

37 JORNADAS NOTARIAL BONAERENSE

Junín, 2 al 5 de Noviembre de 2011

LA NUEVA FAMILIA Y SU PROTECCION PATRIMONIAL

TEMA 1: Rol del Notario en materia de derecho de familia.

Categoría: Trabajo en equipo.

Autores:

Dra. Elena Alcira SORIA – Registro de la Propiedad de la Provincia de Bs. As.

Abog. María Gabriela GIOIOSA

Abog. Julia ESPÓSITO

Not. Elina CARREIRA

Coordinación: Not. María Rosa del Milagro MARTIN

Delegación La PLata

LA NUEVA FAMILIA Y SU PROTECCION PATRIMONIAL

INTRODUCCION

Como señala Aída Kemelmajer de Carlucci¹, la vivienda tiene para el individuo, no sólo un valor patrimonial sino también esencialmente extrapatrimonial. En el plano material le da amparo a su integridad física, pues lo protege de los peligros de la naturaleza y de las amenazas de las agresiones del exterior. Jurídicamente es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad. En el plano moral, es el centro de la esfera de la intimidad y el santuario de su vida privada.-

Las recientes modificaciones al Código Civil² en materia de familia, nos han obligado a repensar las estructuras sobre las cuales las normas fueron dictadas, porque más allá de las necesidades individuales, nos vemos sometidos a procesos que obligan a una nueva reconfiguración de la materia y sus derivaciones, que comprenden reformas impensadas hace unos pocos años, donde discutíamos los derechos de la mujer y la patria potestad compartida entre otros.-

El objeto del presente trabajo es tratar de ensamblar la nueva amplitud del concepto de familia con un instituto que tiene ya más de medio siglo de existencia como lo es bien de familia.

Para ello haremos un recorrido por los tratados internacionales de raigambre constitucional que protegen a la familia y su vivienda, para luego hacer un repaso sobre el origen y antecedentes nacionales de la Ley 14.394. Elaboramos un cuadro comparativo con el fin de ver cuál es el tratamiento que algunos países latinoamericanos otorgan al bien de familia.

Abordaremos el régimen jurídico del concubinato en la legislación argentina y la necesidad de su protección mediante la figura que nos ocupa.

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2009), *La familia en el nuevo derecho*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

² Ley 26.618 B.O. 22/07/2010

Por último, intentaremos formular un nuevo concepto abarcativo de FAMILIA y algunas propuestas a la Ley 14.394 en lo que concierne a este instituto.

DESARROLLO

I.A) Tratados internacionales con jerarquía constitucional

Los principios de igualdad, justicia social e inclusión, inherentes a la naturaleza humana, han sido reafirmados en nuestro derecho positivo, luego de la incorporación a la Constitución Nacional, de los tratados y convenciones internacionales, teniendo como eje fundamental el desarrollo integral de la persona, y la consideración especial de la satisfacción y respeto de sus necesidades, proyectadas éstas últimas, en el ámbito individual y colectivo.

Este nuevo panorama, provoca cambios fundamentales, en lo práctico, y en lo especulativo: es la necesidad de reafirmar el deber ser, que exige un esfuerzo mancomunado para que ésta satisfacción provoque un equilibrio mayor en la búsqueda del bien común.

Éstos principios han sido consagrados en el orden internacional, en distintas convenciones, en donde con términos coincidentes y pequeñas diferencias de matices se establece el derecho a la vida, a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, reconociendo el principio inalienable de la igualdad de las personas sin distinción de sexo o condición social, derechos éstos que ameritan una especial protección del Estado.

En esta sección del trabajo, mencionaremos sucintamente, los tratados internacionales sobre derechos humanos que fueron incorporados a nuestra Constitución en la reforma de 1994, y que se vinculan con la materia.

- a) La Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 en su artículo 17 reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y por ello debe ser protegida por la sociedad misma y por el Estado.
- b) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 16 inciso 3 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

c) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella (artículo VI).

d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 también reconoce a la familia como elemento fundamental y natural de la sociedad que merece la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Lo mismo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

No podemos dejar de hacer mención a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que si bien no forma parte de nuestra Constitución Nacional, en sus considerando hace mención a la noción de familia y establece que *“...la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado...”*³

I.B) Bien de Familia en América Latina

En este apartado daremos una vistazo sobre cómo regulan los distintos países de América Latina el bien de familia o, también llamado, patrimonio familiar⁴. Lo sintetizaremos en un cuadro para facilitar la comparación.

País	Contenido en	Quiénes pueden constituirlo y sus beneficiarios	Características	Tipo de protección
Uruguay	Ley 15.597	a) el marido o la mujer sobre sus bienes propios, en beneficio	a) El bien de familia no será embargable por	En general, es suficiente la expresión

³ Consultado en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

⁴ Para la realización del presente cuadro comparativo nos fue de gran ayuda el trabajo de Luis Moisset de Espanés “Bien de Familia, Su protección registral”, en el cual el autor busca sintetizar las distintas soluciones que se encuentran en el derecho iberoamericano con relación al papel que desempeña el Registro en la protección de la vivienda familiar. Consultado en: <http://www.acader.unc.edu.ar>

		<p>de ambos cónyuges o sus descendientes.</p> <p>b) ambos cónyuges conjuntamente sobre un bien ganancial. Si uno de ellos se negare a prestar su consentimiento será suplido por el Juez de Familia.</p> <p>c) el cónyuge sobreviviente y el cónyuge o los cónyuges divorciados o separados de hecho, a favor de los hijos del matrimonio menores de edad, sobre los bienes personales pertenecientes al constituyente.</p> <p>d) el padre o la madre natural o ambos conjuntamente, en beneficio de los hijos menores naturales, reconocidos o declarados tales, en la proporción fijada para los casos de herencia.</p> <p>e) toda persona en beneficio de otra, en la medida que ello no</p>	<p>deudas contraídas con posterioridad a su constitución ni podrá ejecutarse aún en casos de concurso o quiebra del titular.</p> <p>b) Tampoco serán embargables sus frutos en un 60% de la producción anual.</p> <p>c) El bien no podrá enajenarse, sino en los casos y en las condiciones admitidas en esta ley.</p>	<p>de voluntad del propietario, expresada en escritura pública o testamento y su inscripción en el Registro.</p>
--	--	---	--	--

		afecte la porción legitimaria de los herederos forzosos del constituyente.		
Bolivia	Código de Familia	<p>a) Los cónyuges o uno solo de ellos, para ambos y los hijos menores, si los hay.</p> <p>b) El padre o la madre divorciados o separados para sí o el otro y los hijos menores, o sólo para éstos. Igualmente pueden hacerlo el padre y la madre solteros.</p> <p>c) El padre o la madre viudos, para sí y sus hijos menores o sólo para éstos.</p> <p>d) Los ascendientes y los colaterales para sí y sus descendientes y parientes menores o sólo para éstos.</p>	Los bienes que constituyen el patrimonio familiar son inalienables e inembargables.	Se constituye por resolución judicial y debe registrarse.
Chile	Código Civil	El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los	No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los	Con la sola presentación ante el juez, el bien goza de protección. Éste debe

		muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares.	bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario	proceder de oficio y comunicar la existencia del trámite al Conservador para que este realice la inscripción preventiva.
Paraguay	Código Civil	Podrán beneficiarse con la institución del bien de familia el propietario constituyente, su esposa, los descendientes menores de edad o los hijos adoptivos, hasta la mayoría de edad. Si el propietario no casado tuviere bajo el mismo techo su familia, pública y notoriamente conocida, podrá también constituir el bien de familia en beneficio de la madre, del hijo o hijos habidos en común, hasta la mayoría de edad de éstos.	El inmueble registrado como bien de familia no podrá ser enajenado ni objeto de embargo y ejecución por deudas del propietario posteriores a la constitución del mismo, salvo en los casos siguientes: a) cuando se trate de pago de obligaciones contraídas con anterioridad a la constitución del bien de familia; b) cuando se adeudare	Se requiere autorización judicial para su constitución y que se efectúe una anotación en el Registro de Inmuebles.

			<p>impuestos y tasas del inmueble; y c) cuando se reclame el pago de mejoras introducidas en el inmueble y que aumenten su valor.</p> <p>Tampoco podrá ser objeto de arrendamiento ni de hipoteca.</p>	
Perú	Código Civil	<p>Pueden constituir patrimonio familiar: a) Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad; b) Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad; c) El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios; d) El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad; e) Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.</p>	<p>El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia.</p>	<p>El interesado deberá recurrir ante el juez, una vez aprobada judicialmente la minuta que contiene la petición, se la debe elevar a escritura pública y finalizará con la inscripción en el Registro.</p>

México	Código Civil del Distrito Federal	Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, la concubina, el concubino o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia	Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno.	Se debe formular una petición al juez, designando con precisión el bien para que pueda ser inscripto en el Registro.
Brasil	Código Civil	Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.	O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.	Es a pedido de parte, se constituye por escritura pública y debe inscribirse en el Registro.

II. A) Antecedentes Nacionales.

La Constitución de 1853/1860 nada expresaba con respecto al bien de familia. Recién con la reforma de 1949, además de proteger a la familia como núcleo primero de la sociedad, garantiza en su Art. 37 inc. 3 el bien de familia.⁵ Una vez excluida la anterior reforma, en 1957 la Convención Constituyente se limitó a incorporar el art. 14 bis que al referirse a los derechos sociales proclama que la ley deberá establecer: *“la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”*.

Legislativamente podemos destacar que la regulación del bien de familia comienza con la Ley 1501 de 1884 por la cual se concedía tierras públicas con el objetivo de fomentar la ganadería.

Durante los primeros años del siglo XX, como consecuencia de la falta de regulación en el Código Civil en lo que respecta a la tutela jurídica de la vivienda, se dictaron sucesivas leyes, como la n° 9677 de 1915 por la que se creó la Comisión Nacional de Casas Baratas (CNCB), a los efectos de construir, a precios sumamente accesibles, viviendas modestas para empleados y obreros; la ley 11713 que instituyó el “Hogar Ferroviario” consolidando la inembargabilidad de las casas adquiridas por medios de hipotecas por aquellos jubilados ferroviarios de la caja correspondiente.

Pero merece especial mención el antecedente de la ley 12636 sobre colonización, que en su artículo 71 se dio origen al bien de familia, la cual posteriormente alcanzó legislación definitiva en la ley 14.394.

II.B) El Bien de Familia en nuestro derecho: La Ley 14.394.

La Ley 14.394⁶ del año 1954 denominada “Régimen de Menores y Bien de Familia”, regula, específicamente, en los artículos 34 al 50, el instituto en nuestro derecho.

⁵ “...El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine...”.

⁶ ADLA 1853-1958-1-95.-

En su artículo 34 dispone que: *“Toda persona puede constituir en bien de familia, un inmueble urbano o rural de su propiedad, cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según las normas que establecerán reglamentariamente”*.

Teniendo en consideración lo expresado anteriormente se ha definido al “Bien de Familia” como *“una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y, por lo tanto, del derecho civil; concerniente en un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, el 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 del dominio”*⁷.

Podemos decir que el régimen posee un doble objetivo: por un lado económico, salvaguardar un patrimonio o una parte del patrimonio que interesa a la familia, y por el otro social, en cuanto a que propende el mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.

En relación a sus caracteres, podemos enumerar los siguientes:

- a) Es optativo, ya que la afectación depende de la voluntad del titular del inmueble de obtener la protección que emana de la ley.
- b) Es único, debido a que no se podrá afectar más de un inmueble de propiedad del titular al presente régimen.
- c) Es imprescriptible, por hallarse fuera del comercio, según lo establece el art. 37 de la ley 14394 y el art. 2400 del Código Civil.
- d) Es inajenable y para poder lograr su enajenación deberá desafectarse, o bien, si así no se hiciere, el propio acto de venta produce la desafectación de oficio.
- e) Es inejecutable, ya que el inmueble no responde por deudas contraídas con posterioridad a la constitución del “bien de familia”
- f) Es inembargable, pues el inmueble afectado no está alcanzado por la medida judicial de embargo cuando se trata de asegurar el pago de deudas contraídas por el titular del inmueble con posterioridad a su afectación al régimen.

⁷ GUSTAVINO, Elías (1985), *Bien de Familia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo II p. 13.

II.C) La Ley 14394 y el concepto de Familia.

El Art. 36 dispone: *“A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en su defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”.*

Como podemos observar, el legislador al definir a la familia como beneficiarios del régimen, en principio, se apegó a una definición tradicionalista de la misma, es decir, aquella que se encuentra compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Ello es entendible si tenemos en consideración que dicha ley tiene más de medio siglo de existencia.

Pero no se puede obviar que hoy en día, como consecuencia de la evolución y transformación que han experimentado las relaciones humanas en los últimos años, el concepto de familia se ha ampliado, y por ende existen numerosas situaciones, en donde se presenta una determinada posesión de estado familiar, fuera del resguardo de la Ley.

Una de ellas es la de aquellas personas que conviven bajo lo que se denomina “uniones de hecho” y como el instituto brinda la protección a la familia a partir del matrimonio, las mismas se encuentran excluidas del régimen.

Cuando nuestra constitución consagra la *“protección integral de la familia”*⁸ la misma no efectúa una distinción entre aquellas familias conformadas sobre la base del matrimonio legal y aquellas constituidas mediante una unión de hecho. Sin perjuicio de ello, la Ley 14394 realiza dicha distinción y por lo tanto, como lo manifestamos anteriormente, los matrimonios de hecho o los concubinatos quedan excluidos de la protección brindada por la ley.

⁸ Art. 14 bis de la Constitución Nacional.

III.A) Régimen jurídico del concubinato en el Derecho argentino

1. Definición

Normalmente se denomina concubinato a la convivencia de un hombre y una mujer en aparente matrimonio. La palabra concubino tiene una carga peyorativa pues se la utilizó para oponerla a la figura del matrimonio, unión amparada por la ley. Hoy en día este término ha sido desplazado por pareja o compañero/a.

Jorge O. Azpiri⁹ propone denominarlo unión marital de hecho pues describe el comportamiento sin connotaciones disvaliosas.

Las distintas legislaciones han abordado de diferente manera la regulación de esta figura. Podemos distinguir tres tipos de posiciones:

a) Posición abstencionista: los sostenedores de esta posición buscan negarle toda trascendencia jurídica al concubinato al ignorarlo legislativamente.

El Código Napoleón¹⁰ adoptó esta posición e influenció los procesos de codificación americanos y europeos del siglo XIX. Nuestro Código Civil es ejemplo de ello.

b) Posición sancionadora: según esta postura se debe combatir contra el concubinato y para ello la ley debe crear cargas especiales a modo de sanción. Un ejemplo sería establecer leyes impositivas gravosas.

c) Posición reguladora: según esta postura, al concubinato también se lo combate regulando los efectos que puede acarrear.

2. Características:

Como dijimos anteriormente, se trata de la unión conformada por un hombre y una mujer, por así haber sido considerada tradicionalmente y porque la ley argentina se refiere exclusivamente a este tipo de uniones. Frente a terceros, deben comportarse como si fueren cónyuges; es decir, que deben convivir bajo un mismo techo y mantener cierta estabilidad, y su relación debe ser singular y perdurar en el tiempo.

Podemos señalar como elementos:

⁹ AZPIRI, Jorge Osvaldo (2003), *Uniones de hecho*, Ediciones Hammurabi, Buenos Aires, p. 25.

¹⁰ La Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999 incorporó al Código Civil francés la figura del concubinato. Lo define: “*una unión de hecho, caracterizada por una vida en común con carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja*”.

- i. Notoriedad: esta unión debe ser de público conocimiento, es decir, no puede ser ocultada a terceros.
- ii. Singularidad: en la primera mitad del siglo XX, se enumeraban entre los requisitos que configuraban el concubinato la honestidad y la fidelidad. Ya en la segunda mitad del siglo XX se habla de singularidad. Bossert¹¹ explica que la singularidad implica que “la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho que alguno de esos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida que ello resulte posible.”
- iii. Permanencia: la relación entre los concubinos no puede momentánea o accidental, debe ser duradera. Las disposiciones que aluden en el derecho argentino al concubinato no establecen un lapso determinado, sin embargo fijan plazos para considerar constituida la relación, como por ejemplo en materia previsional provincial. El Decreto Ley 9650/80 T.O. 1994¹² requiere cinco años de convivencia pública para otorgar pensión a la concubina, periodo que se reduce a dos años cuando existen hijos en común.

3. Derecho comparado:

Ahora haremos un repaso de la regulación de esta figura en el derecho latinoamericano. Hemos tomado los mismos países que tuvimos en consideración para comparar el instituto del bien de familia. Del análisis resulta que sólo cuatro países latinoamericanos regulan el concubinato o unión de hecho: Brasil, México, Paraguay y Perú.

El Código Civil de la República del Paraguay en su capítulo X (arts. 217 a 224) regula la unión de hecho. La define como la unión extramatrimonial, pública y estable, entre personas con capacidad para contraer matrimonio. El supérstite de esta unión goza de los derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones

¹¹ BOSSERT, Gustavo A. (2003), *Régimen jurídico del concubinato*, 4ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 38.

¹² Artículo 34 del Decreto Ley 9650/80 T.O. 1994: “Tendrá asimismo derecho a la pensión la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo en el supuesto de que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado”.

debidas al difunto que corresponderían al cónyuge. Cabe resaltar que esta unión de hecho da derecho a la liquidación de los bienes comunes.

En un único artículo, el 326, el Código Civil peruano, legisla los efectos de las uniones de hecho. La define con la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Lo novedoso de este cuerpo normativo reside que la unión de hecho da nacimiento a una sociedad que se rige por el régimen de sociedad de gananciales.

El Código Civil del Distrito Federal regula el concubinato en su Capítulo XI, en los artículos 291 bis al 291 quintus. Se define el instituto como la unión entre un hombre y una mujer que, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años. Si tuvieren hijos en común, no es necesario el transcurso de ese plazo. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios.

Por último, la República Federativa del Brasil regula, en los artículos 1723 al 1727 de su Código Civil, la unión estable. La unión estable es reconocida como una entidad familiar entre un hombre y una mujer que se configura por la convivencia estable, pública, duradera y establecida con el objetivo de constituir una familia. Las relaciones entre los compañeros se regirán por los deberes de lealtad, respeto, asistencia y guarda. Salvo contrato por escrito entre los compañeros, se aplicará a las relaciones patrimoniales el régimen de comunidad parcial de bienes.

4. El tratamiento del concubinato en nuestros Tribunales.

En un fallo reciente (15/02/2011), la Cámara I de Apelaciones de la provincia de Neuquén en los autos caratulados “ESC CARLOS A. GRIMAU S/RECURSO DE APELACION c/ RESOLUCION REGISTRAL 337/10” del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia citada, se expidió sobre la cuestión bajo análisis.

Dicho Registro se negó a inscribir como bien de familia el inmueble que pertenece en condominio a los actores, para que sus dos hijos menores de edad

podrían resultar beneficiarios de ese régimen, con el sólo pretexto de que los copropietarios no son parientes entre ellos. De esta manera deviene arbitraria e ilegítima la resolución apelada que lesiona en forma actual el derecho de esos niños a gozar de la más amplia protección, sin discriminación alguna desde su nacimiento, siendo que los condóminos habían acreditado en legal forma la paternidad invocada respecto de los beneficiarios del bien de familia. En el fallo, y en reiteradas ocasiones se ha dicho en la jurisprudencia nacional, que son beneficiarios del “Régimen del Bien de Familia”, todos aquellos seres vinculados por lazos matrimoniales o extramatrimoniales, que pueden invocar directamente los efectos de la afectación realizada por el constituyente, si existen descendientes extramatrimoniales, el progenitor puede constituir bien de familia en su beneficio, sin que la presencia de una relación concubinaria sea óbice, pues así como el concubinato por sí mismo es insuficiente para permitir la constitución del bien de familia, es también por sí mismo, indiferente para impedir su creación cuando existen otros vínculos que lo justifican. Por estos y otros argumentos, se ordenó revocar la resolución apelada y confirmar y ordenar que sin más trámite se tome nota de la debida inscripción.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en autos caratulados “R. A. H. contra Kelly, Santiago y otros s/ Daños y perjuicios” (14/09/2011), estableció:

“La protección que el ordenamiento suprallegal dispensa a la "vida familiar" no distingue entre las familias generadas a raíz de un matrimonio civil y las conformadas por quienes no cuentan con ese vínculo formal (arts. 5 y 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, no se advierte con sostén en qué fundamento actual podría mantenerse el discordante trato legislativo que priva de acceso al resarcimiento de padecimientos extrapatrimoniales sufridos por quien fuera pareja o compañero de vida del fallecido, únicamente por no contar con aquel vínculo matrimonial.”

“El Estado argentino ha asumido el compromiso de no introducir en su

ordenamiento regulaciones lesivas de la igualdad jurídica entre las personas (arts. 16 y 75, inc. 22 de la Const. Nac.; 2, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); garantizar ese mandato implica, en la especie, invalidar la restricción emergente del art. 1078 del Código Civil, en cuanto, sin razonable justificación (art. 28, Const. Nac.), veda el acceso a la jurisdicción a quien ha invocado un genuino y respetable interés personal, parangonable en el plano bajo examen en la litis al del cónyuge, y, por tanto, supone también admitir la posibilidad de que la pareja conviviente reclame el resarcimiento del daño moral sufrido a raíz del fallecimiento de su compañero.”

“Cuando dos personas de diverso sexo se unen con la intención de convivir en forma permanente, poseyendo aptitud nupcial, aunque lo hagan sin rodear la asunción de ese compromiso vital de formalidad alguna, están constituyendo una familia.”

IV) La “nueva familia” y la aplicación del régimen excepcional del Art. 41 por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.

En el presente apartado haremos un repaso de las distintas situaciones que se fueron planteando con respecto a la aplicación excepcional de la figura del bien de familia en el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires desde la década del '90 hasta la actualidad. Cabe mencionar que en todos los casos se estableció como principio que la familia tiene una alta finalidad social que justifica su protección por parte del Estado.

El artículo 41 dispone: *“El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas.”*

Una situación recurrente está vinculada con la constitución de Usufructo vitalicio. Hemos identificado cinco casos a lo largo de los años 1995, 1996 y 2011¹³, en los cuales el Registro de la Propiedad resolvió favorablemente lo peticionado. La

¹³ Resolución Contencioso Registral N° 41/96, 27/96, 21/2011

situación planteada es la siguiente: el titular de dominio constituyó usufructo vitalicio a favor de una persona X; conviven en el inmueble el titular, el usufructuario, entre quienes existe una relación de hecho, y dos hijos del peticionante. La autoridad de aplicación encuadró este supuesto dentro de los casos que según el artículo 36¹⁴ de la Ley 14.394 debe entenderse por grupo familiar e interpretó que el estado de familia es la posición que ocupa una persona dentro de la misma, siendo el fundamento de la Ley, el amparo a la comunidad familiar que sólo es posible si existe entre todos ellos la relación de trato y convivencia que presume el vínculo familiar. Asimismo, se deja constancia que en un caso piloto del año 1982 ya se disponía que es suficiente que exista uno sólo de los vínculos requeridos en el artículo 36, a fin de considerar cumplido el estado de familia del constituyente. En todos los casos el usufructuario deberá prestar su consentimiento para la afectación.

Otra de las situaciones de excepción de aplicación de este instituto se presentó en el año 1996¹⁵. Esta vez la solicitud fue efectuada por dos condóminos que revisten entre sí el carácter de suegro y yerno, ambos conviven con sus familiares en el inmueble a afectar; siendo beneficiaria la hija del primero y esposa del segundo. La autoridad de aplicación resolvió hacer lugar a la petición entendiendo que el requisito del vínculo familiar queda también cumplido cuando los solicitantes justifiquen el parentesco exigido por la ley al menos parcialmente (uno de los cotitulares resulta padre de la esposa del otro cotitular).

También en el año 1996¹⁶ tuvo lugar otro requerimiento de afectación de un inmueble como bien de familia. En esta oportunidad, la solicitud fue formulada por el titular de un inmueble que era condómino con sus dos hijos. El Registro interpretó que el ejercicio de la Patria Potestad no es sólo un derecho sino un deber, debiendo ineludiblemente tender a proteger el interés de los hijos y que si aun en casos de actos de administración se exige el consentimiento del progenitor, resulta obvio que puede prescindirse en el caso de los actos conservatorios a que alude el artículo 294

¹⁴ El texto del artículo 36 de la Ley 14.394 dice: "A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente."

¹⁵ Resolución Contencioso Registral N° 36/96.

¹⁶ Resolución Contencioso Registral N° 29/96

del Código Civil, como el que se pretende formalizar con la afectación a bien de familia.

V) Proyectos de reforma.-

La familia se encuentra en una etapa de transformaciones dinámicas. Numerosos proyectos se han presentado para la modificación de la Ley 14.394, entre ellos el del Diputado por Santa Fe, Carlos Marcelo Comi, número de expediente 6768-D-2010; el de los Diputados Maria Fernanda Reyes, Susana Rosa Garcia, Maria Virginia Linares, Griselda Baldada, Fernando Iglesias, Horacio Alberto Alcuaz y Nélica Beluz, expediente 408-D-2009, trámite parlamentario 1070209/2009; y el del Senador Daniel Filmus, expediente 2026/11 del 26/08/2011, que con distintos matices proponen modificar el artículo 36 de la Ley, entendiendo por familia, *la constituida por el propietario, su cónyuge o conviviente* (Proyecto Filmus). Entre los fundamentos destaca que la finalidad del derecho es la resolución de los cambios vertiginosos que se dan en el seno de la sociedades modernas, y la Ley debe impregnarse de los nuevos significados acorde con los tiempos de las necesidades sociales que reclaman soluciones más adecuadas a la realidad en un momento dado.

En el proyecto de los Diputados Maria Fernanda Reyes y otros, pretenden modificar también el artículo 36, en el sentido anteriormente expresado, e incorporar un nuevo artículo 36 bis, definiendo que a los efectos de la ley que pretenden modificar, se entiende por unión de hecho *la convivencia o co-habitación entre dos personas de igual o distinto sexo, que mantienen una comunidad de vida, con las siguientes características: co-habitación, singularidad, estabilidad y notoriedad*, que no debe ser inferior a dos años y no deberán acreditar estos requisitos quienes conformen una unión civil donde la legislación local lo permita. También este mismo proyecto contempla la reforma del artículo 37 de la Ley, en el sentido de que el Bien de Familia no podrá ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Así como que tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge o conviviente de acuerdo a lo establecido en éste proyecto. Además se intenta modificar los artículos 44 y 49 de la Ley de la siguiente manera: "Artículo 44. - Cuado se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un "bien de familia", el juez

de la sucesión, a pedido del cónyuge o conviviente, de acuerdo al parentesco establecido por el artículo 36 y 36 bis de la presente, o, en su defecto de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez." "Artículo 49. - Procederá la desafectación del "bien de familia" y la cancelación de su inscripción en el Registro Inmobiliario: a) a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge o conviviente, de acuerdo al parentesco establecido por el artículo 36 y 36 bis de la presente. A falta de éste o si éste fuera incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido; b) a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el "bien de familia" se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge ó conviviente supérstite, de acuerdo al parentesco establecido por el artículo 36 y 36 bis de la presente, o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar; c) a requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes; d) de oficio a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieren los requisitos previstos en los artículos 34, 36 y 41 o hubieren fallecido todos los beneficiarios; e) en caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente.".-

CONSIDERACIONES FINALES

El recorrido que hemos realizado por los antecedentes nacionales e internacionales del bien de familia, la jurisprudencia, los casos registrales, el régimen jurídico del concubinato y las nuevas nociones de familia, nos lleva a encontrarnos con una realidad más que evidente: *el concepto de familia en el siglo XXI ha evolucionado notablemente en relación al adoptado por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil y las leyes que se dictaron en consecuencia.*

Es por eso que resulta imperioso redefinir lo que entendemos por familia. Retomando la idea de Gil Domínguez¹⁷, el concepto constitucional de familia supone:

- a) Un vínculo afectivo perdurable;
- b) Protegido y promovido por el Estado;
- c) Cohabitación entre:
 - I. Dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos
 - II. Dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos;
 - III. Dos personas de distinto sexo con o sin hijos;
 - IV. Dos personas de igual sexo unidas por matrimonio por ley civil con o sin hijos;
 - V. Dos personas de igual sexo con o sin hijos.

A este concepto agregamos que los hijos de esta familia no deben, necesariamente, ser frutos de dicha unión (familia ensamblada)¹⁸.

¹⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés (1999), "El Concepto constitucional de familia", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Número 15, pp. 40-41.

¹⁸ Según Grosman y Alcorta, familia ensamblada es *la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en el cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa.*

Teniendo en consideración esta nueva definición de familia es notorio que la protección brindada por la Ley 14.394 deberá extenderse a todas las situaciones anteriormente mencionadas, no debiendo dejar de lado a aquellas personas que, sin perjuicio de no haber formado una familia, tienen derecho a la protección de su vivienda. De esta forma no vulneraríamos el principio constitucional de igualdad y el derecho a una vivienda digna (artículo 16 y 14 respectivamente de la Constitución Nacional).

En consecuencia, proponemos la derogación de la Ley 14.394 en sus artículos pertinentes y la sanción de una ley dedicada exclusivamente a regular el régimen contemplado en la ley anterior que comprenda a todas las nuevas formas de familia. Asimismo aconsejamos una reformulación del nombre de esta figura: Protección integral de la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Doctrina

AZPIRI, Jorge Osvaldo (2003), *Uniones de hecho*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

BOSSERT, Gustavo A. (2003), *Régimen jurídico del concubinato*, 4ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires.

CERABONA, Gerardo y GODOY, Mario (), *El bien de familia. Aportes desde la Teoría General del Derecho*, consultado en:

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/1182/1176>

GIL DOMINGUEZ, Andrés (1999), “El Concepto constitucional de familia”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Número 15, pp. 40-41.

GROSMAN, Cecilia y MARTINEZ ALCORTA, Irene (2000), *Familia Ensambladas*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

GUSTAVINO, Elías (1985), *Bien de Familia*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2009), *La familia en el nuevo derecho*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

MEDINA, Graciela (2010), *Ley de matrimonio homosexual. Modificación de paradigmas*, Suplemento especial Matrimonio Civil agosto 2010, Revista La Ley.

MOISSET de ESPANÉS, Luis (2003), *Bien de familia. Su protección registral*, consultado en: <http://www.acader.unc.edu.ar>

ZANNONI, Eduardo A. (2001), *Manual de derecho de familia*, 5ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Legislación Internacional

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2006)

Legislación Nacional

Ley 14.394: Régimen de Menores y Bien de Familia. ADLA 1853-1958-1-95

Ley 26.618: Matrimonio Civil

Resoluciones Registrales

Resolución Contencioso Registral N° 1/1996

Resolución Contencioso Registral N° 4/1996

Resolución Contencioso Registral N° 12/1996

Resolución Contencioso Registral N° 114/2003

Resolución Contencioso Registral N° 41/1996

Resolución Contencioso Registral N° 27/1996

Resolución Contencioso Registral N° 29/1996

Resolución Contencioso Registral N° 36/1996

Resolución Contencioso Registral N°21/2011

Jurisprudencia

Esc. Carlos A. Grimau s/recurso de apelación c/ resolución registral 337/10” del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Neuquén.

R, A. H. contra Kelly, Santiago y otros s/ Daños y perjuicios. SCBA, C 100285 S 14-9-2011

PONENCIA

Las recientes modificaciones al Código Civil en materia de familia, nos han obligado a repensar las estructuras sobre las cuales las normas fueron dictadas, porque más allá de las necesidades individuales, nos vemos sometidos a procesos que obligan a una nueva reconfiguración de la materia y sus derivaciones, que comprenden reformas impensadas hace unos pocos años.

El recorrido que hemos realizado en el presente trabajo por los antecedentes nacionales e internacionales del bien de familia, la jurisprudencia, los casos registrales, el régimen jurídico del concubinato y las nuevas nociones de familia, nos lleva a encontrarnos con una realidad más que evidente: *el concepto de familia en el siglo XXI ha evolucionado notablemente en relación al adoptado por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil y las leyes que se dictaron en consecuencia.*

Es por eso que resulta imperioso redefinir lo que entendemos por familia. Retomando la idea de Gil Domínguez, el concepto constitucional de familia supone:

- a) Un vínculo afectivo perdurable;
- b) Protegido y promovido por el Estado;
- c) Cohabitación entre:
 - 1) Dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio por ley civil con o sin hijos;
 - 2) Dos personas de distinto sexo unidas en matrimonio religioso con o sin hijos;
 - 3) Dos personas de distinto sexo con o sin hijos;
 - 4) Dos personas de igual sexo unidas por matrimonio por ley civil con o sin hijos;
 - 5) Dos personas de igual sexo con o sin hijos.

A este concepto agregamos que los hijos de esta familia no deben, necesariamente, ser frutos de dicha unión (familia ensamblada).

Teniendo en consideración esta nueva definición de familia es notorio que la protección brindada por la Ley 14.394 deberá extenderse a todas las situaciones anteriormente mencionadas, no debiendo dejar de lado a aquellas personas que, sin perjuicio de no haber formado una familia, tienen derecho a la protección de su vivienda. De esta forma no vulneraríamos el principio constitucional de igualdad y el derecho a una vivienda digna (artículo 16 y 14 respectivamente de la Constitución Nacional).

En consecuencia, proponemos la derogación de la Ley 14.394 en sus artículos pertinentes y la sanción de una norma dedicada exclusivamente a regular el régimen contemplado en la ley anterior que comprenda a todas las nuevas formas de familia.

Asimismo aconsejamos una reformulación del nombre de esta figura: Protección integral de la vivienda.

SUMARIO

Introducción	1
I.A) Tratados Internacionales con jerarquía constitucional	3
I.B) Bien de Familia en América Latina	4
II.A) Antecedentes Nacionales	10
II.B) El bien de Familia en nuestro derecho: la Ley 14.394	10
II.C) La Ley 14.394 y el concepto de familia	12
III.A) Régimen jurídico del concubinato en el derecho argentino	13
1) Definición	
2) Características	
3) Derecho comparado	
4) El tratamiento del concubinato en nuestros Tribunales	
IV.) La “nueva familia” y la aplicación del régimen excepcional del art. 41 por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Bs. As.	17
V) Proyecto de reformas.	19
Consideraciones finales	21
Bibliografía consultada	23