

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR. ARTS. 244 A 256 CÓDIGO CIVIL LEY 26.994

ALEJANDRA CHINCHILLA

SUMARIO: I. Introducción - jurisprudencia.– II. Afectación como punto de partida - jurisprudencia: *a)* Exclusión del valor a las necesidades de sustento - protección a la vivienda - jurisprudencia.– III. Legitimados - jurisprudencia: *a)* Autoridad judicial - jurisprudencia. *b)* Actos de última voluntad.– IV. Beneficiarios - jurisprudencia.– V. Efectos: *a)* Efectos antecedente respecto de los acreedores: oponibilidad - inoponibilidad - desafectación ley 14.394 modificación, art. 249 Código Civil ley 26.994 jurisprudencia. *b)* Efectos antecedentes con relación al dinero sustituto del bien: por subasta judicial ley 14.394 modificación art. 249 Código Civil ley 26.994 jurisprudencia. *c)* Efectos con relación a la subrogación real - vacío de la ley 14.394. principio de la retroactividad. Antecedentes al art. 249 ley 26.994. Jurisprudencia *d)* Efectos con relación a los frutos. *e)* Excepciones – en relación a la composición de los créditos. *f)* Causales objetivas - jurisprudencia. *g)* causales subjetivas - jurisprudencia.– VI. Desafectación voluntaria - desafectación necesaria

I. INTRODUCCIÓN

La nueva reforma al Código Civil, ha derogado entre otras, la ley 14.394, arts. 34 a 50 denominada “Bien de Familia”, la cual protegía la vivienda familiar, de las agresiones de los acreedores, a fin de que las familias, no quedaran desamparadas y en estado de indigencia, ante deudas que fueran originadas con posterioridad a su constitución, por desventuras económicas, y se incorpora en el código civil con la la reforma ley 26.994

en los arts. 244 a 256 Título III Bienes, Capítulo 1 Sección 3ª Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva Capítulo 3 Vivienda.

La doctrina, mayoritariamente frente a la ley 14.394 “Bien de Familia, se manifestaba, entre otros ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Astrea, tomo 1, ps. 558/59 “*el bien de familia constituye una auténtica institución especial que consiste en la afectación de un inmueble a la satisfacción de las necesidades de sustento y de vivienda de sus titulares y su familia, que por lo tal motivo queda sustraído de las contingencias económicas que pudiera provocar, en lo sucesivo, su embargo o enajenación.*”

Es decir, que el instituto, funcionaba como límite frente a las deudas originadas con posterioridad a su constitución y requería su publicidad con la inscripción en el correspondiente registro de la Propiedad. La vivienda no podía ser embargada ni ejecutoriada.

“No se trata de una protección individual, sino que trasciende el interés de la familia, encontrándose comprometido el orden público” (CSJN 28/7/55 LL 80-480)

La constitución del bien de familia, implicaba la inembargabilidad, ejecutoriaridad del bien, y su indisponibilidad por el titular registral.

En la reforma al Código Civil, por ser de orden público, se lo incorporó como derechos de incidencia colectiva. No obstante que la derogada ley 14.394, era de orden público, la misma, debía ser reformulada en virtud de nuevas circunstancias sociales, y conflictos de intereses, que proyectaban novedosas interpretaciones jurisprudenciales, a favor del instituto del bien de familia, en algunos casos, y en otros casos cedían al interés del cobro de los acreedores.

La familia, modificó su concepto, pues no guardaba relación la nueva composición familiar con la antigua ley, como por ejemplo, las uniones convivenciales, la uniones de hecho, los colaterales no consanguíneos, todos ellos, eran excluidos en la ley 14.394. Una de las personas del derecho, entre otras, para sostener la reforma a la ley 14.394 fue la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI que expresa: “*Una parte importante de la normativa referida al bien de familia contenida en la casi sexagenaria ley 14.394 exige reformas significativas, mientras ese cambio no se produzca, el operador del Derecho debe procurar una interpretación que, sin contradecir el sistema, lo amolde a los nuevos requerimientos*” (*Revista de derecho Privado y Comunitario –Bien de Familia, Rubinzal-Culzoni, p. 11*).

La ley 14.394 Bien de Familia, debía modificarse, no solo porque el concepto de familia se encuentra ante un dinámico cambio de estructuración social, sino también porque nacen nuevas interpretaciones respecto de las facultades de los acreedores, del síndico, y variables ante la subrogación real, no contempladas en la derogada ley, la reforma introducida en los artículos 244 a 256 contempla las necesidades sociales y los cambios jurisprudenciales permitiendo una protección preventiva sobre la vivienda familiar, de interpretación amplia a favor de la protección familiar. Autores como Francisco JUNYENT BAS y Silvina IZQUIMAN expresaban: *“La disyuntiva de elegir entre el perjuicio a la masa o el núcleo familiar, debe decidirse a favor del interés protegido prioritariamente por la CN, que no es otro que la defensa de la familia (Protección de la Vivienda Familiar, p. 125)”*.

“El interés social y familiar debe ser el principio rector de toda hermenéutica de la ley 14.394 y las disposiciones del Código Civil deben interpretarse en función de ella, de manera que en caso de conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria con los que inspiran la institución del bien de familia, deben preferirse estos últimos” (CCiv. Com. Crim y Correc. Pergamino LLBA 1997-345).

II. AFECTACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA

Se introduce una nueva terminología conceptual, en relación a la antigua ley 14.394, con respecto a la actual codificación en bienes afectados a vivienda con relación a derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil.

Lo primero que se observa es que en la antigua ley, Bien de Familia, se “constituía” sobre la cosa, art. 34 ley 14.394, en cambio en la nueva codificación, el término “constituir”, se reemplaza por “afectar”.

El cambio terminológico empleado, no es una cuestión menor, pues cuando algo se constituye, se debía registrar sobre un todo, el bien de familia, es de naturaleza administrativa, con asiento registral en el correspondiente Registro inmobiliario, protegía al bien de las desventuras económicas, LL 1981 D-562 y ED 96-421.

Al utilizar la terminología “afectar”, se debe dar una interpretación mas amplia, que la de “constituir”, ya que, se puede considerar afectado al

bien, a la protección de la vivienda, a pesar de carecer del asiento respectivo en el correspondiente registro local, si existe una inequívoca voluntad de las partes de haberlo afectado.

La interpretación jurisprudencial, con buen criterio, abandonaba el concepto de constituir al bien, que necesitaba del asiento registral, por el concepto de la afectación del bien, para incorporar protección a la vivienda, bastaba la solicitud en el registro local para considerarlo afectado al régimen bien de familia, sin el asiento registral correspondiente. Ante circunstancias dudosas, por la falta del asiento en el Registro de la Propiedad Inmueble, algunos fallos jurisprudencia al respecto:

“El art. 35 de la ley 14.394 en tanto establece que la constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción, se halla ratificado por el art. 38 primera parte de la misma, pues debe distinguirse la constitución del mismo de su inscripción o registro, conforme la propia naturaleza de la institución” CNCom., Sala B 15/11/1994 Productos La Vascongada S.A. La Ley 1995-B-333 – DJ, 1995-I,722.

“La afectación del inmueble al régimen de bien de familia, debe tenerse por operada desde el momento en que fue solicitada por el interesado, aun cuando la Dirección del Registro Público de la Provincia de Mendoza, debido a un error involuntario, no haya inscripto al margen el dominio de dicha afectación” (SC Mendoza, Sala I, 28/9/2001 Lley 2002-A-948).

“La afectación al régimen del bien de familia se produce desde el momento en que se ingresa la solicitud del informe para estos fines al Registro Público –en el caso, se rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor para desafectar un bien y poder llevar adelante el embargo trabado sobre él en un juicio ejecutivo– toda vez que su inscripción es al solo efecto de culminar el trámite que comenzó con sus actos preparatorios.” (ST Entre Ríos 22/4/2003 Ojeda Graciela LLLitoral 2003, 1197-DJ 11/2/2004, 313).

“La afectación del inmueble al régimen de bien de familia debe tenerse operada desde el momento en que fue solicitado por el interesado y no a partir de su inscripción, ya que una correcta armonización de las normas en juego permite interpretar que la misma es consecuencia de un procedimiento previo

oponible a terceros”. CFed. Córdoba Sala B, 1999/12/02 Banco de la Nación Argentina LLC, 2000-892¹.

Otro cambio que produce la nueva terminología de “afectar al bien, en el Código Civil, es la flexibilidad, ya que permite, que la afectación lo sea sobre la totalidad del bien, pero también, sobre una parte del bien, ello así incorporado expresamente en el art. 244 CC “*Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor...*”.

La derogada ley 14.394 solo contemplaba la “constitución” del bien de familia sobre la totalidad de la cosa. El bien no era divisible en partes o en porciones indivisas, como consecuencia de ellos, era inadmisibles por ejemplo, la desafectación parcial del bien de familia, sobre porciones indivisas, se mantenía el principio de afectación total, sobre el bien como una única unidad.

El bien de familia siempre se constituía sobre la integridad del inmueble comprendiendo todo el inmueble, algunas citas jurisprudenciales dan cuenta de ello, CCiv. Com. y Contencioso Administrativo, San Francisco 4/11/1997 Cooperativa Agrícola Freyre Ltda. LLC 1998-223.

Por lo tanto, en la nueva codificación, todo inmueble puede ser “afectado” a vivienda, ya sea en su totalidad, o una parte de él (art. 244 CCiv.). Es decir que se admite, porciones indivisas, divisibilidad, y como consecuencia de ello, se puede desafectar también en porciones indivisas, fracciones o partes.

“La afectación como bien de familia de la parte del inmueble rural que satisface las necesidades de vivienda y que permite el art. 3º, párr. 3º de la ley 6074 mediante la confección de un croquis, importa un plano de subdivisión. En consecuencia, la desafectación parcial objetiva supone la división material del inmueble, con el correspondiente plano de subdivisión que da lugar a dos asientos registrales de dominio. Así, con la desafectación parcial objetiva, de uno de ellos la afectación solamente subsiste sobre el otro y se mantiene el principio de afectación total. Po lo tanto, no es procedente la desafectación parcial sobre una porción indivisa” (CCiv. Com. y Contencioso Administrativo San Francisco 1997/11/04 Cooperativa Agrícola Freyre Ltda. LLC 1998-223)”.

¹ ENCINA FAZIO DE BELLO, Marta, y MARTÍNEZ, Nory Beatriz, “Bien de Familia”, La Ley.

Por otra parte el art. 247 CCiv., se exige que un beneficiario de la afectación, habite el inmueble, se requiere la efectiva habitación, asimismo para que los efectos de la protección subsistan, debe continuar habitando algún beneficiario en la vivienda.

Es decir que la familia, tiene derecho a la vivienda familiar (art. 14 *bis* CN) lo cual es distinto al derecho sobre el dominio del bien, si se encuentra registrado a favor de un titular.

“Los beneficiarios del régimen de bien de familia deben estar emplazados en un determinado estado de familia en relación al constituyente, pues deben encontrarse unidos a él por algunas de las vinculaciones familiares determinadas en el art. 36 de la ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237) (LLLitoral 1998-1, 552)

a) *Exclusión del valor a las necesidades de sustento.*

Protección a la vivienda

En la derogada ley 14.394, Bien de Familia, no todas las viviendas podían constituirse como bien de familia, el art. 34 las definía solo aquellas “cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecían reglamentariamente”, es decir, que había un límite cuantitativo.

La necesidad de sustento, comprendía al bien inmueble afectado a explotación lucrativa, en algunos casos con hábitat familiar y en otros sin hábitat familiar, por ejemplo un local comercial urbano, o una explotación rural.

Cuando el bien no era utilizado como vivienda, pero servía su explotación comercial como sustento familiar, el concepto de “necesidad de sustento”, era variable, cambiante geográficamente, de acuerdo a la autoridad administrativa local, esa actividad lucrativa, se obtenía de la explotación del bien inmueble. Podemos afirmar, que se trataba de una protección autónoma dentro de la ley 14.394 Bien de familia, la cual no debía superar las necesidades de sustento. Las “necesidades de sustento”, eran sometidas a valuación fiscal.

Distinto era el caso, de aquellas familias que vivían en el lugar, utilizado como explotación lucrativa, el bien afectado al régimen “bien de familia”, no era sometido a límite alguno de valuación, solo, cuando se obtenía de él, el sustento sin el hábitat familiar.

En la actual reforma al Código Civil, se considera exclusivamente al bien inmueble para afectar a vivienda, donde convive la familia o el

grupo familiar. Queda eliminado de la codificación para afectar a vivienda, la “necesidad de sustento” lucrativo familiar, sin el hábitat familiar, pues en rigor, la figura autónoma “sobre el bien utilizado como necesidad de sustento sin el hábitat familiar, desvirtuaba la naturaleza del instituto protectorio de la vivienda familiar.

Como antecedente, de la aplicación de valuaciones fiscales en el bien de familia conforme ley 14.394, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, solo exigía el límite cuantitativo, cuando el bien era necesidad de sustento de la familia, ya sea a través de una explotación lucrativa, pero no vivían efectivamente en él, los constituyentes ni su familia, ni los beneficiarios, se usaba la valuación fiscal del inmueble, el cual, no debía exceder, los montos que semestralmente fijaba el Ministerio de Justicia.

“Es procedente la inscripción de un inmueble como bien de familia si, pese a exceder su valor fiscal el tope máximo fijado por disposición registral conjunta 23/96 de la Provincia de Santa Fe, las constancias obrantes en el expediente permiten concluir que se trata de un bien que no excede las necesidades de sustento y vivienda de la familia, no es lujoso ni tiene comodidades innecesarias e incompatibles con la protección impetrada (CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 1999/08/31 LLLitoral 2000-888 Furno Sola Federico).

“Según lo dispuesto en el art. 168 del decr. 2080, que reglamentó la ley 17.801 (Adla, XL-D, 4126; XXVIII-B,1929) del Registro de la Propiedad inmueble de la Capital Federal, cuando el bien objeto de la afectación se destina a vivienda, aún en los casos en que se realice en aquél actividad lucrativa por parte del titular o alguno de los beneficiarios, no existe límite al valor del inmueble... CNCiv Sala J, 1997/08/28 Mateu de Nogues La Ley 1998-C-176).

“...Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el art. 188 del decreto 2080/80 (Adla, XL-D,4126), dispone que cualquiera sea la valuación se admitirá la constitución de un inmueble como bien de familia siempre que estuviera destinada a vivienda del constituyente o su familia” (CNCiv., Sala C, La Ley 1981-D-514).

En síntesis, en la reforma al código civil, al derogarse “la necesidad de sustento”, para afectar a vivienda y protegerla de la agresión de los

acreedores, se excluye, la actividad lucrativa sin hábitat familiar, la cual no posee protección registral; por el contrario, si es una actividad lucrativa con vivienda familiar en ella, es decir en la misma unidad, corresponde afectar al bien, a vivienda, sin limitación alguna sometida a variables de valuaciones.

Lo que sucede, es que, es la vivienda, y solo ella, la figura jurídica a proteger, se abandona así, la explotación comercial con carácter autónomo, como sustento familiar que utilizaba la derogada ley 14.394.

III. LEGITIMADOS

El art. 245 del C.C.yC.N., establece quienes son las personas legitimadas, para afectar al bien, como derechos de incidencia colectiva a vivienda, entre ellos el propietario titular registral o constituyente, los condóminos, en algunos casos, se sustituye por resolución fundada de juez. Adquiere relevancia ante contiendas jurídicas, la voluntad de una de las partes involucradas sea el titular registral o el beneficiario, que el Juez faculta.

a) Autoridad judicial

En la codificación sobre afectación a la vivienda en los derechos de incidencia colectiva, la figura del juez, se la faculta a actuar en dos situaciones, *a)* actos de última voluntad, y *b)* adjudicación de vivienda en divorcios o conclusión de convivencia.

Difiere las facultades judiciales del juez, en uno y otro caso, pues en los actos de última voluntad, se lo faculta al juez actuar de oficio, en cambio, en la disolución de vínculos o convivencia, la facultad del juez es a pedido de parte interesada.

a) En los actos de última voluntad, a petición de aquellas personas beneficiarias, solicitan ante el Juez, o a pedido del Ministerio Público Fiscal si hubiere personas vulnerables incapaces o con capacidad restrictiva o de oficio, que se afecte el bien a vivienda, protegiéndola de la agresividad de los acreedores.

b) En cambio en los juicios de divorcio, o en la conclusión de la convivencia, respecto de la adjudicación de la vivienda, el juez puede a petición de parte en su resolución, afectar al bien en beneficio de una de las partes o de menores, o personas con capacidad restringida.

En la ley 14.394, frente a las resoluciones del Director del Registro de la propiedad Inmueble, actuaban las Cámaras Civiles de Apelaciones,

Nacionales o Provinciales, competentes a la jurisdicción que corresponda del Registro de la Propiedad Inmueble local para actuar recursivamente.

La figura del juez, estaba reservada solo frente a casos de desafectación de bien de familia.

“El Poder Judicial y no el Registro de la propiedad Inmueble, es competente para entender en el pedido de desafectación de un inmueble del régimen bien de familia, cuando se trata de desafectación obligatoria o forzosa, resultado de la petición de un tercero. Las inscripciones o anotaciones que generan derechos a terceros son actos firmes que no pueden ser revocados ni rectificadas por el registrador, sino en los casos especialmente regulados por la ley. Cuando se hallan comprometidos derechos de terceros y existe conflicto, el asiento se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales” (SC Mendoza, Sala I La Ley 1997-A, 214 DJ 1997-942).

b) Actos de última voluntad

Se amplían las formas, para los actos de última voluntad, pues en la ley 14.394, solo se admitía como único medio, las formas testamentarias, para constituir al bien de familia como acto de última voluntad.

El art. 245 del C.C.yC.N. ley 26.994, requiere “actos de última voluntad”, para afectar la vivienda y ser protegida de la agresión de los acreedores.

La voluntad debe ser expresada con discernimiento, intención y libertad y se manifieste por un hecho exterior, art. 260 C.C.yC.N. ley 26.994. La forma testamentaria, como acto de última voluntad, para afectar al bien a vivienda, no es excluyente, pues se admite, todo tipo de actos que exteriorice esa voluntad, entre ellos, carta documento, carta simple, declaración actuada en audiencia judicial, declaración ante testigos, acta administrativa por funcionario autorizado, etc., se amplía las formas utilizadas para la exteriorización de última voluntad a fin de afectar el bien a vivienda.

IV. BENEFICIARIOS

La derogada ley 14.394 en su art. 36 definía a la familia, quedando personas con derecho, excluidos en la definición, pues no se habían

incorporado los cambios sociales que daban origen a nuevos conceptos de familia, tales como las uniones convivenciales, convivencia de hecho, en la nueva redacción, del Código Civil, se suprime toda definición de familia, la cual es reemplazada por los beneficiarios, de esta manera, se incorporan todos los grupos de convivencia familiares, para afectar al bien a vivienda conforme ley 26.994.

El art. 246 C.Civ., establece quienes son los beneficiarios de la afectación del bien a vivienda, en primer término, el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes, en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Se incorpora a los convivientes como beneficiarios, el término se aplica a todas las formas de convivencia sin distinción alguna conforme el art. 512 C.Civ., la unión convivencial se acredita por cualquier medio de prueba, pero si se encuentra inscrita en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia. Se incorpora con ello, las convivencias de hecho.

Los beneficiarios cuyo parentesco sea en línea recta, carece de limitación alguna, ascendientes y descendientes, madre, abuelos, bisabuelos, hijos, nietos, bisnietos. Se suprime el concepto de hijos adoptivos de la vieja ley, ya que sean adoptados o no, son hijos y por tal con derecho a ser beneficiarios de la protección de la vivienda.

Respecto de los parientes por afinidad, al derogarse la limitación de los colaterales consanguíneos, el parentesco por afinidad se encuentra incorporado en la normativa.

Los ascendientes de su cónyuge es pariente por afinidad en primer grado (suegro, suegra) como beneficiarios, por lo tanto interpreto que se encuentran incorporados.

Para que los colaterales sean beneficiarios en defecto de los primeros, deben cumplir con el requisito de vivir con el constituyente y limitados hasta el tercer grado. La relación tío, sobrino.

“El hecho de que los cónyuges no vivan juntos –en el caso, por haberse divorciado– no constituye una causal autónoma de caducidad del bien de familia, pues el art. 36 de la ley 14.394 (Adla, XIV-A 237); impone el requisito de la convivencia familiar sólo respecto de los colaterales del constituyente, pero no con relación al cónyuge, ascendientes y descendientes. (C2a Civ. y Com. Paraná Sala II, 2002/04/10 Banco de la Nación Argentina LLLitoral 2002-1051).

“Las personas del mismo sexo que mantienen una unión concubinaria tienen, los mismos derechos que la ley otorga a los concubinos heterosexuales, ya que unas como otras constituyen una familia” (Medina, Graciela, Ley de Matrimonio Homosexual, Modificación de Paradigmas en supl. Especial La Ley Matrimonio civil entre personas del mismo sexo, año 2010 (agosto) 1/8/2010, p. 81.

“...Ahora bien, en la especie los condóminos no son ni cónyuges ni parientes, pero intentan afectar el inmueble al régimen de la ley 14.394, designando como beneficiaria a su hija menor de edad. La beneficiaria respecto de sus padres tiene un vínculo paterno filial y por lo tanto tiene el grado de parentesco que prevé el artículo 36 de la ley 14.394. No se puede decir que la menor no integra una familia, puesto que más allá de la convivencia de hecho de sus padres, existe un vínculo familiar que genera un vínculo jurídico familiar que se traduce en una serie de derechos y obligaciones como son los alimentos y la patria potestad entre otros...” (CNCiv. Sala H, voto Jorge Alberto MAYO 28/10/2010 Autos Marchetti Máximo Victorio.

“...La ley 14.394 que regula el ‘bien de familia’ tiene por finalidad la protección del núcleo familiar que no necesariamente debe estar constituido por los cónyuges, ya que también un hombre o una mujer solteros, viudos o divorciados pueden someter un inmueble de su propiedad este régimen especial. El ‘bien de familia’ traduce el conjunto de objetos útiles apropiables, con razón del bien que sirven para satisfacer las necesidades de un grupo de personas unidos por lazos de convivencia, cohabitación, parentesco y descendencia del tronco común (cfr. Cifuentes, El bien de familia, fundamentos y naturaleza jurídica, LL. 108-1050 Areal, Bien de Familia p. 18)...” “...Los condóminos deberían demostrar el vínculo familiar existente entre ellos, si ellos mismos fueran beneficiarios de la afectación. (cfr. CCiv. y Com. de Rosario Q.A. y otros sR Recurso Registral del 13/10/1997 Revista Notarial N° 857 p. 223)” (Marchetti Máximo Victorio 28/10/2010 CNCiv Sala H.

Síntesis de los fundamentos del voto emitido por el Dr. KIPER, Claudio Marcelo:

“ ...Considero que los condóminos que conviven de hecho, pueden invocar su relación familiar y sus vínculos con sus descendientes directos, para justificar el cumplimiento de los requisitos en el art. 36 de la ley 14.394. Si existen hijos extramatrimoniales, los progenitores pueden afectar el inmueble como bien de familia en beneficio de sus hijos, sin que la presencia de una relación de convivencia de hecho (concubinato) sea óbice”.... “Así como éste por sí mismo es insuficiente para permitir la institución de bien de familia, también carece por sí mismo de la virtualidad jurídica de impedir su creación cuando existan otros vínculos que la justifican, como, por ejemplo, los de filiación (cfr. C. Nac. En lo civil Sala B, 25 de agosto de 1981 en la Ley 1981- D-562) ...” Voto Claudio Marcelo KIPPER CNCiv Sala H Marchetti Máximo Victorio 28/10/2010.

Los fundamentos expuestos por los Camaristas fueron también compartidos por la Dra. Liliana E. ABREUT DE BEGHER, integrante de la sala H.

V. EFECTOS

Respecto de los efectos, la reforma actual ha recogido cambios de profunda incidencia, podemos clasificar a los efectos en relación a los acreedores, por su oponibilidad e inoponibilidad, cuando en la derogada ley 14.394 operaba frente a ciertos acreedores, la desafectación total del instituto protector.

Efectos en virtud del origen de los créditos, ya sean causales crediticias objetivas y subjetivos, que dan lugar a las excepciones, de la afectación a vivienda.

Efectos con relación a la subrogación real, y del dinero, como nueva incorporación y por último los frutos y su embargabilidad:

- a) *Efectos: Antecedentes respecto de los acreedores: oponibilidad - inoponibilidad - desafectación ley 14.394 - modificación art. 249 C.C.yC.N. ley 26.994 - jurisprudencia*

El bien, de incidencia colectiva afectado a vivienda, en primer lugar, repele, la agresión de los acreedores, por deudas originadas o de causa posterior a su afectación.

Ese es el efecto principal, es decir, una vez inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble la afectación del bien a vivienda, el bien es inembargable e inejecutable por obligaciones, o deudas causadas, o cuyo origen sea de fecha posterior a su inscripción; salvo las excepciones taxativas contenidas en el art. 249 del C.C.yC.N.

El efecto, respecto de la protección de la vivienda, a deudas con posterioridad a la constitución como bien de familia, era compartido por la ley 14.394, sin embargo existía matices de interpretaciones contradictorias, que son superados en la reciente codificación.

La problemática en la interpretación de la derogada ley 14.394, era respecto a los acreedores por deudas posteriores a la constitución al bien de familia, cuando el deudor era un fallido o concursado.

Cuando el bien inmueble, afectado a régimen de bien de familia, podía ser objeto de desafectación por existir acreedores cuyos créditos sean de fecha anteriores a su constitución, quedaba destinado dicho bien inmueble, a favor de todos los acreedores verificados, incorporándose al “activo falencial”, esta teoría se sostenía en el principio de la universalidad patrimonial que impone la igualdad de trato entre los acreedores.

Por lo tanto, dentro de la verificación, no importaba la calidad de acreedores, pues quedaban beneficiados aquellos acreedores cuyas acreencias eran de fecha posterior a la constitución como bien de familia.

Bastaba solo la existencia de un acreedor de fecha anterior al régimen del bien de familia, para beneficiar a todos, pues el bien inmueble se desafectaba del instituto bien de familia y pasaba al activo global de la quiebra. Esta teoría fue sostenida por la SCJBA 9/5/1995 caso “Kloster Luis s/ concurso preventivo” JA 11/10/1995.

La doctrina, ve esta postura sumamente arbitraria, pues los acreedores de fecha posterior al Bien de Familia, no habían tomado en cuenta al bien, por el instituto que lo protegía para dar sus créditos, y sin embargo, se los beneficiaba ante el estado concursal, equiparándolo como acreedores con créditos de fecha anterior al bien de familia.

La teoría doctrinaria opuesta, sustentada en el fallo “Kloster Luis”, sostenía, que solo se podía ejecutar el bien de familia, por aquellos acreedores cuyas acreencias eran de fecha anterior a la afectación al bien de familia y a los abarcados por las excepciones del art. 38 ley 14.394. A su vez, estos acreedores no podían levantar la afectación, es decir, desafectar al bien de familia, sino que le era inoponible.

Al no poder desafectar el bien de familia, seguía siendo ésta, una barrera protectora respecto de otros acreedores, (oponible) cuyos créditos

fueran de fecha posterior a la afectación del bien de familia, y que no gozaran de excepción.

Simplemente, se solicitaba al Registro de la Propiedad inmueble local, la inscripción del embargo porque su crédito era de fecha anterior, y el mismo se inscribía sin levantar o desafectar al Bien de Familia con asiento registral.

La Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI nos dice "...La tutela legal de base constitucional solo cede frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación. Error. Los aludidos acreedores no tienen derecho a desafectar el inmueble solo alegar la inoponibilidad de la tutela, que es un caso muy distinto, pues el inmueble sigue sometido al régimen de bien de Familia (art. 38 del estatuto legal).

Algunos fallos jurisprudenciales:

"Producida la desafectación de un inmueble del fallido sujeto al régimen de bien de familia, el mismo queda incluido en el desapoderamiento y responde por todas las deudas de su titular, sin que corresponda discriminar entre créditos de causa o título anterior a la afectación o posterior a ella, pues la pérdida del beneficio favorece a todos los acreedores verificados en la quiebra" CNCom. Sala D, 2001/03/12 Horigian Alberto s/quiebra s/inc. De desafectación y eventual realización de bien inmueble. La Ley 2001-E,247 ED del 22/08/2001, p. 6.

"De acuerdo con lo establecido en el art. 252 de la ley concursal (adla, LV-D, 4381) el síndico posee legitimación para solicitar la desafectación del bien de familia pues uno de sus deberes es procurar la recomposición del patrimonio concursal (del dictamen de la fiscal general subrogante que la Cámara hace suyo)" CNCom. Sala A, 2004/08/24 Rosito Roberto s/quiebra La Ley 2005-A, 139.

La nueva redacción en la codificación, ley 26.994, pone claridad al tema y define los efectos de la afectación a vivienda, pues el art. 249 del C.C.yC.N. expresa que "... la afectación es 'inoponible' a los acreedores de causa anterior a esa afectación...". Es decir, el bien inmueble, sigue afectado a vivienda, y es oponible frente a aquellos acreedores de fecha posterior a la afectación (principio), pero opera la inoponibilidad y no la desafectación, como aplicaba la jurisprudencia en contra del instituto, por las deudas de fecha anterior.

b) *Efectos: antecedentes con relación al dinero sustituto del bien: por subasta judicial ley 14.394, modificación art. 249 C.C.yC.N. ley 26.994 jurisprudencia*

En primer lugar abordaré el tema de la subasta judicial compulsiva por orden judicial. A quién pertenecía el importe obtenido, luego de satisfacer el crédito que daba lugar a la subasta, es decir, su remanente, cuando el bien subastado estaba afectado a bien de familia.

El efecto jurídico a corregir de la interpretación de la ley 14.394, era con respecto al concurso falencial por un lado y por el otro lado, a la falta de protección del dinero obtenido en subasta judicial.

Cuando había un solo acreedor, de fecha anterior al bien de familia, se debía satisfacer el crédito y todo el remanente quedaba a favor del deudor, pero ese remanente obtenido en subasta, no continuaba con la protección a la afectación del bien de familia, y por tanto podía ser embargado por acreedores de fecha posterior al asiento registral de bien de familia, cuando se encontraba líquido (dinero) depositado en la cuenta judicial y a la orden del juez, debido a que se consideraba que el instituto bien de familia, había fenecido con la orden de subasta judicial. Esto no es mas que la consecuencia, de la “desafectación del bien de familia.

El otro tema era en los juicios concursales, si se trataba de un fallido, el dinero obtenido en subasta pertenecía al activo concursal y se cancelaba con él, las deudas de los acreedores. Una vez, satisfecho todos los acreedores en sus acreencias, sean estos por créditos anteriores a la afectación del bien de familia, o posteriores, si existiera saldo remanente, éste quedaba recién a favor del deudor y sin protección. Es decir, que no se distinguía entre acreedores anteriores o posteriores al bien de familia, cuando se trataba de subasta judicial.

En síntesis: se interpretaba la ley 14.393 en sus efectos, que al desafectarse como bien de familia, todo lo producido por dicho bien, era equiparado como si nunca hubiere sido afectado al régimen protectorio.

Lo mismo sucedía respecto de los restantes acreedores, en subasta judicial sin ser fallido ni concursado el deudor.

“El remanente de la venta del inmueble del fallido que se encontraba sujeto al régimen del bien de familia debe ser incautado por la quiebra, pues el sistema instituido para amparar el inmueble familiar (ley 14394-Adla, XIV-a,237) no se extiende ni subsiste para proteger el dinero que es producto de su enajenación, debiendo ser distribuido en consecuencia entre todos los

acreedores verificados en el proceso falencial” (CNCom. Sala D 2001/03/12 La Ley 2001-E, n247 ED del 22/8/2001 p. 6).

“Corresponde confirmar la sentencia que declaró inoponible respecto de la quiebra la afectación de un inmueble del fallido como bien de familia ante la existencia de acreedores anteriores a dicha afectación y aun cuando el producido del bien debe ser distribuido entre dichos acreedores, sin que ello implique que el eventual remanente de la venta una vez satisfechos sus créditos debe quedar excluido del activo distribuible en la quiebra pues el fallido se halla desapoderado de sus bienes desde la declaración de falencia (del dictamen de la fiscal general subrogante que la Cámara hace suyo) CNCom. Sala A 2004/08/24 La Ley 2005-A, 139”.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Cuenca Daniela B. P s/quiebra”, 14/4/2004, expresa que debe desafectarse el bien de familia parcialmente de la fallida y luego de producida su realización e integrado su precio debe destinarse de él una suma equivalente al 20% a los efectos de la adquisición de un nuevo inmueble, lo hace fundado en dos argumentos, el primero: en virtud de que la autoridad pública posibilitó la inscripción protectoria no puede luego abstraerse de aquél originario acto tuitivo. Y el segundo argumento, es que el bien protegido es de una importancia tal que rebasa largamente sus necesidades y las de su grupo familiar, excediendo en demasía la cobertura que brinda la ley 14.394. Lo interesante del fallo, es que se retiene a favor de la fallida del dinero producido el 20%.

En la nueva codificación, ley 26.994 de derechos de incidencia colectiva bienes afectados a la vivienda, se corrige los efectos, sobre el dinero obtenido en subasta judicial, o en calidad de un deudor fallido, cuya liquidez del bien inmueble se encuentra afectado a vivienda.

El art. 249 del C.C.yC.N. expresa que ... *“los acreedores sin derecho a requerir la ejecución, no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenida en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva”.*

Es decir, que solo los acreedores, cuyas acreencias sean de fecha anterior a la afectación del bien a vivienda, o aquellos que corresponden a las excepciones del art. 249 incs. a), b), c), y d) son los únicos facultados para cobrar sus acreencias del dinero obtenido en subasta judicial, en un proceso individual o colectivo, se excluye al resto de los acreedores, aún

aquellos acreedores del concurso, pues el dinero obtenido del bien afectado a vivienda, no integra el activo concursal, sigue el dinero la suerte de la protección del bien original.

Lo mismo sucede, si el bien inmueble afectado a vivienda con asiento registral, se vende, el precio obtenido es inembargable salvo los acreedores facultados en el art. 249 del C.C.yC.N.

c) *Efectos con relación a la subrogación real. Vacíos de la ley 14.394. Principio de la retroactividad. Antecedentes al art. 248 ley 26.994. Jurisprudencia. Sustitución del dinero en concepto de indemnización o precio*

El tema de subrogación real, surge de la interpretación judicial a ciertos conflictos, los cuales no habían sido previstos en la ley 14.394. Se trata de aquellos casos en los cuales, se adquiere un nuevo bien sustituyendo el anterior, y se solicitaba la subsistencia de la afectación de bien de familia, con vigencia desde la fecha de su constitución originaria que portaba el anterior bien inmueble al cual se sustituía.

Es decir, que con el importe obtenido de la venta de un bien afectado a bien de familia, se adquiriría otro bien, y se solicitaba se mantenga el instituto con la fecha originaria del primer bien inmueble. El caso, no encuadraba en la ley 14.394, sin embargo la jurisprudencia se expidió al respecto, interpretando, que no podía haber oposición de los acreedores de fecha posterior a la afectación del primer bien inmueble afectado a bien de familia, porque sus créditos se habían otorgado al deudor sin tener en miras al bien que se pretendía sustituir, ya que estaba afectado al instituto.

En el caso “Kipperband Jacobo s/amparo”, que tramitó por ante el Juzgado Civil y Comercial N° 2 Secretaría 4 Departamento Judicial de San Isidro, ...” *si bien la sustitución del bien de familia no se encuentra previsto en la ley, 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 del derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la subrogación real que tiene recepción legislativa en el art. 1296 y resulta aplicable por analogía. La sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha del primero no perjudica los derechos de los acreedores en sentido de que para ellos la situación no varía, en quienes les era oponibles el primer bien, les será oponible el segundo.*

Es decir, que la sustitución real llevaba la aplicación del principio, de la retroactividad, al adquirir un nuevo bien.

“Corresponde hacer lugar al pedido de sustitución de bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución originaria, toda vez que dicho proceder no perjudica los derechos de los acreedores ya que a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo; y una interpretación contraria a la sustitución implicaría una solución axiológicamente disvaliosa al priorizar el interés económico sobre la protección de la vivienda familiar. CCiv. y Com. Rosario Sala I, 11/6/2003, Gil Jorge A. DJ 7/4/2004, 887 LLLitotal 2004 (marzo, 127 con nota de Nelson G. A. COSSARI”.

El otro supuesto de sustitución, es el de traspasar la afectación de un inmueble a otro existente de modo concomitante. Sabemos, que solo un inmueble puede ser afectado a bien de familia, en nada impediría que el titular traspase la afectación de un inmueble otro, si va hacer el asiento principal o residencia familiar, ya que el instituto protege la vivienda familiar. (JA 2003-IV-79).

Estos antecedentes, fueron base de correcciones en la incorporación del art. 248 ley 26.994 Subrogación real: *“la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.*

Es decir, que abarca los casos de sustitución del bien afectado por otro, y los obtenidos con dinero de la venta de un bien afectado a vivienda, la subrogación real, lleva implícito el principio de la retroactividad de la fechas de afectación del bien sustituto.

Respecto del dinero, el mismo se encuentra protegido por la afectación, sea obtenido por la venta del bien afectado a vivienda, o por indemnización, por ejemplo de una expropiación del bien inmueble afectado a vivienda, lo cierto, que el dinero al estar protegido no puede ser alcanzado por embargos, de fecha posterior a la afectación del bien, del cual derivan los importes.

d) Efectos con relación a los frutos

Respecto de los frutos, que genera el bien, tales como rentas, por alquileres, tiempos compartidos, garantías de locaciones, etc., el art. 251 del C.C.yC.N. ley 26.994, dichos frutos, son embargables y ejecutables por el todo sin limitación, si los mismos no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, la derogada ley 14.394, solo permitía su embargo hasta el 50%, en la nueva redacción, se derogó el límite.

Estará sujeto a prueba, si son indispensables o no los frutos obtenidos, para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, pero la carga probatoria, será a cargo del beneficiario interesado.

e) Excepciones: en relación a la composición de los créditos

El principio de repeler la agresión de los acreedores, por deudas contraídas con fecha posterioridad a la afectación de la vivienda, inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, posee excepciones, las cuales considero que están taxativamente enumeradas en el art. 249 del C.C.yC.N. ley 26.994.

Las considero taxativas, porque al no admitir otras situaciones, y ser un número cerrado de circunstancias, se protege al instituto.

Son deudas, con privilegio de cobro por sobre la afectación a vivienda, la protección del bien cede frente a ellas, no importando la fecha de la afectación del derecho a vivienda. Estas deudas constituyen la excepción a la protección de la vivienda, y por su composición, que es lo que compone la deuda, es decir, que la originó, surgen dos tipos de causales. Estas causales, como ya expresé, no tienen en cuenta la fecha de los créditos, son excepciones a la regla, alteraciones al principio rector, y las clasifico en causales objetivas y subjetiva.

f) Causal objetiva

Las causales objetivas, las deudas provienen del bien a proteger, es decir, las genera el propio bien, afectado a vivienda, las cuales son: deudas por mantenimiento del bien, conservación, reformas, o ampliaciones del bien, créditos hipotecarios, en unidades funcionales, créditos por expensas comunes, se excluyen las expensas extraordinarias, pues una expensa extraordinaria, si bien se un gasto de conservación a la vivienda, como la creación de fondo de reserva, para cambiar los tanques de agua, estos fondos no hacen a la conservación normal y habitual, de la vivienda, y por lo tanto no goza de privilegio frente a la afectación del bien de vivienda, porque la deuda excede la normalidad.

Integran las deudas con privilegio, los impuestos tasas o contribuciones que gravan al inmueble afectado a vivienda, sean estos, nacionales, provinciales o municipales, en todos los casos, el bien garantiza el cobro por deudas, que por su naturaleza genera, aún sobre aquellos afectados a vivienda, e inscriptos.

“Cabe apartarse de la regla por la cual las cuestiones de hecho y derecho común son ajenas al recurso extraordinario si la sentencia impugnada omite tratar argumentos conducentes –en el caso, al desafectar un inmueble constituido como bien de familia respecto de un crédito por expensas de causa posterior a la inscripción, pese a que dicho crédito no está previsto expresamente entre las excepciones del art. 38 de la ley 14.394 (Adla XIV-A, 237) a la protección de tal beneficio–. Efectuando una interpretación que desnaturaliza y torna inoperante el citado régimen (del voto en disidencia de los doctores NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR y LÓPEZ (CS 2003/02/25 Consorcio de Prop. Panamá 982/84/88/inc. Verificación de crédito en Khanis, Pablo s/ Quiebra La Ley 2003-D,714 con nota de Pedro Di LELLA)”.

“Las obligaciones originadas por las expensas comunes existen desde el principio de la vida del consorcio y, por ende, resultan prioritarias a cualquier afectación, pues son derivaciones de la obligación principal de contribuir al pago de los gastos y costos necesarios para la vida del ente. La solución contraria convertiría en letra muerta las disposiciones de los arts. 8 y 17 de la ley 13.512 (Adla VII, 254) con la consiguiente imposibilidad de mantener la vigencia de un sistema de obvia utilidad social. (CNCom., sala A 1996/02/29 Herrera Ramón La Ley 1996-D,49 con nota de Cecilia Adriana VILLANUSTRE).

g) Causales subjetivas

La causal subjetiva, se componen de dos elementos, uno es la composición del crédito, el cual debe ser carácter alimentario, y el otro elemento subjetivo, el propio sujeto destinatario del crédito, debe tratarse de menores o mayores con capacidad restrictiva.

Es decir, se protege a los sujetos vulnerables, por cuanto cede la protección de la vivienda. La calidad del sujeto acreedor, surge de n todas aquellas obligaciones o deudas por alimentos, a favor de hijos menores de edad incapaces, o con capacidad restringida respecto del titular del bien afectado a vivienda.

Las deudas no las genera el bien, como en la causal objetiva, por el contrario, se privilegia al sujeto vulnerable, haciendo efectivo el cobro de sus alimentos, no interesando si la deuda por alimentos de los hijos es de fecha anterior, o posterior a la afectación del bien a vivienda, inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble.

VI. DESAFECTACIÓN

a) Analogías y diferencias con la ley 14.394

La desafectación del bien de familia, era procedente en la ley 14.394 art. 49 en varios incisos, en el *a) a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido*; en la derogada ley (14.394) se desprende la restricción a las nuevas relaciones familiares fuera del matrimonio, como las uniones convivenciales, quedaban excluidas de todo marco regulatorio. Se exigía al propietario del bien, la desafectación, no se hacía referencia al juez para dirimir los conflictos en caso de oposición a la desafectación.

El art. 255 inc. *a)* del C.C.yC.N., ley 26.994, sustituye y corrige la ley anterior.

Se expresa que la desafectación procede *a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta requiere el asentimiento del cónyuge o conviviente, si este se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente*;

En primer lugar, se observa, que, se reemplaza el término “propietario” por “constituyente”, pero se debe relacionar el art. 255 con el art. 245, ya que solo la *afectación puede ser solicitada por el titular registral*, por lo tanto, la desafectación también, quedan exceptuados, el adquirente de un bien inmueble por boleto, los usufructuarios del bien, etc.

Continuando con el análisis de la nueva redacción del art. 255 inc. *a)*, solo reconoce para la desafectación a los cónyuges y a las uniones convivenciales inscriptas, a fin de equiparar a los cónyuges con los convivientes, nada dice respecto a las uniones de hecho, parecería, que las uniones de hecho sin inscripción, no se les requiere autorización para prestar su conformidad para desafectar al bien.

Pero, sería un grave error, excluir a las uniones de hecho, sin inscripción, cuando se oponen a la desafectación o al levantamiento de la protección sobre el bien, en ese hipotético caso, también debe dar derechos, al conviviente de hecho, el cual tendrá que probar, que habita el bien afectado a vivienda, y los años de convivencia, para tenerlos como legitimados.

Interpreto, que en la desafectación voluntaria, autorizada por los interesados, el juez es ajeno por no haber conflicto, en los restantes casos, de oposición, o que participen personas con capacidad restringida declarada judicialmente o incapaces, debe intervenir la autoridad judicial.

En la ley 14.394 art. 49 inc. *b) a solicitud de la mayoría de los herederos cuando el “bien de familia” se hubiere 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 esa mas conveniente para el interés familiar:*

Se trata de reglamentar la desafectación en los casos de fallecimiento. Se exigía que el bien de familia se constituyera por testamento, para que la mayoría de los herederos solicitaran la desafectación, no se exigía unanimidad, solo mayoría simple, la autoridad competente o el juez, resolverá en caso de oposición a la desafectación por parte del cónyuge supérstite, o existan incapaces. En la nueva redacción art. 255 del C.C.yC.N. inc. *b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.*

Se amplía las formas para la declaración de última voluntad, no solo se admite la forma testamentarias, sino que se admiten otras, por ejemplo una carta documento, y se exige la mayoría simple de los herederos, no la unanimidad, al igual que la ley anterior que lo regulaba.

Respecto de los convivientes, nada dice el inciso, de las uniones de hecho sin inscripción, pero interpretando el art. 245 del C.C.yC.N., el cual dice que la afectación puede ser ordenada por el juez a pedido de cualquiera de los beneficiarios, y el art. 246 del C.C.yC.N., expresa que son beneficiarios de la afectación el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, y de este último no se le exige inscripción a la convivencia para la afectación. Asimismo el art. 250 en su parte pertinente expresa que el inmueble no puede ser gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente. Pero en el inicio del articulado, expresa “si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta”..., parecería que se refiere a las dos uniones convivenciales, inscriptas y no inscriptas, esa sería la interpretación amplia, pues en rigor, la futura interpretación judicial, determinará la calidad de uniones convivenciales beneficiadas.

Interpreto que en el espíritu de la ley, la oposición a la desafectación abarca a todos los tipos de convivencia, estén inscriptas o no, la diferencia entre las convivencias registradas, es que no deben demostrarse o probarse, en cambio las otras deben ser materia probatoria.

Continuando con el análisis de la ley 14.394 inc. c) *a requerimiento de la mayoría de los coparticipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes*". En este inciso, se trata de condominio registral sobre el bien, no se debe confundir con la mayoría simple de indivisión como en el caso de los herederos, aquí la ley, computa "la parte" que cada uno detenta sobre el bien, para lograr esa mayoría, se trata de un bien inmueble divisible en plano y escritura, la desafectación parcial objetiva supone la división material del inmueble con el correspondiente plano de subdivisión que da lugar a los asientos registrales. Se requiere la sumatoria de las partes, de cada condómino, podía lograrse la mayoría, dependiendo de la cantidad de partes divisibles del bien.

Se interpretaba como un inciso estanco, distinto de los anteriores, por tal, se omite la participación de cónyuges, incapaces. En la actual codificación la desafectación del art. 255 inc. c) *a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el,*

Es una gran diferencia en su redacción a pesar que parezca análoga, pues en principio, el bien inmueble no se ve como un todo, y las partes no requieren ser materializadas en plano y escritura, como en la redacción de la ley 14.394, y se clarifica, como partes indivisas, las cuales no están materializadas objetivamente sobre el bien inmueble, la mayoría se obtiene de la sumatoria de partes indivisas, es decir, la representatividad que tienen los condóminos sobre la cosa,. El otro cambio sustancial, es que el inciso guarda relación con las personas vulnerables, del inciso anterior, incapaces, personas con capacidad restringida, etcétera.

Continuando con la desafectación de la ley 14.394 el inc. e) *de oficio o a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los arts. 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios*", se trata de la desafectación por no darse los requisitos exigidos por ley para afectar al bien, entre ellos cuando excede las necesidades de sustento y vivienda de la familia, cuando no hubiere integrantes que compongan la familia, propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes, hijos adoptivos, en defectos de ellos colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad, que convivan con el constituyente, la exigencia de habitar el bien o explotar por cuenta propia el inmueble o la industria.

La falta de cumplimiento de alguno de estos elementos, legitimaba a los interesados, a iniciar un incidente de desafectación del bien de familia, principalmente acreedores del propietario del inmueble.

En la codificación art. 255 inc. d) *a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o*

fallecen el constituyente y todos los beneficiarios.” En la redacción actual se amplían los recaudos que tuvo en miras la ley, por ejemplo la incorporación de la conclusión de la convivencia y la adjudicación de la vivienda por juez competente, al igual que en los divorcios, la intervención del Ministerio Público Fiscal en representación de beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, no solo se refiere al componente familiar, sino a las personas vulnerables que la protección le es de su interés, como los menores. Debe haber fallecido el constituyente y todos los beneficiarios de la afectación, para ser desafectado por terceros interesados o de oficio por juez competente.

En la ley 14.394 inc. *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*”.

Se trataría de casos de desafectación necesarias, como la expropiación, reivindicación la cual es imprescriptible, venta judicial (subasta), por los acreedores, las incorporaba para la desafectación, eran situaciones que obligaban al levantamiento de la protección del bien de familia, o sea a la desafectación, sin participar de la voluntad de los interesados. En todos los casos, se encuentra el control judicial, debido a que el instituto es de orden público, los acreedores en ejecución autorizada, gozaban de amplias facultades, el instituto autorizaba por este artículo la desafectación del bien de familia, y no la inoponibilidad del bien de familia, fue la construcción doctrinaria, la que hizo el distingo, entre una y otro facultad de los acreedores.

En el actual art. 255 inc. *e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo con los límites indicados en el artículo 249*”. Las excepciones contenidas en el art. 249 incs. *a), b), c) y d)*, es decir, que los acreedores de fecha anterior o contenidos en los incisos del artículo 249 la protección a la vivienda le es inoponible, no se encuentran autorizados para solicitar la desafectación.

Por lo tanto, los acreedores no pueden cancelar la inscripción en el Registro, la cual sigue su asiento registral, por ello la inoponibilidad, solo los casos contenidos en el art. 255 permite la desafectación y cancelación del asiento registral en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Síntesis: los artículos 244 a 256 del Código Civil, consolidan una necesaria reforma al instituto del bien de familia, dándole un visión profundamente humanitaria, en pos de una verdadera protección a la vivienda familiar, incorporando a los nuevos grupos convivenciales, y a aquellas

personas vulnerables, incapaces o con capacidad restrictiva, representada por sus familiares, o en caso de conflictos de intereses por el Ministerio Público Fiscal, la figura del juez ante la adjudicación de la vivienda, y en las manifestaciones de última voluntad para afectar al bien a vivienda, adquieren gran relevancia. Se limita las facultades de los acreedores, los cuales le es inoponible la afectación si sus créditos son de causa anterior. La vivienda afectada a bien de familia no puede integrar el activo concursal, si los acreedores poseen acreencias de fecha posterior al asiento registral. Se incorpora la subrogación real de la vivienda por otra y la protección del dinero sustitutivo del bien, incluyendo el saldo remanente de subasta judicial.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección
GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

**VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER
JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA
JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO
MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO
JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST**



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA | FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina