familia durante el tiempo transcurrido entre la realización del inmueble afectado y su sustitución por otro¹⁸.

Existe una nueva corriente jurisprudencial y doctrinal que ha reaccionado contra este criterio y ha permitido que, en casos de ejecución forzada, una vez pagados los acreedores a los que la constitución del bien de familia les era inoponible, la suma remanente no pudiera ser agredida por otros acreedores, y hasta que se utilizara en la compra de otra vivienda familiar. Como surgió del fallo Kipperband, o lo contemplado en el Proyecto de Reforma del año 1998.

¹⁸ Codache de Azvalinsky, Bien de Familia, en Méndez Costa- D'Antonio, Derecho de Familia, p 482; Borda, La sustitución de un bien de familia LL, 1992-E-487.

La Subrogación Real y la Quiebra: Es importante relacionar al Bien de Familia con en Concurso o Quiebra del constituyente. Como bien hemos dicho, el régimen del bien de familia tiende a poner a ésta al abrigo de las vicisitudes económicas de los malos negocios para proteger la vivienda o el sustento del núcleo familiar¹⁹. La ley de Concursos y Quiebras carece de normas explícitas acerca del instituto en estudio. No obstante, la inembargabilidad del inmueble afectado al régimen de bien de familia tiene repercusión en la quiebra del titular fallido, por cuanto dicha inembargabilidad, de conformidad con lo establecido en el Art. 108 incs 2 y 7 de la Ley de Concursos y Quiebra, viene a excluir al bien de familia de los efectos del desapoderamiento. Pero, esta exclusión es relativa, ya que el bien de familia podría ser objeto de desapoderamiento en caso de existir acreedores anteriores a su inscripción como tal. La cuestión se suscita en, si reconocemos la posibilidad de que haya una subrogación real, y ejecutado el inmueble afectado a bien de familia por acreedores anteriores a su inscripción, el remanente sigue estando bajo ese régimen y no será alcanzado por los acreedores de títulos posteriores; o negamos la existencia de una subrogación real, y existiendo un acreedor con título anterior a la afectación que logra ejecutar el inmueble, esto es aprovechado por todos los restantes acreedores, cayendo así la afectación del régimen de protección al bien de familia.

Una de las doctrinas mayoritarias (que niega la subrogación real), establecen que basta con la existencia de un solo acreedor con derecho anterior a la afectación del inmueble a bien de familia, para que éste puede ejecutarlo en beneficio de todos los acreedores, siendo aprovechado esto por aquellos acreedores posteriores a la afectación del bien. Esta doctrina se ampara en el inciso e) del Art. 49 de la ley 14.394 que establece que la venta judicial del inmueble ordenada en virtud de la existencia de acreedores anteriores a la inscripción, provoca la “desafectación” del bien de familia, y por lo tanto todos los acreedores, no ya únicamente los anteriores, pueden cobrarse del producido de esta de lo ejecutado. Y esto ingresara a la masa de la totalidad de lo producido para su distribución a prorrata entre todos los acreedores de la quiebra, solución acorde al principio *pars conditio creditorum* (en paridad de condiciones, en cuanto al trato igualitario de los acreedores que están en iguales circunstancias).

¹⁹ Camara Nacional Civil, Sala G, 96-639

Esta doctrina fue aplicada por mucho tiempo por la totalidad de las salas que integran la Cámara Nacional de Apelación en lo Comercial²⁰, como también por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires²¹.

La otra doctrina postula la formación de masas separadas, por las cuales, el bien de familia conformaría una masa separada únicamente con los acreedores anteriores a la inscripción. Dentro de esta teoría también hay una subdivisión.

Por un lado, tenemos quienes sostienen que la inembargabilidad que produce el bien de familia, no puede trasladarse a sumas dinerarias, y consideran que una vez ejecutado el inmueble y satisfecho a los acreedores anteriores a la inscripción del bien de familia los restantes acreedores pueden concurrir sobre el remanente (en caso de que exista) a prorrata, estableciendo que el Art. 38 de la ley no priva a los acreedores posteriores del derecho a cobrar sobre el saldo. Es decir, se considera a las sumas remanentes (una vez desinteresados a los acreedores anteriores y los gastos de justicia), como nuevos bienes que ingresan al patrimonio del fallido, los cuales corresponderán a esté último, según que aquél este o no rehabilitado a la fecha en que los mismos se determinen²².

Por otro lado están quienes creen que de existir un remanente luego de ejecutado el inmueble afectado a bien de familia, éste será propiedad del fallido, por el hecho de la quiebra no puede beneficiar a los acreedores que carecían de la facultad de ejecutar el bien. Dentro de este grupo tenemos a Kemelmajer de Carlucci²³ y Guastavino²⁴.

²⁰ Sala A, 31/03/1987, "Establecimientos Betedebe S.C.A. s/quiebra v. Tuculet Dumas de Barillatti, Blanca H. y otros", JA 1987-IV-127; Sala A, "Pirillo s/quiebra", 19/11/1993; Sala A, 23/09/2002, "Consortio de Propietarios Formosa 56 c. Jergis, Samuel J.", L.L. 2003-B, 722; Sala B, 7/2/94, "Guidi de Rabi s/quiebra"; Sala B, 26/06/2003, "Massera, Emilio E., SJA", 24/3/2004, JA 2004-I-34; Sala C, "Fontaiña Pargas s/quiebra"; Sala D, L.L. 1979-B-359; Sala C, "Allmetal S.C.A. s/quiebra v. Quillon, Pedro s/ordinario", Dict. Fiscal n. 76499; Sala D, 05/03/1979, "Acon Felicito 'El Palacio del sueño' s/ quiebra", L.L. 1979-B, 359; Sala D, 12/03/2001, "Horigian, Alberto G. s/quiebra s/inc. de desafectación y eventual realización de bien inmueble", L.L. 2001-E, 247 - DJ 2001-3, 588, con nota de Darío J. Graziabile, ED del 22/08/2001, p. 6; Sala D, 25/11/2002, "Zaglul de Said, Nélica s/quiebra"; Sala E, 26/6/97, "López, Carlos s/q. s/inc. de realización de bienes"

²¹ SCBA 9/5/95 "kloster, Luis s/concurso preventivo"

²² Truffat, Daniel, El bien de familia y la Quiebra, brevisima reseña sobre diversas posturas doctrinarias u también alguna opinión personal.

Belluscio, Código Civil Comentado, dirigido por Beluscio y coordinado por Zannoni.

²³ KEMELMAJER DE CARULCCI La protección jurídica de la vivienda familiar, p 135 ss.

²⁴ GUASTAVINO, Elias, concurrencia de acreedores anteriores y posteriores a la inscripción del bien de familia en la quiebra del titular del dominio. El tema en la Corte Suprema de la Nación, ED, 169-236.

También tenemos algunos fallos que se han inclinado por esta postura, como el fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín 11/8/1993, en el caso “Carrizo, Alberto”, donde se sostuvo que si existe un acreedor anterior a la constitución del bien de familia, se debe formar una masa especial con los acreedores legítimos para ejecutarla.

Otro fallo es el de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, en el caso “Grupo Goldaracena Hnos S.A.C. S/actuaciones con motivo de la quiebra” del año 2002, donde se resolvió que quien demuestre que su crédito es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, puede solicitar la formación de un concurso especial quedando el eventual saldo remanente para el fallido.

Finalmente, tenemos el fallo “Kipperband, Jacobo v. Registro de la Propiedad Inmuebles de la Provincia de Buenos Aires”, de la Sala 1ra de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro del año 1997, donde se admitió la sustitución del bien de familia, constituido sobre un inmueble del fallido, con el objeto de que el síndico vendiere el referido inmueble para pagar a los acreedores a quienes éste es inoponible y con el resto del producido se adquiriera otro que se colocara en el lugar del bien enajenado. Fallo que muestra, con nota de Elías Guastavino, una clara subrogación real del bien de familia²⁵.

III. Legislación Comparada. Uruguay:

Con respecto a la legislación comparada, podemos hacer referencia a la ley 15.597 de la República Oriental del Uruguay, del año 1984, la cual legisla acerca del instituto de Bien de Familia, y contempla expresamente el supuesto de Subrogación Real en su Art. 10 y 12.²⁶

²⁵ Ver Anexo Jurisprudencia

²⁶ **Artículo 10:** “El propietario no puede vender el bien de familia en todo o en parte, mientras existan hijos menores o cónyuges beneficiados con su constitución. Podrá hacerlo, con el consentimiento de su cónyuge y venia judicial, a los efectos de proceder con el precio obtenido en la venta, a la adquisición de otro inmueble con igual destino y calidad. El precio de la venta será inembargable a cuyo fin se depositará, convertido en Unidades Reajustables, a la orden del Juzgado, en el Banco Hipotecario del Uruguay y en sus respectivas sucursales del Interior hasta que se adquiriera el bien que ha de sustituir al enajenado. Sólo podrá gravarse con el consentimiento del cónyuge y venia judicial, para atender necesidades urgentes de la familia o causas graves que así lo determinen. El bien de familia no podrá ser arrendado a terceras personas mientras exista cónyuge o hijos menores que lo ocupen.

Artículo 12 : “En caso de siniestro o expropiación, la suma que se abone por uno u otro concepto se invertirá en otro bien de familia, quedando entre tanto ésta depositada en las condiciones establecidas en el artículo 10 de la presente ley, en este caso, el Banco Hipotecario del Uruguay verificará directamente la utilización de ese depósito. Dicha suma será inembargable”.

El Art. 10 establece la posibilidad de vender el inmueble afectado a bien de familia, a los efectos de adquirir uno con igual destino y calidad. Y que el precio de dicha venta será inembargable.

Por su parte el Art. 12 traslada esta posibilidad a las sumas dinerarias recibidas como indemnizado por siniestro o en caso de expropiación.

IV. Proyecto de Ley de Código Civil de 1998

Volviendo a nuestro país, el proyecto de Ley 1998 establece en el Art. 238 expresamente la subrogación real en los siguientes términos, “la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización”.-

V. Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil

En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la Facultad de Derecho de la UBA entre el 22 y el 24 de septiembre de 2005 la Comisión N°4 recomendó de “lege ferenda” la regulación del instituto de subrogación del bien de familia. Asimismo en dichas jornadas varias fueron las propuestas relacionadas con la sustitución, entre las cuales encontramos la que propone como de lege ferenda (para una futura reforma de la ley, o con motivo de proponer una ley): “Es conveniente que en una futura reforma legislativa se establezca expresamente, en caso de quiebra, realizada la venta forzosa de un inmueble afectado a bien de familia, el remanente que se conserve, luego de satisfechos los créditos verificados, respecto de los que el sistema de protección es inoponible, debe ser entregado al fallido” o “Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad de la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se comunique la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad” o , que consideraba necesaria la reforma de la ley 14394 a los efectos de incorporar el instituto de la subrogación real en el bien de familia, tanto en lo que hace a

la sustitución de un inmueble por otro, como al traslado de la inembargabilidad e inejecutabilidad otorgada por el régimen al bien afectado a los valores que lo sustituyen²⁷

VI. Análisis de Jurisprudencia:

Fallo: Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala 1.

Fecha: 03/02/1997

Partes: Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Consideramos importante explicar los hechos de este fallo: Jacobo Kipperband, en su calidad de propietario de un inmueble en San Isidro, lo constituyó en bien de familia el 11 de diciembre de 1981. El constituyente fue declarado en quiebra por el Juzgado Comercial N°7, secretaría 14 de San Isidro, proceso en el cual se ordeno la inhibición general de bienes, que fuera anotada en el Registro de la Propiedad el día 2 de junio 1994 y también la traba de un embargo.

El inmueble registraba deudas ante la Dirección Provincial de Rentas por \$21.877 al 25/9/95, ante la Dirección Municipal de Rentas, por \$20.566 al 14/4/85 y ante Obras Sanitarias de la Nación por \$2102.

Para poder pagar las deudas frente a las cuales el bien de familia resulta inoponible, requiere vender la propiedad y ello le es imposible por la inhibición general de bienes dictada en la quiebra. Para soslayar este problema plantea un amparo ante el Juzgado Civil N°2 de San Isidro, donde solicita que se ordene el levantamiento de la inhibición general de bienes dictada en el proceso falencial. Y que se declare la

²⁷ XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en homenaje al profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, Facultad de Derecho (UBA, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005. Conclusiones de las Ponencias. La Ley, pag 15^º y 152, Fra Gabriela Alejandra Vázquez. Pag 126, Dra Ethel Humphreys y Rosana Aguilar.

subrogación como bien de familia del nuevo inmueble que se adquiriera en reemplazo del actualmente afectado como bien de familia.

Pretende en el fondo pagar a los acreedores fiscales a quienes no le es oponible la constitución del bien de familia y a adquirir una vivienda que no puede ser agredida por los acreedores de la quiebra a quien les resulta oponible el bien, es decir que conserve el carácter de bien de familia que tiene la actual vivienda.

Con el Amparo pretende:

1) La sustitución del bien de familia de San Isidro por otro inmueble a adquirirse en la Capital Federa, con efecto retroactivo a la fecha de constitución del primer bien de familia.

2) El levantamiento de la inhibición general de bienes dictada en el proceso de quiebra.

3) El levantamiento del embargo preventivo.

En Primera Instancia se rechaza la acción de amparo sin entrar a considerar la sustitución del bien de familia. Lo que esta en cuestión es el levantamiento de las medidas cautelares que debieron ser solicitadas ante el juez que las ordenó, motivo por el cual considera que la acción no debe prosperar.

La parte que interpuso el amparo entiende que se ha vulnerado el principio de congruencia (principio procesal que hace a la garantía del debido proceso, que marca al juez el camino para poder llegar a la sentencia, y fija un limite a su poder discrecional) porque en la sentencia no se ha definido el objeto principal de su pretensión que consiste en obtener la sustitución del bien de familia. En dicha oportunidad, apela ante la segunda instancia.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala N°1 revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la Acción de Amparo, se autoriza la sustitución del Bien de Familia. Previo a ello se deberá solicitar el levantamiento de las medidas cautelares dictadas en el proceso falencial, y por intermedio de la sindicatura, se dispone la venta del inmueble y el pago a los acreedores a quienes el bien de familia les es inoponible. La inscripción del bien de familia que sustituya al actual tendrá efectos retroactivos al 11 de diciembre de 1981.

El Dictamen de la Cámara, por intermedio de la Dra. Graciela Medina, estableció las siguientes consideraciones:

a) Sobre el levantamiento de la inhibición general de bienes y embargos declarados en la quiebra: La pretensión del amparista en orden a las precautorias importa dictar un levantamiento de medidas dictadas en distintos procesos radicados ante diversos magistrados. Se cree que no es viable por Acción de Amparo lograr el levantamiento, de donde deriva que los efectos de la acción de amparo por principio, no pueden suspender o condicionar un acta procesal dictado en un juicio diferente. Debe solucionarse la cuestión ante el juzgado que ordena dichas medidas.

b) Sustitución del bien de familia. Situación legal, doctrinaria y jurisprudencial:

- Situación legal: La ley 14394 no prevé la figura de la sustitución del bien de familia y que ello constituye un verdadero vacío legislativo.

- Derecho Comrado: También tiene razón la accionante en que la omisión legal es disvaliosa y que múltiples ordenamientos extranjeros contemplan la posibilidad de sustitución del bien de familia.

- Jurisprudencia en acciones declarativas: La cuestión de la sustitución del bien de familia fue denegada por la Cámara Nacional Civil, sala L de la Capital en el ámbito de un proceso de jurisdicción voluntaria, en el cual se solicitó que el tribunal declarara que el inmueble que iban a adquirir sustituiría al que enajenarían y consecuentemente los efectos de la inscripción debían remontarse a la fecha de la primera afectación. El tribunal capitalino se negó a realizar la declaración solicitada porque la figura de la sustitución del bien de familia no está prevista en la ley 14.394 y porque la ausencia de acreedores tornaba abstracto el pronunciamiento judicial. En conclusión, nuestra legislación no ha previsto la sustitución del bien de familia, como sí lo establecen otras legislaciones, la doctrina se ha ido inclinando en una reforma legislativa que contemple estos supuestos, y en consecuencia, la jurisprudencia ha negando los pedidos de sustitución realizados por acciones declarativas.

c) La sustitución del bien de familia y el Amparo: En este caso la situación de planteo con las profundidades mediante un Amparo (y no acción declarativa), señalando que la imposibilidad de sustituir el bien de familia, viola el derecho constitucional tutelado por el Art. 14 de la Constitución Nacional y por el Art. 36 inc. 7 de la Constitución Provincial.

d) Protección de la vivienda familiar en la Constitución Nacional, Provincial y en los Tratados Internacionales: La vivienda familiar tiene indiscutible protección constitucional, que surge tanto del texto de la Constitución Nacional, como de la Provincia, como en tratados con jerarquía constitucional:

- Art. 14 de la Constitución Nacional : Nos habla de la “defensa del bien de familia”, y la Constitución Provincial de Buenos Aires siguiendo los lineamientos del constitucionalismo social, en su Art. 36 inc 7 establece que la Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia”.

- Luego de la Reforma de 1994, algunos convenios Internacionales, que aluden a la protección de la vivienda familiar han adquirido jerarquía constitucional (Art. 75 inc 22 CN) entre ellos:

1. La declaración Universal de los derechos humanos, formulada en París el 10/12/48, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que dispone “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado (Art. 16); “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”(Art.25)

2. La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); que afirma: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que constituya a mantener la dignidad de las persona y del hogar”.

3. La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 1969, aprobada por ley 23.054 de 1984), que establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado (Art.17)

4. El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York, 19 de diciembre de 1966 y ratificado por Ley 23.313 que declara “los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Art.11.1).

5. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, suscripta en Nueva York el 13 de julio de 1967 y ratificada por

ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (Art.5, inc e, III).

6. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por ley 23.179 de 1985, que consagra especialmente, para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar en condiciones de vida adecuada, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art.14,inc h).

7. La Convención de los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un habitante donde desarrollarse.

e) Alcance de la Protección constitucional de la vivienda familiar: Para resolver el Amparo hay que ver el alcance de la protección de la vivienda familiar. Considero fundamental señalar que la garantía constitucional de protección de la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho a la vivienda que gozan legítimamente quienes no los son (Conclusión de la Comisión N°2 de la Quinta Jornada Bonaerense de Derecho Civil, Comercial e Informático, celebradas en Junín Provincia de Buenos Aires 1992). Esta nueva visión se funda en la distinción entre “el derecho a la vivienda y sobre ella”. El derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre nacido de vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad, esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho personal o real de disfrute. Ahora bien, la importancia social que la familia impone a veces, hace prevalecer el derecho a la vivienda por encima del derecho sobre la vivienda (Kemelmajer de Carlucci “Protección jurídica de la vivienda familiar”, separata de la Revista de Derecho de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo” N151, Medina, Graciela “Revista de Derecho de Familia N°7 – 1992 Protección Constitucional de la vivienda familiar, con especial referencia a las modernas constituciones provinciales 39), por eso la doctrina propicia que, aun contra la voluntad del titular registral, el cónyuge puede afectar como bien de familia el inmueble ganancial de titularidad registral, el cónyuge puede afectar como bien de familia el inmueble ganancial de titularidad del otro cuando existan hijos menores”.(Borda, Alejandro “Sugerencia de reformas al bien de familia”, La Ley, 1987-E-842). Me parece importante destacar cual es el alcance a dar a la protección constitucional de la

vivienda familiar porque la delegación de la sustitución del bien de familia, no sólo tiene significado para el propietario constituyente sino que afecta a la familia, que si bien no tiene derecho sobre la vivienda, tiene un derecho a la vivienda familiar. De no ordenarse la sustitución del bien de familia, el derecho de la familia a la vivienda familiar, de base constitucional y supraconstitucional, se vería avasallado por el interés de los acreedores, solución esta que estimo axiológicamente disvaliosa porque prioriza el interés económico sobre la protección de la vivienda familiar.

f)Sustitución del bien de familia y quiebra: Se debe fundamentar porque en el caso concreto negar la sustitución de un bien de familia e impedir constituir un inmueble como bien de familia con fecha retroactiva a la primera inscripción vulnera, lesiona, restringe, o amenaza el derecho al bien de familia tutelado por nuestra Constitución Nacional y por la Constitución Provincial y lesionan concretamente el derecho a la vivienda familiar que es protegido en los diferentes tratados internacionales antes mencionados:

- Desde la óptica del deudor, la imposibilidad de realizar se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo lugar, aunque no se ajuste a sus necesidades (Guastavino, Elias “Bien de Familia”).

- El titular registral del bien de familia en quiebra con acreedores a los cuales el bien de familia les es inoponible, se arriesga a que el bien se subaste para satisfacer los créditos fiscales y que el remanente entre a la masa común de los acreedores.

- Particularmente he sostenido en el año 1984 y 1987 que en caso de quiebras se forma una masa separada constituida por el bien de familia a la que concurren en la etapa liquidatoria sólo los acreedores con derechos a ejecutar ese bien, pero reconozco que esta posición doctrinaria no es unánime, que ha sido aplaudida por excelentes juristas, pero también ha sido criticada por prestigiosa doctrina (Porcel) y que no ha sido aceptada en forma unánime por la jurisprudencia ya que en muchos precedentes jurisprudencias se ha señalado que “la situación concursar importa un fenómeno universal en la que desafectado el inmueble del régimen de amparo, en virtud de no existir cuando menos algún acreedor de causa, o título anterior a la constitución del bien de familia queda desafectado para con todos.

- Avanzando en lo que expuse en el año 1984 y en el año 1987, en la actualidad y en el caso concreto entiendo que resulta más conveniente a la protección de la vivienda familiar admitir la sustitución del bien de familia en el caso de quiebra, porque de esta manera se protege efectivamente a la familia, ya que decir que los acreedores a quienes

les era oponible la constitución del bien de familia no participan del producido cuando éste era ejecutado por los acreedores a quienes sí les era oponible respetaba las diferentes clases de acreedores frente a la quiebra, pero no protegía a la familia que tenía derecho a la vivienda familiar porque el remanente no se afectaba a un nuevo bien de familia.

- De lo antes expuesto se deduce que existiendo un proceso de quiebra se debe permitir al constituyente del bien de familia el sustituir el bien de donde reside la vivienda familiar para poder pagar a los acreedores a quienes la constitución le es inoponible con el objeto de mantener el régimen jurídico del bien de familia que distingue en un doble orden de acreedores aquellos a los cuales la constitución del bien de familia les resulta oponible y otros para quienes es irrelevante. De lo contrario por el solo hecho de la quiebra se equipararía a todos los acreedores, y los posteriores a la constitución no incluidos en el Art. 38 de la ley 14.394, que no pueden ejecutar ni aun en el caso de concurso se verían beneficiados con la ejecución de aquellos a los que la constitución le es inoponible.

- Si al constituyente del bien de familia se le niega acciones declarativas en orden a la sustitución y se le liquida el bien de la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción, la protección que buscó a través de la constitución de familia no la logró y la protección de la vivienda familiar resulta inexistente.

- La sustitución no perjudica los derechos de los acreedores pues para ello la situación no varía, a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo.

- Resulta paradójico que el Estado que en su Constitución protege la vivienda familiar y al bien de familia para poder cobrar sus impuestos y tasas, permita la agresión de la vivienda familiar por todo aquel al que originariamente el bien de familia le hubiere sido inoponible.

g) Críticas a la sustitución. Respuestas: No se me escapan las críticas que pueden ser objeto las soluciones que propicio y considero necesario darles respuestas.

I. La sustitución no se encuentra prevista en el régimen del bien de familia: Ello es cierto, pero también es cierto que los jueces no pueden negarse a juzgar por oscuridad o defectos de la ley y que el derecho no sólo es la ley positiva sino que incluye los principios generales de derecho y que dentro de los principios generales de derecho se encuentra el de “la subrogación real” el que tiene recepción legislativa en el Art. 1296,

aplicable por analogía (Kemelmajer de Carlucci, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, pag 78).

II. Si se admite que en la quiebra se forma una masa separada con el bien de familia a lo que sólo concurren los acreedores a los que les es inoponible carece de interés la sustitución del bien de familia. La posición que sostuvo en los antes citados trabajos doctrinarios en los años 1984 y 1987, no protege adecuadamente a la familia o a la vivienda familiar porque si bien sobre el remanente no van a cobrar los acreedores a quienes la constitución le es oponible, ello no obliga al deudor a constituir un nuevo bien de familia que proteja a la vivienda familiar.

III. La admisión de la sustitución del bien de familia violenta lo dispuesto por la ley relativo a que ésta tiene efectos desde la inscripción. El carácter constitutivo de la inscripción del bien de familia no pone un valladar insuperable al efecto retroactivo de la sustitución, máxime cuando ya se ha admitido el efecto retroactivo creado por el Art. 25 de la ley 17.802 (conforme a la Suprema Corte de Buenos Aires, 19/10/93 “Minadeo de Federico c. Ambrosi” Revista Notarial 917-51) no habría razón para que esta retroactividad beneficie a los adquirentes de derecho en general y no a los beneficiarios del bien de familia siendo que la protección de la vivienda familiar tiene rango constitucional.

Por iguales consideraciones, los doctores Arazi y Furst votaron también por la negativa. Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar en lo fundamental a la acción de amparo, se autoriza la sustitución del bien de familia constituido. Previo a ello se deberá solicitar el levantamiento de las medidas cautelares dictadas en el proceso “Kipperband, Jacobo s/ quiebra” originaria del Juzgado Civil y Comercial N°7 de San Isidro Provincia de Buenos Aires, por intermedio de la sindicatura se procederá a la venta del inmueble, es inoponible. La inscripción del bien de familia que sustituya al actual tendrá efectos retroactivo al 11 de diciembre de 1981.- Graciela Medina.- Roland Arazi.- Juan Furst.-

Conclusiones

Por nuestra parte, coincidimos con la postura sostenida por Kemelmajer y Guastavino, en la que se refleja la finalidad y espíritu de la ley 14.394 en lo referente a Bien de Familia.

Considerando, que si bien tiene vigencia el principio “par conditio creditorum”, este no constituye una regla absoluta, que obligue a equiparar a los acreedores anteriores a la inscripción del inmueble como bien de familia, con aquéllos que reúnan la calidad de tales, posteriormente a dicha afectación. A su vez, la ley de quiebras, mediante la posibilidad de que se haga una categorización de los acreedores quirografarios y de poder hacerles propuestas de acuerdo diferenciados, muestra la diferenciación que puede haber o existir entre los acreedores.

Ponemos en evidencia que la propia Ley 14.394 contempla un sistema de oponibilidad e inoponibilidad que no puede ser ignorado, ni desconocido.

El propio Art. 38 nos establece que el inmueble afectado al régimen de bien de familia es oponible a los acreedores posteriores a su inscripción aun en caso de quiebra. No parece lógico, entonces, que ciertos acreedores para quienes un inmueble del deudor es inembargable, se beneficien posteriormente por el producido que resulte de la ejecución lograda por aquellos que sí tenían derecho dados por la ley a ejecutarlo.

Justificamos esto, diciendo que estos acreedores posteriores a la inscripción de un inmueble en el registro de la propiedad como bien de familia, nunca pueden alegar que han tenido en cuenta este inmueble como parte del patrimonio de su deudor, ya que al tiempo de contraer su crédito, el inmueble ya se encuentra afectado al bien de familia.

Consideramos importante también ver cómo se cumple con el espíritu de la ley 14.394, y el instituto del bien de familia, cuando se le entrega al fallido el remanente obtenido luego de la ejecución del inmueble afectado, por aquellos acreedores que tenían derechos sobre el mismo, permitiéndole adquirir un nuevo inmueble bajo la protección del bien de familia con efecto retroactivo a la primera afectación. Con esto evitamos que se produzca una desprotección absoluta de quien, en su momento, se propuso y logro amparar en la ley un inmueble con destino familiar.

Por último, y en lo que respecta a las indemnizaciones por siniestros, o en los casos de que se proceda a la venta por decisión propia del dueño del inmueble, para la adquisición de otro bien inmueble en reemplazo, debe existir la posibilidad de una subrogación. Quedando inembargable la suma de dinero recibida como pago de precio del inmueble afectado que se ha vendido para adquirir otro en su reemplazo, al cual obviamente se le trasladará la afectación de bien de familia, con efecto retroactivo.

Por todo lo dicho, es que reconocer y permitir la subrogación real del bien de familia, creemos que es cumplir con el propósito y espíritu de nuestra ley, que tiende a la protección de la familia, por encima de los acreedores posteriores a la inscripción.

Por lo tanto, estamos en condiciones de decir, que la familia es considerada por la ley 14.394 como una unidad esencial que es menester proteger. Y esta protección debe prevalecer siempre sobre el interés de los acreedores posteriores a la inscripción del bien de familia.

Sugerencia de una Reforma:

Finalmente, creemos acertado la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico la subrogación real del Bien de Familia.

Proponemos una Reforma a la ley 14.394. Y si bien reconocemos afortunado el texto que surge del Proyecto de reforma del Código Civil, cuando prevé expresamente que la afectación del inmueble a bien de familia se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización; creemos que la Legislación Uruguaya es más clara y extensa en cuanto al tema de la Subrogación del Bien de Familia, estableciendo un criterio más amplio en cuanto a su aplicación y su mecánica. Recordemos que la Ley de la República Oriental del Uruguay 15.597 en sus Art. 10 y Art. 12 contempla expresamente la posibilidad de la subrogación real del Bien de Familia. Diciendo que se podrá vender un Inmueble afectado a Bien de Familia, con el consentimiento del cónyuge y venia judicial, a los efectos de proceder con el precio obtenido por la venta, a la adquisición de otro inmueble con igual destino y calidad. Y que este precio será inembargable. Por su parte, el Art. 12 contempla el caso de siniestro o expropiación, y las correspondientes sumas de dinero recibidas en concepto de indemnización.

Es por esto que consideramos a la Legislación Uruguaya, mas completa y amplia, ya que contempla variados casos en los cuales se puede lograr la subrogación y

establece también una mecánica, no contemplada por los Proyectos de Reforma del Código.

Entonces, nuestra reforma sugerida, según nuestro modesto criterio debiera establecer:

- Que el propietario sólo podrá venderlo con el consentimiento del cónyuge o autorización judicial.
- Que el precio logrado por la venta, sea destinado a adquirir otro inmueble con igual destino y calidad.
- Este precio será inembargable.
- También se tendrá que establecer que esa suma quede depositada en garantía en algún Banco, o que sea retenida por algún Agente, hasta que se adquiera el nuevo bien.
- Y por último, considerar y regular lo mismo para el caso de las sumas dinerarias que se reciban en concepto de indemnizaciones por siniestros o expropiaciones.

Bibliografía

• **Encina Fazio De Bello, Marta y Martínez Nory, Beatriz.- El bien de Familia.- Editorial La Ley; Año de Publicación 2009.**

• **Papaño, Ricardo J. y Kiper Clausio M.- Derechos Reales.- Editorial Astrea; Año de Publicación 2004.**

• **Guastavino Elias P.- Derecho de Familia Patrimonial - El Bien de Familia.- Editorial La Ley, Año de Publicación 2010.-**

• **Borda, Guillermo.- Tratado de Derecho Civil – Familia.- Editorial Abeledo Perrot, Año de Publicación 1993.**

• **Kemelmajer de Carlucci, Aida. -Protección jurídica de la vivienda familiar.- Editorial Hammurabi SRL, Año de Publicación 1995.**

• **Alonso, Juan Ignacio, Rivera, Julio Cesar y Giatti, Gustavo J.- El Bien de Familia y Quiebra.- Revista de Derecho de Familia, N°32, Lexis Nexis año 2005.-**