

☞ POSTGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN
SINDICATURA CONCURSAL ☞

TESINA

Tema: “El Bien de Familia en la Quiebra”

Cra. Silvina Gisel Silvestri Cortina

Tutor: Dr. Emilio Bianco

JUNIO DE 2015

Índice

- Introducción.	Pág. 3
- El Bien de Familia y la Quiebra	
- Ley 14394. Finalidades. Intereses.	Pág. 4
- Ley 24522. Ley de Concursos y Quiebras.	Pág. 5
- Problemática Actual. Distintas posturas.	Pág. 7
- Legitimación del Síndico.	Pág. 10
- ¿Qué sucede en el Nuevo Código?.	Pág. 12
- Conclusión.	Pág. 20
- Bibliografía.	Pág. 23
- Resumen.	Pág. 24

Introducción

Para la conceptualización del Bien de Familia puede recurrirse a la definición elaborada por Guastavino que dice que "es una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia, goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular de dominio"⁽¹⁾.

El art. 38 de la ley 14.394 prevé que el bien afectado a este régimen "no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca".

En La ley de Concursos y Quiebras 24522, los incisos 2° y 7° del art. 108 eximen del desapoderamiento a los bienes inembargables y a los excluidos por otras leyes.

Si en la quiebra existe un acreedor anterior a la constitución del bien de familia al cual le es inoponible lo normado por la ley 14.394 y solicita la ejecución del bien. ¿Debe ejecutarse dicho bien? En caso de ordenarse la ejecución y venderse el bien, si el producido alcanza para pagar el crédito del acreedor que logró la ejecución y además existe un remanente ¿Que hay que hacer con ese remanente? ¿Posee legitimación el Síndico para solicitar la desafectación?

(1) Elías P. Guastavino, Bien de Familia, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, p.261.

El Bien de Familia y La Quiebra

Ley 14.394. Finalidad. Intereses

La ley 14.394, en sus arts. 34 y siguientes, establece un régimen especial por el cual tiende a proteger al ente familiar, tutelando su bienestar económico y su supervivencia; con tal finalidad introduce restricciones, proporcionando a aquél un hogar inembargable e inalienable que lo preserve de la miseria, le garantiza un abrigo y le permita atender a sus necesidades.

El art. 38 de la ley 14.394 establece que "el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidos en la finca".

De ello se concluye que existen dos clases de acreedores: los anteriores y posteriores que brinda la afectación a bien de familia de un inmueble:

- a) Aquellos que tienen créditos con causa o título anterior a la inscripción.
- b) Las acreencias provenientes de impuestos o tasas que graven directamente al inmueble.
- c) Los resultantes de gravámenes constituidos cuando mediaren causas graves o manifiesta utilidad para la familia (art. 37 de la ley).
- d) Los créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca.

Las disposiciones de la ley 14.394, referentes al bien de familia, fomentan la estabilidad del núcleo familiar conviviente en la época de la afectación; ellas tienen por objeto la protección de la familia ante las vicisitudes económicas, los malos negocios o aún la muerte del padre, sustrayendo un bien de los efectos que

tales contingencias económicas pudieren provocar en lo sucesivo (embargo o venta forzosa).

El principio según el cual el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores sufre —en este supuesto— una excepción: el inmueble afectado a bien de familia queda fuera de la garantía de los acreedores cuyo crédito sea de fecha posterior a la constitución y resulta inembargable e inejecutable.

Este régimen tutelar, que está dirigido a proteger el interés familiar —entendiendo por tal la realización de los fines esenciales del núcleo familiar—, persigue un doble objetivo: económico tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar y el social, en cuanto propende al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.(2)

Ley 24.522 (LCyQ)

De acuerdo con las disposiciones de la ley 24.522, los bienes comprendidos en el desapoderamiento son aquellos que conformaban el patrimonio del fallido a la fecha máxima del período de sospecha y los que adquiriera por cualquier motivo durante la tramitación de la quiebra.

No obstante, existen una serie de bienes, que se encuentran excluidos del desapoderamiento, entre los que se encuentran:

Artículo 108 de la ley 24.522: Bienes excluidos. Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo anterior:

- 1) los derechos no patrimoniales;
- 2) los bienes inembargables;
- 3) el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendida las cargas;
- 4) la administración de los bienes propios del cónyuge;

(2) CNCiv., sala A, 6-8-1986, LA LEY, 1986-E, 309

- 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular;
- 6) las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona;
- 7) los demás bienes excluidos por otras leyes.

Cuando al titular registral del bien de familia le es decretada la quiebra surge el problema de armonizar ambos cuerpos normativos, máxime cuando la LCQ no hace referencia al mismo, si bien puede considerarse que la imposibilidad de ejecutarlo se deriva implícitamente del art. 108 inc. 2 y 7 .

Ahora bien, si el bien de familia no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra, — excepción hecha de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente al inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca—, se podría concluir, en principio, en que el bien de familia no es susceptible de desapoderamiento.

Es decir que conforme la interpretación de las referidas normas, respecto de los acreedores de fecha posterior a la constitución de bien de familia, siempre que la afectación no sea susceptible de ser revocada por caer en el período de sospecha, el inmueble resulta inembargable.

No obstante, muchos autores consideran que el inmueble que se encuentra en esas condiciones no es susceptible de desapoderamiento si existen acreedores de fecha anterior a la afectación.

El bien de familia, entonces, sólo en principio no es susceptible de desapoderamiento, ya que pueden existir causas que hagan que sí lo sea.

Por ello, se ha dicho que el estado de quiebra del constituyente del bien de familia da lugar a una serie de dificultades en virtud de las distintas interpretaciones que se han dado al art. 38 de la ley 14.394.

Cuando todos los acreedores falenciales son de causa o título posterior a la inscripción de un inmueble como bien de familia, la afectación es oponible en la quiebra y el bien se encuentra excluido del activo liquidable, quedando comprendido en el desapoderamiento.

La cuestión se presenta cuando coexisten en el pasivo concursal acreedores concurrentes anteriores y posteriores a la inscripción pues no puede quedar el inmueble sujeto a desapoderamiento respecto de unos y no respecto de otros.

Problemática Actual.

La interpretación del art. 38 de la ley 14.394 y los efectos del bien de familia en la quiebra (cuando en una misma quiebra coexisten acreedores anteriores y posteriores a la inscripción), es un tema que ha venido dividiendo a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace varios años.

Al respecto se han gestado dos posturas mayoritarias, aunque con algunas variantes dentro de cada una de ellas.

Así, para algunos autores, la existencia de acreedores anteriores a la inscripción del bien de familia, implica, mediando quiebra de su titular, la desafectación del bien en beneficio de todos los acreedores, anteriores y posteriores, en virtud del principio de la *pars conditio creditorum*.

Otra corriente sostiene, en cambio, que en tales casos debe disponerse la formación de una masa separada, integrada por el bien de familia y los acreedores anteriores a la inscripción a quienes esta última les resulta inoponible. Dentro de esta corriente, a su vez se discute si el producido de la ejecución del bien de familia debería entregársele al fallido, o si por el contrario debe ingresar a la masa formada por el resto de sus bienes desapoderados y los acreedores posteriores al bien de familia.

Distintas Posturas.

1. Una de las posturas mayoritarias, afirma que basta que uno solo de los acreedores sea anterior a la inscripción del bien de familia para que proceda la ejecución en favor de todos; y, para que el monto liquidado ingrese a la masa para ser distribuido conforme a la regla de la "*ius parit conditio creditorum*". [Adhieren entre otros: Bouzat (3), Porcel (4), Tonón (5) y Maffia (6)]

2. Otra opinión mayoritaria postula que el bien de familia se incorpora a la ejecución colectiva, pero formándose una especie de concurso especial (masa separada) en el que cobran sólo los acreedores "anteriores", reintegrándose el saldo al deudor. [Kemelmajer (7), Guastavino (8), entre otros también participa Rivera (9)]

3. El bien de familia se incorpora a la ejecución colectiva y se forma una especie de concurso especial (masa separada) donde cobran los acreedores "anteriores"; el saldo se integra a la masa y de él pueden cobrarse, de acuerdo a la normativa concursal, todos los acreedores restantes que pueden concurrir a prorrata sobre el eventual remanente de su producido, por cuanto el art. 38 de la ley 14.394 no priva a los acreedores posteriores del derecho a cobrar sobre el saldo. [Truffat (10)]

4. El bien de familia se incorpora a la ejecución colectiva formándose una especie de concurso especial (masa separada) donde cobran los acreedores "anteriores"; el saldo se devuelve al deudor si se encuentra rehabilitado y, en caso contrario, se integra a la masa como un "nuevo bien" susceptible de desapoderamiento [Fragapane (11)]

5. Realizado el bien de familia sólo en favor de los acreedores con título o causa anterior, el remanente sería una suma de dinero que no debiera ser entregada al fallido

(3). BOUZAT, Luis Francisco, El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra, Rev. Jus. La Plata, 1967 N° 9, p. 5.

(4). PORCEL, Roberto José, El bien de familia y la quiebra, LL, 1989-B-734.

(5). TONÓN, Derecho concursal, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 125.

(6). MAFFÍA, Osvaldo, Derecho concursal, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 522.

(7). KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La protección jurídica de la vivienda familiar, p. 135 y sgtes., Ed. Hammurabi, Bs. As. 1995; KEMELMAJER DE CARLUCCI, PARELLADA y FLORES, Bien de familia y quiebra, RDCO, n. 100, ps. 467 y ss.

(8). GUASTAVINO, Elías P., 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.

(9) Rivera, Julio César, Bien de familia y Quiebra

(10). 16. TRUFFAT, Daniel, El bien de familia y la quiebra, brevísimas reseñas sobre diversas posturas doctrinarias, y, también, alguna opinión personal (ED, 155-117).

(11). FRAGAPANE, Héctor R. - MAUNA DE FRAGAPANE, Patricia, El remate del bien de familia en la quiebra y la distribución del producido, LL Gran Cuyo, 1998-40.

justamente por su calidad de tal, y para la cual no podría ser pretendido el privilegio de estar exenta de persecución por los demás acreedores concurrentes, fuera cual fuese la fecha de su acreencia, ya que lo puesto *extra commercium* por la ley 14.394 es el inmueble en cuanto asiento humano y no su valor pecuniario; con lo cual al quedar desafectado el bien de familia para algún acreedor anterior, cuando menos, queda desafectado para con todos (o en favor de todos) los acreedores verificados. [Cámara (12)]

6. Al ingresar en el desapoderamiento y subastar el inmueble ya no existe interés tutelable y la propia ley 14.394 implícitamente admite que los acreedores posteriores ejecuten el saldo aun estando el deudor *in bonis*. [Porcel (13)]

Sin embargo reconoce Rivera que los tribunales se inclinan por el criterio según el cual una vez desafectado el bien de familia por la existencia de acreedores anteriores a su constitución, el producido de la venta forzada debe beneficiar a todos los acreedores, incluso los posteriores, aunque éstos participarán a prorrata de sus créditos sobre el remanente que exista una vez desinteresados los anteriores (CNCom., sala D,5-3-79, LL 1979-B-359).

Esta última tesis ha venido a ser convalidada por la Corte Suprema de la Nación al desestimar un recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia de la Cámara Comercial de la Capital que se había pronunciado en el sentido expuesto últimamente.(14)

(12). CÁMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, t. III, ps. 2040 y ss.; C. Nac. Com., sala D, LL 1979-B-359

(13). PORCEL, Roberto José, El bien de familia y la quiebra, LL, 1989-B-734.

(14) Rivera-Roitman-Vítolo, Ley de Concursos y Quiebras 4° Edición actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores. 2009

Legitimación del síndico concursal para demandar la desafectación de un inmueble inscripto como bien de familia.

Actualmente otra cuestión conflictiva es si el síndico concursal tiene aptitud o competencia procesal para pedir, en ciertas circunstancias, que un inmueble protegido por el régimen del bien de familia, sea desafectado de tal situación legal. Los criterios adoptados por la doctrina son divergentes:

Diversas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han interpretado que no corresponde negarle legitimación al síndico para demandar la desafectación como bien de familia de un inmueble perteneciente al fallido, pues la legitimación del funcionario concursal se funda en su carácter de administrador de los bienes de la masa.

La jurisprudencia de la CNCom., en efecto, con sustento en la previsión contenida en el art. 252, LCQ, ha reconocido reiteradamente legitimación al síndico para solicitar la desafectación del bien de familia.(15)

Jurisprudencia. Legitimación del síndico para pedir la desafectación del bien de familia:

El Síndico está legitimado para peticionar la desafectación del bien de familia de un inmueble del fallido, ya que si bien es cierto que el estatuto del bien de familia no lo habilita expresamente para procurarla, sí lo hace respecto de los acreedores mencionados en el art. 38 ley 14.394 (Adla, XIV-A, 237) en los casos de venta judicial en ejecución autorizada por la misma ley, lo cual basta para tener al síndico por autorizado para subrogarse en esa facultad a los acreedores renuentes, porque en la normativa concursal la sindicatura actúa como un virtual sustituto procesal, aun

cuando su intervención no reúna los requisitos propios del referido instituto (del voto del Dr. Salvatori Reviriego).

(15). conf. sala D, 17/11/2008, Oclander, Gerardo s/quiebra s/inc. de desafectación de bien de familia; íd. sala D, 23/11/2001, Levy, Mirta Mabel s/quiebra; íd. sala A, 20.03.2001, Sleiman, Roberto s/quiebra; íd. sala C, 12/04/2005, Alava, José s/quiebra.

C1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, "Alberto, Manuel", 10/07/2008, LLBA 2008 (setiembre), 875; LA LEY 2008-F, 7, con nota de Guillermo Carreira González.

En sentido contrario, otros tribunales han sostenido que para que el bien de familia ingrese a la masa, es necesaria la exteriorización expresa de la voluntad del acreedor preexistente, ya que ni el síndico ni el resto de los acreedores pueden acreditar interés legítimo para atraer hacia el concurso el bien excluido. (16)

En ese mismo sentido, también se sostuvo que no corresponde desafectar un bien de familia a pedido del síndico de una quiebra, invocando la conformidad de un acreedor cuya acreencia se había originado antes de la inscripción pero sin hacer valer su derecho -en el caso, acreedor prendario que no había solicitado la desafectación en la ejecución especial y verificó su crédito como quirografario en la quiebra-, pues de tal modo se beneficia a los acreedores que no ostentaban ese derecho invocando el criterio igualitario de los acreedores concursales, principio que debe ceder ante la existencia de la norma del art. 38 de la ley 14.394 de mayor jerarquía que las normas contenidas en la ley de concursos. (17)

Jurisprudencia. Falta de legitimación del síndico para pedir la desafectación:

El síndico carece de legitimación para solicitar la desafectación al régimen de bien de familia del inmueble propiedad del fallido pues, de conformidad con lo establecido por la doctrina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Baumwohlspiner de Pilevski, Nélica s/quiebra" —2007/04/10, LA LEY 2007/05/22, 5, con nota de Claudio A. Casadio Martínez—, no puede actuar respecto de bienes que no pueden ser objeto de desapoderamiento por encontrarse excluidos por leyes especiales.

CNCom., sala B, "Rodríguez, Rubén Osvaldo s/quiebra", 21/08/2008, Sup. CyQ 2009

(abril), 69.

(16) CCC de Azul, 15/04/1992, "Piñel, Jorge L."

(17) ST EntreRíos, 14/09/2004, "Larrate Hnos. S.H. y otros s/conc. prev.", LLitoral 2005 (marzo), 154.

¿Qué sucede en el Nuevo Código?

En opinión de Mesquida y Koon, El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación constituye, sin lugar a dudas, un avance significativo en lo concerniente a la protección de la vivienda; un nuevo paradigma que se presenta como novedoso y necesario a tenor del tiempo transcurrido entre la sanción de la Ley 14.394, y los días que corren en la actualidad.

En este contexto, es que se incorpora en el recientemente promulgado Código Civil y Comercial, un articulado específico en el Libro I "De la Parte General", Título 3 "Bienes", cuyo Capítulo III se dirige a regular aspectos inherentes a la "Vivienda", derogándose expresamente el antiguo régimen previsto por la Ley 14.394.

Desde el título, se advierte la eliminación del componente gramatical "familia" a la enunciación del instituto, dando la pauta de la extensión de su ámbito de aplicación. De este modo, en definitiva, lo que se consagra es la protección de la vivienda del individuo con total indiferencia de la constitución de un grupo familiar.

Protección de la vivienda en el Nuevo Código

- Constitución. Protección total y parcial.

El art. 244 establece que puede afectarse al régimen "...un inmueble destinado a la vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor".

Se pone fin a los topes o también denominados límites de valor, dejándose a criterio del solicitante la constitución de la protección por el total del inmueble o tan sólo por una parte de su valor.

Esta solución no implica el desamparo del acreedor, pues podrá ejecutar el inmueble por el proporcional no afectado al régimen o, de tratarse de una protección

total, invocar la teoría del abuso del derecho para lograr la inoponibilidad de la afectación o, incluso, el pedido de desafectación del inmueble que por sus características económicas supera los fines tenidos en miras al otorgar la facultad.

En cuanto al destino del inmueble objeto de protección, debe ser siempre la vivienda y el lugar de ubicación puede ser tanto una zona urbana como rural.

Otro aspecto es que se mantiene el recaudo de que sea una sola propiedad la destinataria de la protección. En tal sentido, el art. 244, último párrafo, aclara que "No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno sólo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término".

También se exige mediante las previsiones del art. 247, la habitación efectiva del inmueble al menos por uno de los beneficiarios, tanto para la afectación como para la subsistencia de los efectos que emanan de ella.

-Se autoriza la afectación a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar ; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.

El nuevo Código Civil y Comercial prevé como beneficiarios de la afectación al propio constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes y, en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

La ley 14.394 hace expresa referencia a la familia (en efecto, el instituto lleva el nombre alusivo a la protección que persigue: "bien de familia") y a la acreditación del vínculo, por lo tanto estamos ante un notable cambio de pensamiento: la protección de la vivienda como un derecho ya no de índole exclusivamente familiar sino de la persona humana. Este cambio va unido a otros principios constitucionales de gran importancia como lo son el derecho a la igualdad, no discriminación y libertad, pues se garantizan idénticas posibilidades de protección a todo ciudadano (posea familia o no), en consonancia con lo dispuesto por los arts. 16 y 75 inc. 23, de la Constitución Nacional: "...Todos los habitantes son iguales ante la ley..." y, dentro de las

atribuciones del Congreso la de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...". Asimismo, mediante la norma promulgada toda persona en ejercicio de su autodeterminación, podrá elegir de qué forma vivir sin que ello implique como consecuencia necesaria la sustracción de la protección.

- Legitimados para instar la afectación.

El art. 245 otorga legitimación: al titular registral, todos los cotitulares conjuntamente cuando se trate de un inmueble que esté en condominio (no hay necesidad que sean parientes entre sí, a diferencia de la ley 14394), el juez cuando sea dispuesta por acto de última voluntad —a pedido de cualquiera de los beneficiarios o del Ministerio Público y también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

-Se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente.

Art. 246.— "Beneficiarios: Son beneficiarios de la afectación:

- a) el propio constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;
- b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente"

El art. 2246 establece expresamente la posibilidad de que se instituya al conviviente como beneficiario (no contemplado en la Ley 14.394), y que motivó diversos resultados jurisprudenciales.

Así las nuevas disposiciones —lejos de negar la realidad— reconocen y atienden al pujante movimiento social que provocó cambios sustanciales en la forma de constitución de una familia, cercenando cualquier posibilidad de continuar cuestionando por qué dos personas unidas en matrimonio sí tienen derecho a la protección de su vivienda y, en cambio, los convivientes no pueden ejercer un derecho

tan elemental. Excluir a la familia surgida de la unión convivencial del beneficio del régimen de protección del inmueble importa una discriminación infundada.

La Corte Suprema fue contundente al disponer que "dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional, y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura del constitucionalismo social, sería inicu desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio". (18)

-Se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación.

Otro avance que propone el Código Civil y Comercial en lo que respecta a la legislación de la vivienda, es la incorporación de la figura de la "subrogación real" en su art. 248 –Subrogación Real: "La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio". Este instituto supone una modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica, por la cual, cuando el objeto ocupa en dicha relación el lugar que ocupaba otro, lo hace bajo las mismas condiciones e idéntica afectación. (19)

Si bien en la ley 14394, que data del año 1954, aparece claramente la afectación de un inmueble que, dentro del patrimonio de su titular, no hay mención alguna a la subrogación real. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se vieron frente a la necesidad de dar respuestas a planteos en los cuales el constituyente del bien de familia decidía enajenar aquel inmueble —previa desafectación para volver a ponerlo en el comercio—, para adquirir otro de similar o de menor valor y constituirlo nuevamente como bien de familia.

La regulación expresa de la "subrogación real" en el Nuevo Código, viene a definir el largo debate generado en la doctrina nacional, en torno a la posibilidad de admitir esta figura legal, cuando ello no surge del actual texto de la Ley 14.394. No hace más que receptar una realidad que debe ser atendida por el legislador y que se relaciona principalmente con la movilidad de la familia y/o del sujeto que

voluntariamente se benefició con la protección de su vivienda. La imposibilidad de realizar una sustitución,

(18) C.S.J.N. in re Missart, Miguel A., del 30/05/1990, Fallos, 313:225

(19) GUASTAVINO, Elías P. "Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley", J.A. 1997-III-86.

podría verse como una suerte de esclavitud del deudor que se vería compelido a vivir indefinidamente en un mismo lugar. Ello, importaría desconocer que el devenir de la vida lleva a que, por motivos económicos, laborales, de salud, de seguridad, entre otros, los individuos optan por cambiar su domicilio permanente.

Ahora bien, del art. 248 se extrae que el nuevo Código avanza aún más allá de las posiciones que receptan favorablemente la inclusión de este instituto, extendiendo la protección no sólo al inmueble adquirido en sustitución, sino también a "...los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio". Esta circunstancia, contempla la posibilidad de ampliar la tutela a las sumas de dinero obtenidas ya sea, en concepto de una indemnización proveniente de una expropiación por causa de utilidad pública o la otorgada por la aseguradora en respuesta de algún siniestro, como así también el precio derivado de la venta del bien.

-Se resuelven problemas discutidos en la doctrina, entre otros: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios.

Efectos: la inoponibilidad. Nuevas causales.

El efecto que la norma prevé es idéntico al contemplado por la Ley 14.394, esto implica que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción; salvo en los casos específicamente contemplados. En este sentido, el art. 249 dispone: "Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

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

b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el art. 250 (esto es, con consentimiento expreso del cónyuge, del conviviente o autorizadas por el juez en los casos en que éstos se hayan opuesto, faltaren o tuvieren capacidad restringida);

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

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

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo".

Comparando la redacción del art. 38 de la Ley 14.394 con la nueva disposición, surge la incorporación expresa de más causales de excepción al principio de oponibilidad. De esta forma, se brinda la solución a algunos supuestos que venían siendo objeto de divergente jurisprudencia: expensas comunes (la afectación no puede perjudicar un régimen que encuentra en el pago puntual de las expensas su propia supervivencia) y crédito alimentario (la normativa tiende a encontrar el justo equilibrio entre la tensión existente en el crédito alimentario y la protección de la vivienda, en tanto sólo otorga la posibilidad de invocar la inoponibilidad a ciertos acreedores: menores de edad, incapaces o con capacidad restringida)

Reitera o complementa lo normado en el art. 248 bajo el título de "subrogación real", en lo atinente a las sumas remanentes en caso de ejecución del inmueble. De allí que extiende la protección a los montos derivados de la subasta judicial frente a aquellos acreedores que no tuvieran derecho a requerir la ejecución. De este modo, aquél sobrante dinerario queda comprendido dentro de la tutela específica que otorga el régimen, y no puede ser agredido por la acción de los acreedores a los cuales les era oponible la inscripción.

Concurso o quiebra del constituyente: Un tema primordial es la legitimación -o no- del síndico para solicitar la ejecución de la vivienda y la inclusión del monto de lo obtenido en la subasta en el concurso, a los efectos de que cobren todos los acreedores por igual (anteriores y posteriores); confusión generada por las disposiciones de los arts. 38 y 49 de la Ley 14.394.

La interpretación de estos artículos generó una jurisprudencia cuestionable — basada en que la mera existencia de un acreedor a quien el bien de familia le resultaba inoponible facultaba al síndico a llevar adelante la ejecución, beneficiando a todos los acreedores, pues el monto obtenido se incluía en el concurso y cobraban todos por igual, esto es, los anteriores y posteriores a la afectación (20)— hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Baumwohlsperner de Pilevski, Nélida s/ quiebra" del 10/04/2007 dijo que "la sentencia que confirmó la desafectación del inmueble como bien de familia de acuerdo a lo peticionado por el síndico de la quiebra con base a la existencia de acreedores verificados, de causa o título anterior a la afectación, a pesar de ser manifiesta su falta de interés en sustentar el pedido, importa una exégesis irrazonable del art. 38 de la ley 14.394, que lo desvirtúa y lo torna inoperante en el marco del instituto que tiene respaldo mediato en el art. 14 de la CN", como así también que

"Lo resuelto por el a quo traduce un nítido apartamiento de lo dispuesto por el art. 38 de la ley 14.394 en cuanto declara la oponibilidad del bien de familia aun en caso de concurso o quiebra, y que la tutela legal, de base constitucional, sólo cede frente a los acreedores con derecho a obtener la declaración de inoponibilidad". Por último, sentenció que la medida dispuesta implica ampliar "la categoría de los sujetos con aptitud para requerir la desafectación". (20)

Así, la norma recientemente promulgada dispone de manera 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 obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en

(20) C.N.Com. Sala A del 31/03/1983, E.D., 123-516; del 24/08/2004, L.L. 2005-A, 139; del 23/09/2002, L.L. 2003-B, 722; Sala B del 26/06/2003, J.A. 2004-I-34; del 24/03/2004, J.A. 2004-I-34; Sala D del 05/03/1979, L.L. 1979-B, 359; del 12/03/2001, L.L. 2001-E. En igual sentido, se expidió la S.C.B.A., 09/05/1995, J.A. 1995-IV-58.

una ejecución individual o colectiva". Si ello, no resultara suficiente, agrega que "Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble", como así también que "En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo".

Según el art. 250, el inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios, lo que se trata de una novedad por cuanto antes el principio era absoluto. Asimismo, otra consecuencia es que, si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

Con relación a los frutos que produce el inmueble, sólo serán embargables o ejecutables en los casos que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. Otra diferencia a tener en cuenta es que el art. 39 de la Ley 14.394 establece que "...en ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos" y, el art. 251 del Nuevo Código no prevé tope alguno. (21)

(21) Mesquida Silvina y Koon Maria Lucila "La protección de la vivienda en el Nuevo Código Civil y Comercial"
2014

Conclusión

El panorama actual se presenta entre dos instituciones conformadas por principios diversos: mientras el derecho concursal da prioridad a los principios de paridad de los acreedores y universalidad del proceso (tanto respecto del patrimonio del deudor como de sus acreedores), en el derecho de familia se busca la protección del interés familiar y en un enfoque más moderno, el interés de protección no recae exclusivamente en la familia, sino también en aquella persona que aunque no la posea, desea resguardar su vivienda.

Si bien estas máximas no necesariamente deben colisionar, el enfrentamiento se produce frecuentemente y ello da lugar a posturas doctrinarias y jurisprudenciales encontradas.

El derecho de acceso a la vivienda es uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano reconocido en diversos tratados internacionales. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dedica un Capítulo especial para la vivienda y las modificaciones son importantes. Constituye, sin dudas, un avance significativo y necesario en lo concerniente a la protección de la vivienda; teniendo en cuenta sobre todo el tiempo transcurrido entre la sanción de la Ley 14.394, y la actualidad. Muchas de las normas incorporadas han sabido receptar los cambios añorados por la doctrina nacional, y que ya habían sido pregonados en fallos jurisprudenciales.

Propuesta/ Sugerencia:

La ley 14394 de 1954 no previó el caso de la subrogación (sustitución del bien afectado por otro o por dinero). Y se originaron controversias doctrinarias y jurisprudenciales cuya tendencia era la que actualmente quedó plasmada en el art. 248 del nuevo Código Civil y Comercial. Se entiende como de estricta justicia que al ser desafectada la vivienda familiar de su función de garantía, pueda ser sustituida por otro bien o se traslade al dinero que se obtenga por la venta o por indemnización (supuesto del seguro que cubre un evento dañoso). De ésta manera dicha garantía se mantiene incólume y permite al núcleo familiar permanecer en el hogar, esencia de la norma en cuestión.

Sin embargo más allá del avance y los beneficios analizados, podrían derivarse situaciones que atenten contra el derecho a la propiedad que le asiste a los acreedores en la persecución del cobro de sus créditos; por ejemplo con la incorporación de la subrogación real en razón del modo en que se ha redactado el artículo 248 art. Subrogación Real: "La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio", relacionados con:

a) Ausencia de límite en el valor del inmueble adquirido en sustitución

La omisión de fijar características cualitativas o cuantitativas que hagan a la vivienda que se adquiere en sustitución, podrían devenir en consecuencias injustas para los acreedores de fecha posterior a la primera constitución, pero cuyas acreencias son preexistentes a la sustitución de un bien por otro. En ese sentido, la norma nada dice acerca de si el inmueble adquirido supera el valor del que tenía el constituyente afectado al régimen de protección de su vivienda con antelación.

Entonces, habiéndose adquirido un inmueble de mayor valor al primitivamente tutelado, correspondería extender la protección derivada de este régimen a una porción del patrimonio que hasta entonces no se encontraba alcanzada por las garantías de la inembargabilidad e inejecutabilidad.

Esto podría encontrar una solución con la fijación de límites (menor valor, igual valor, similares características, etc.), representando un modo más equitativo de operativizar los derechos del acreedor y los emergentes de este régimen especial.

b) Se extiende la protección a sumas de dinero sin fijación de plazo para la adquisición de una nueva vivienda

La norma no dice nada respecto de si esa afectación al régimen sobre los importes que sustituyen a la vivienda en concepto de indemnización o precio, debe ser considerada por un plazo determinado o si, por el contrario, se extiende en el tiempo indeterminadamente. Dicho de otro modo, no queda claro si es condición para que se transmita aquella protección la voluntad de volver afectar esos montos a una nueva vivienda o si, su sola procedencia de un inmueble sometido a este régimen, convierte a estas sumas en inembargables para los acreedores. Parecería que, la simple lectura del artículo, lleva a pensar en la segunda opción; ya que las operaciones inmobiliarias suelen requerir cierto tiempo para la adquisición de un nuevo bien.

El hecho de no fijar aquél plazo, atentaría de forma injusta contra los derechos que le asisten a los acreedores de fecha posterior a la constitución primitiva, que se encuentran frente a la imposibilidad de percibir su crédito con la excusa de tutelar un monto de dinero, por el sólo hecho de provenir de una vivienda.

Bibliografía

-LEY 24522 LCQ (con las modificaciones introducidas por las Leyes: 24760, 25563, 26086 y 26684 (BO 2011)

-EL BIEN DE FAMILIA EN LA LEY 14394 (BO 1954)

-EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL (LEY 26994 de 2014)

-RIVERA- ROTMAN- VITOLLO "Ley de Concursos y Quiebras" 4ta edición actualizada Rubinzal Culzoni 2009

-ROUILLON, ADOLFO "Régimen de Concursos y Quiebras"" Editorial Astrea 2013

-JURISPRUDENCIA

-ARTICULOS SOBRE EL TEMA DE DISTINTOS AUTORES: Rosenbrock Lambois Javier "El Bien de Familia y la Quiebra" 2009, Casadío Martínez Claudio "Apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema" 2010, Kemelmajer de Carlucci Aída "El Proyecto del Cód. Civil y Comercial de 2012 y la Ley de Concursos" 2012, Mesquida Silvina y Koon Maria Lucila "La protección de la vivienda en el Nuevo Código Civil y Comercial" 2014, Prono Ricardo "Legitimación del Síndico y la Composición Patrimonial" 2013.

Resumen

Ley 14.394. Finalidad. Intereses

Art. “no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”.

Ley 24.522 (LCyQ)

Los incisos 2° y 7° del art. 108 eximen del desapoderamiento a los bienes inembargables y a los excluidos por otras leyes.

Problemática actual

La interpretación del art. 38 de la ley 14.394 y los efectos del bien de familia en la quiebra (cuando en una misma quiebra coexisten acreedores anteriores y posteriores a la inscripción), es un tema que ha venido dividiendo a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace varios años.

Distintas posturas

Al respecto se han gestado dos posturas mayoritarias, aunque con algunas variantes dentro de cada una de ellas.

Así, para algunos autores, la existencia de acreedores anteriores a la inscripción del bien de familia, implica, mediando quiebra de su titular, la desafectación del bien

en beneficio de todos los acreedores, anteriores y posteriores, en virtud del principio de la *pars conditio creditorum*.

Otra corriente sostiene, en cambio, que en tales casos debe disponerse la formación de una masa separada, integrada por el bien de familia y los acreedores anteriores a la inscripción a quienes esta última les resulta inoponible.

Legitimación del síndico concursal para demandar la desafectación de un inmueble inscrito como bien de familia.

Los criterios adoptados por la doctrina son divergentes

¿Qué sucede en el Nuevo Código? Protección de la vivienda.

- Constitución. Protección total y parcial
- Se autoriza la afectación a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.
- Legitimados para instar la afectación
- La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.
- Se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente;
- Se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación;
- Se resuelven problemas discutidos en la doctrina, entre otros: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley

registrar que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios.

