

LA VIVIENDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO 2012 ⁽¹⁾

ENTRE “LA TORRE DE BABEL” ⁽²⁾ Y “EL TEST DE CLARIDAD DE LA NORMA”

Por Gabriel Anibal Fuster ⁽³⁾

Sumario: I. Introducción. II. El derecho a la vivienda digna y el bien de familia como regímenes jurídicos distintos: 1) Un “desajuste” entre la regulación propuesta y el fin perseguido. 2) La falta de superación del “test de claridad de la norma” y el riesgo de la ineficacia jurídica. III. Una oportunidad desaprovechada: 1) Acerca de la naturaleza jurídica del régimen. 2) Acerca del carácter constitutivo o declarativo de la registración inmobiliaria. 3) Acerca de la aplicabilidad del instituto registral de la reserva de prioridad. IV. Análisis exegético: 1) El artículo 244 del Proyecto de Código Unificado 2012. 2) El artículo 245 del Proyecto de Código Unificado 2012. 3) El artículo 246 del Proyecto de Código Unificado 2012. 4) El artículo 247 del Proyecto de Código Unificado 2012. 5) El artículo 248 del Proyecto de Código Unificado 2012. 6) El artículo 251 del Proyecto de Código Unificado 2012. V. Conclusiones.

I - INTRODUCCIÓN

El Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (Decreto N° 191/2011) adopta en el Capítulo 3: “Vivienda”, del Título 3: “De los bienes” del Libro Primero “De la parte general” (artículos 244 a 256 inclusive) el régimen que hoy se corresponde con el denominado

¹ El presente ensayo se basa en la ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, que tuvo lugar en la Ciudad Vicente López, Provincia de Buenos Aires, los días quince a diecisiete del mes de Agosto del año Dos Mil Trece (15 a 17/08/2013), y más precisamente en relación al Tema I del referido evento doctrinario, consistente en el siguiente: “Registración Inmobiliaria. Proyecto de unificación de los códigos. Casos particulares con vocación registral”

² Ver Herodoto en “*Los nueve libros de la Historia*” – De la traducción: P. BARTOLOMÉ POU– Editorial EDAF SA – Sexta Edición, Abril de 20013 – Libro I - Páginas 124/126.

³ Abogado, notario y auxiliar docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

“Bien de familia”, instaurado por la Ley N° 14.394, allá en sus artículos 34 a 50 inclusive y derogada en el artículo 5 de la ley de derogaciones proyectada. (4)

En este aspecto también el mentado proyecto ha utilizado como matriz o cual molde el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, cuya Comisión redactora integraron los Doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

En éste el tema “Vivienda” es tratado en el Capítulo III: “Vivienda”, del Título III: “Del Patrimonio”, del Libro Segundo: “De la parte General” desde el artículo 233 y hasta el artículo 246. (5)

En este ensayo intentaremos trazar un boceto del tratamiento brindado a este instituto jurídico, destacando las virtudes y defectos que entendemos se verifican en la regulación normativa adoptada.

II - EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y EL BIEN DE FAMILIA COMO REGÍMENES JURÍDICOS DISTINTOS

En primer lugar, es dable señalar que el bien de familia es un régimen jurídico particular y distinto del derecho de acceso a la vivienda digna, aunque no absolutamente toda vez que los mismos guardan relación. Y a tal punto que el régimen del derecho a la vivienda puede subsumir el de bien de familia en una relación de género a especie.

Pero adviértase que no son lo mismo, por ello consideramos (tal como lo desarrollaremos seguidamente) que parecen confundirse los regímenes en el Proyecto bajo estudio.

En efecto, el bien de familia es una figura jurídica por la que se sustrae un bien (de determinadas características y en ciertas condiciones) del patrimonio del

⁴ Ver “Anteproyecto de código civil unificado con el código de comercio 2012” - Primera edición - Editorial Códice - Buenos Aires, 2012 - Página 571.

⁵ Ver “Proyecto de Código Civil de la República Argentina - Unificación con el Código de Comercio” de 1998 - Primera edición - Editorial San Isidro Labrador y Librería “El Foro” S.A. - Buenos Aires, Julio de 1999 - Páginas 174 vta./176.

deudor, como prenda común de los acreedores, frente a un proceso de ejecución coactiva del mismo en procura del pago de un crédito insoluto.

Distinto, en cambio, es el caso del derecho de acceso a la vivienda digna⁶ el cual consiste en el derecho que toda persona tiene de contar con un lugar digno donde vivir. Derecho éste que ha tenido reconocimiento en distintos tratados internacionales tales como la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948 (artículo 25), entre otros. (7)

Adviértase, incluso, como un régimen se ve funcionar o desenvolverse en la faz patológica del derecho, es decir, frente al incumplimiento de una obligación. En efecto, el mismo se advierte en el marco de un proceso judicial como es el de ejecución de sentencia (que presupone otro proceso en el cual se verificó el reconocimiento por resolución judicial del derecho del acreedor al cobro de su crédito) como es el del bien de familia.

Muy por el contrario, el régimen de acceso a una vivienda digna, si bien también podría surgir en la faz patológica del derecho, funciona en realidad en la faz de la normalidad, es decir, sin que sea necesario el conflicto judicial.

No obstante ello, estos regímenes pueden relacionarse ya que bien podríamos decir que el régimen de bien de familia -por más restringido y específico- podría subsumirse en el régimen más amplio del de acceso a la vivienda digna.

En el Proyecto bajo estudio no queda claro qué se está pretendiendo regular en el apartado correspondiente a la vivienda: si el régimen de bien de familia o el derecho de acceso a la vivienda digna.

Y la dicotomía se advierte en los propios fundamentos del mismo en que por un lado se expresa que el régimen de la vivienda viene a sustituir el de bien de familia hoy vigente, para más adelante reconocer que se tutela la vivienda aún de la persona que no tiene familia.

⁶ Respecto de lo que debe entenderse por “vivienda digna” ver Observación General N° 4 del Comité de Derechos Urbanos de Naciones Unidas

⁷ En idéntico sentido: “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 1966 (artículo 11); “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966 -entre otros-.

1) Un “desajuste” entre la regulación propuesta y el fin perseguido:

Se ha sostenido que el principal motivo de la “pretendida” reforma del Código Civil -que en verdad es una sustitución de un Código por otro, o más bien de dos Códigos (el Civil y el Comercial) por uno- es el de la mentada “Constitucionalización del Derecho Privado”.

En efecto, en los fundamentos del Anteproyecto (hoy Proyecto) de Código Unificado 2012 se señala:

“(…) · *Constitucionalización del derecho privado*. La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. (...)” (el subrayado nos pertenece). (8)

Sin embargo, en materia de vivienda advertimos un “desajuste constitucional” que entendemos necesario advertir.

En efecto, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional prevé que:

“(…) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) (...) la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. (...)” (el subrayado nos pertenece).

Como ya ha dicho la doctrina especializada (BIDART CAMPOS) al respecto:

“(…) La tercera parte del art. 14 bis in fine está dedicada a *la protección integral de la familia*, mediante al defensa del “bien de familia”, la “compensación

⁸ Ver “Anteproyecto de código civil unificado con el código de comercio 2012” – Primera edición – Editorial Códice - Buenos Aires, 2012 – Página 590.

económica familiar”, y el acceso a una “vivienda digna” (...).” (sic.). Y agrega: “(...) El *bien de familia*, en cuanto supone un inmueble donde habita el núcleo familiar, y al que se rodea de determinadas seguridades en razón de su destino de vivienda doméstica, se relaciona con el acceso a una *vivienda digna*. (...)” (sic.).⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾

Por lo tanto, la vivienda tutelada y garantizada por la Constitución Nacional es la necesaria para el desarrollo de la familia, como célula social básica y elemental. Y, cualquiera sea el paradigma de familia existente, lo cierto es que la misma supone pluralidad de sujetos.

En consecuencia, la primera pregunta que nos surge es la siguiente:

a) ¿con el título “vivienda” se pretende aludir al actual régimen de bien de familia?

Esta pregunta es importante pues nos obliga a reflexionar sobre la posibilidad de que el derecho a “la vivienda” esté acordado a la familia, como pluralidad de sujetos, o también a una sola y única persona.

El texto parece permitir esto último mas el precepto constitucional, a cuyo plexo la comisión reformadora pretende amoldar el Derecho Privado todo, *lo acuerda sólo a la familia*, cualquiera sea su paradigma vigente (es decir, familia ortodoxa, uniones convivenciales, etcétera), con lo cual se advierte un desajuste evidente entre la regulación proyectada y la Constitución Nacional.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia diciendo:

“(...) En efecto, la ley 14394 que regula “el bien de familia” tiene por finalidad la protección del *núcleo familiar que no necesariamente debe estar constituido por*

⁹ Ver Germán Bidart Campos en “*Manual de la Constitución Reformada*” - Tomo II- Tercera reimpresión - EDIAR - Buenos Aires, 2006 - Páginas 246/247.

¹⁰ A renglón seguido continúa diciendo Bidart Campos: “(...) Pero este último enunciado va más allá de su carácter programático, porque obliga al estado a procurar mediante políticas diversas que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él, tengan o no convivencia familiar. (...)” (el subrayado nos pertenece) (ver Germán Bidart Campos en “*Manual de la Constitución Reformada*” - Tomo II- Tercera reimpresión - EDIAR - Buenos Aires, 2006 - Página 247). Sobre el particular, es dable señalar que aquí el insigne constitucionalista argentino está advirtiendo que el derecho a una vivienda digna reclama (“obliga” al) del Estado la adopción de políticas tendientes a garantizar este derecho a todos los ciudadanos. Pero el Proyecto bajo estudio soslaya esta diferenciación al asimilar o “confundir” el régimen de bien de familia con el de vivienda, con lo cual la asignatura pendiente del Estado que remarca Bidart Campos no es atendida en la regulación bajo estudio.

los cónyuges ya que también un hombre o una mujer solteros, viudos o divorciados pueden someter un inmueble de su propiedad a este régimen especial.” (la bastardilla nos pertenece). (11)

Es curioso advertir que cualquiera sea el material de consulta el mismo brinda -a la vez- respecto de la familia definiciones más estrictas y más amplias, pero en todas ellas aparece como elemento común que la familia supone una *pluralidad de sujetos* (así lo refieren usando términos como “grupo”, “conjunto”, etcétera).

En efecto, así lo hace por ejemplo el Diccionario de la Real Academia Española diciendo: “(...) (Del lat. *família*) Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. (...)” (definición amplia). Y también: “(...) 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. (...)” (definición estricta). (12)

Por otro costado encontramos el Diccionario de Vocabulario Jurídico dirigido por el insigne jurista francés Henri Capitant que respecto de la familia dice: “(...) Grupo de personas unidas por matrimonio, parentesco o afinidad, y entre las cuales existen derechos y deberes jurídicamente sancionados (patria potestad, autoridad marital, obligación alimentaria, derecho sucesorio). El círculo de la familia es más o menos extenso, según que los parientes sean legítimos, naturales o adoptivos. (...)” (definición amplia). (13) Y también: “(...) De donde una segunda acepción más estrecha: la familia es la agrupación formada por el padre, la madre y sus descendientes (casa, hogar). (...)” (definición restrictiva). (14)

¹¹ Del voto del Doctor Jorge Alberto Mayo - Ver CNCiv, Sala “H”, 28/05/2010, en autos: “*Marchetti, Máximo Victorio y Vázquez, Adriana Lidia c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ Recurso*” (Publicado en el Diario Jurídico La Ley, de fecha veintinueve del mes de Julio del año Dos Mil Diez (29/07/2010) - Páginas 07/08).

¹² Ver “*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*” - a/g - Vigésimo Segunda Edición, 2001 - Reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta SAIC - Buenos Aires, Marzo de 2006 - Página 1037.

¹³ Ver “*Vocabulario Jurídico - Redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisconsultos franceses*”, bajo la dirección de Henri Capitant - Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone - Ediciones Depalma Buenos Aires - Buenos Aires, Julio de 1973 - Página 276.

¹⁴ Ver “*Vocabulario Jurídico - Redactado por profesores de derecho, magistrados y jurisconsultos franceses*”, bajo la dirección de Henri Capitant - Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone - Ediciones Depalma Buenos Aires - Buenos Aires, Julio de 1973 - Página 277.

2) La falta de superación del “test de claridad de la norma” y el riesgo de la ineficacia jurídica:

En los fundamentos del Anteproyecto (hoy) Proyecto de Código Unificado 2012 se señala:

“(…) La comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado las remisiones, la utilización de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones es que ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos. También se ha puesto énfasis en la gramática, y en especial, se ha tratado de usar el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la buscada claridad expositiva. (…)” (el subrayado nos pertenece). ⁽¹⁵⁾

Asimismo uno de los integrantes de la Comisión designada para encarar la obra codificadora bajo estudio ⁽¹⁶⁾ ha señalado: “(…) Es un código enfocado en los problemas concretos de la gente, con un lenguaje claro y comprensible.” (el subrayado nos pertenece). ⁽¹⁷⁾

Desde hace mucho tiempo la claridad del lenguaje jurídico ha sido una preocupación de pensadores, filósofos y juristas, quienes han alertado sobre la importancia de la misma (así por ejemplo: CICERÓN / MONTESQUIEU / BIELSA -entre otros-).

En efecto, la claridad del lenguaje jurídico ha sido y sigue siendo una preocupación legítima del legislador, incluido el contemporáneo.

¹⁵ Ver “Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012” - Primera edición - Ediciones Códice - Buenos Aires, 2012 - Página 594.

¹⁶ Se trata del Doctor Ricardo Lorenzetti.

¹⁷ Ver “El nuevo Código Civil y Comercial está enfocado en los problemas concretos de la gente” publicado en: <http://www.nuevocodigocivil.com/lorenzetti-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-esta-enfocado-en-los-problemas-concretos-de-la-gente/>.

Por tanto, el interés de los proyectistas en emplear un lenguaje claro a la hora de redactar el “Proyecto de Código Unificado 2012” no es una novedad y deviene en un anhelo muy plausible, pero que a nuestro entender está muy lejos de alcanzarse.

Precisamente, la razón por la que vislumbramos lejano dicho anhelo es que se confunde la claridad del lenguaje en general con la claridad del lenguaje jurídico en particular, que son dos aspectos diferentes.

Y este yerro es muy grave pues -como solemos decir en nuestras clases- el lenguaje es al hombre de derecho, lo que el cincel al escultor: *su herramienta fundamental de trabajo*; y la magnitud de la equivocación se hipertrofia en el marco de una empresa codificadora como la encarada.

Creemos que se confunde la claridad del lenguaje vulgar o común con la claridad del lenguaje jurídico, que -como suele suceder- son diferentes y hasta en ocasiones antagónicas.

Pero quizá un ejemplo sencillo ayude a ilustrar nuestra posición. Si hablamos de “tenedor” en el ámbito jurídico diremos que es el titular de una relación real en virtud de la cual una persona detenta una cosa pero reconociendo en otro la posesión (o propiedad) (conforme artículo 2352 del Código Civil).

Ahora bien, en términos vulgares diremos que “tenedor” es un “(...) || 2. m. Instrumento de mesa en forma de horca, con dos o más púas que sirve para comer alimentos sólidos. (...)”.⁽¹⁸⁾

El término “tenedor” es jurídicamente claro, aunque para el vulgo quizá no lo sea tanto, pues demandará un conocimiento y una formación jurídicos previos que permita una aprehensión apropiada del concepto.

El lenguaje claro para el vulgo no necesariamente será claro ni eficaz para la comunidad jurídica, que será la que deberá vérselas en figurillas a la hora de aplicar las normas.

¹⁸ Ver “Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española” - h/z - Vigésima Segunda Edición - Tomo 2 - Buenos Aires, 2.006 - Página 2154.

Es pues la claridad del lenguaje jurídico la que debe preocuparnos, sobre todo si tenemos en cuenta que la misma se entronca con la eficacia jurídica.

En efecto, en este sentido se ha dicho: "(...) Hoy es uno de los puntos de vista privilegiados de las ciencias legislativas contemporáneas y particularmente de la legística. *Se supone que la claridad del lenguaje jurídico refuerza la eficacia de la norma jurídica*, así como su comprensión por el ciudadano que - sabemos - no puede ignorar la ley. (...)" (la bastardilla nos pertenece). (19)

En este contexto nos preguntamos: ¿qué entienden los proyectistas por un lenguaje claro?

Ninguna precisión encontramos sobre el particular. No se exponen criterios (explícitos o implícitos) de por qué se considera clara una disposición legislativa, ni se brindan indicios que nos permitan vislumbrar qué es lo que se entiende por un lenguaje claro.

En consecuencia, la afirmación deviene en una fórmula vacua.

A diferencia de otros países en que la claridad normativa ha tenido reflejo legal e incluso constitucional (20), no es el caso -en general- de los países latinoamericanos, ni mucho menos de Argentina.

Ello obliga a buscar en el consenso de la comunidad jurídica la directriz que permita establecer cuándo una norma es clara en su lenguaje, lo que a nuestro entender no sucede con el Anteproyecto (hoy Proyecto) bajo estudio.

Y esto deviene de esencial importancia toda vez que consideramos que la claridad del lenguaje jurídico permitirá reforzar la *eficacia* de la norma jurídica.

La eficacia jurídica es un concepto jurídico fundamental sobre el que se ha dicho: "(...) La idea central de la eficacia de las normas jurídicas reside en que las

¹⁹ Ver Veronique Champeil - Desplats en " *Les clairs-obscur de la clarté juridique* " - *Legal Language and Search for Clarity*, A - Wagner & Sophie Cacciaguindi-Fahy (editions), Bern, Peter Lang - Año 2006 - Página 35.

²⁰ En este sentido ver M.A. Frison-Roche, W. Baranes, en "*Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi* " - D. 2000, - c. 36.

normas son eficaces *sólo si existe una determinada relación de correspondencia entre las normas y las acciones humanas. (...)*” (la bastardilla nos pertenece). (21)

La eficacia de la ley importa que el legislador consiga el cumplimiento de la conducta pretendida por parte de la generalidad de los ciudadanos, y para ello será además menester que elija el *medio adecuado* (efectividad), y que esto importe el *menor costo posible* (eficiencia).

A nuestro entender el Anteproyecto (hoy Proyecto) de Código Civil y Comercial unificado no supera el “test de claridad de la norma”, que resulta tabulado en función de la eficacia jurídica que la misma tendrá.

En efecto, será muy difícil y en ocasiones casi imposible poder aplicar acéptamente las normas jurídicas a la realidad social; y ello se advertirá fácilmente cuando veamos el alto grado de judicialización que ello provocará, y que –insistimos– será fruto de la falta de claridad del lenguaje jurídico.

Precisamente el instituto bajo análisis es una demostración cabal de lo expresado.

Es claro el concepto de que el régimen de bien de familia tiende a tutelar a un núcleo de personas: *la familia*, independientemente de cómo quede constituido ese núcleo.

En cambio, por otro costado, aparece la problemática de la vivienda, como derecho que toda persona tiene: *el de acceder a una vivienda digna*, del cual es titular es toda persona por el solo hecho de serlo, y de modo independiente de la forma en que haya estructurado su medio social inmediato (que viva sola, con parientes, etcétera).

El derecho a la vivienda digna ha preocupado profundamente a la comunidad jurídica toda, a grado tal que le ha dado garantía constitucional, tal como lo reconoce Bidart Campos al decir:

“(…) Pero este último enunciado va más allá de su carácter programático, porque *obliga* al estado a procurar mediante políticas diversas que

²¹ Ver Pablo Eugenio Navarro y Juan José Moreso en “*Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*” - ISONOMIA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho N° 5/1996 - Instituto Tecnológico Autónomo de México - Páginas 119/ 120.

todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él, tengan o no convivencia familiar. (...)” (el subrayado nos pertenece). (22)

El error que advertimos en el Proyecto de Código Unificado 2012 bajo estudio es el de “confundir” dos regímenes distintos, cuyo objeto de tutela son dos bienes jurídicos diferentes. Y esta confusión se advierte claramente en los propios fundamentos del Proyecto bajo estudio, cuando al decir del régimen de “vivienda” y asimilarlo al vigente de bien de familia, expresa:

“(…) **Capítulo 3. Vivienda** El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales; esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394; las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del bien de familia *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; (b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye al vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve la cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) 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; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, cuales son: 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 autoriza; la inoponibilidad a los créditos por

²² Ver Germán Bidart Campos en “Manual de la Constitución Reformada” - Tomo II- Tercera reimpresión - EDIAR - Buenos Aires, 2006 - Página 247.

expensas en la propiedad horizontal, y a los créditos alimentarios, etc. (...)" (sic.) (el subrayado nos pertenece).²³

Como se podrá apreciar el "*test de claridad de la norma*" no es superado por el Proyecto de Código Unificado 2012, y el "supuesto" bajo estudio lo demuestra claramente, toda vez que un instituto jurídico es el del régimen de bien de familia, y otro distinto es el derecho de acceso a una vivienda digna que a toda persona le asiste. Y esta falta de claridad, trasuntará, a no dudarlo, en los problemas de aplicación práctica de esta figura (ineficacia de la norma).

Y es precisamente, por lo que titulamos este ensayo "*Entre "la torre de Babel" y "el test de claridad de la norma"*", pues como es sabido la Torre de Babel es una construcción -aludida en la Biblia- por la que hombres pretendían alcanzar el Cielo, y en la que todos usaban la misma lengua, "(...) Mas Yahveh descendió para ver la ciudad y la torre que los hombres estaban levantando y dijo: «He aquí que todos forman un solo pueblo y todos hablan una misma lengua, siendo este el principio de sus empresas. Nada les impedirá que lleven a cabo todo lo que se propongan. Pues bien, descendamos y allí mismo *confundamos su lenguaje de modo que no se entiendan los unos con los otros*». Así, Yahveh los dispersó de allí sobre toda la faz de la Tierra y cesaron en la construcción de la ciudad. (...)" (la bastardilla nos pertenece). (24)

La claridad de la norma permite una construcción jurídica (codificada en este caso) sólida y consistente, por ello entendemos relevante la claridad normativa, pues de lo contrario corremos el riesgo de terminar confundidos por "Yahveh" y *dispersándonos* en criterios interpretativos disímiles (y hasta contradictorios) a la hora de la aplicación de las normas.

III - UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA

Es menester destacar que consideramos que los proyectitos han dejado pasar una inmejorable oportunidad para precisar una serie de cuestiones relevantes.

²³ Ver "*Anteproyecto de código civil unificado con el código de comercio 2012*" - Primera edición - Editorial Códice - Buenos Aires, 2012 - Página 626.

²⁴ Confrontar Génesis 11:1-9.

A saber:

- a) La naturaleza jurídica del régimen de bien de familia o del proyectado régimen de “vivienda”;
- b) si la registración es constitutiva o declarativa; y
- c) si se puede aplicar el instituto de la reserva de prioridad (artículos 5, 24, y 25 -entre otros- de la Ley N° 17.801).

1) Acerca de la naturaleza jurídica del régimen:

En efecto, en torno a la naturaleza jurídica del bien de familia podría haberse aprovechado la mentada reforma para zanjar esta cuestión, toda vez que diversas posturas doctrinarias se han acuñado sobre el particular. A saber:

- a) los que sostienen que deviene en un condominio familiar o una propiedad familiar con limitaciones específicas (GUASTAVINO / CADOCHÉ DE AZVALINSKY / MENDEZ COSTA / PAPAÑO / KIPER / CAUSSE / DILLON / KEMELMAJER DE CARLUCCI);
- b) quienes afirman que asistimos a un supuesto de *dominio imperfecto* (CIFUENTES);
- c) los que enarbolan que estamos ante un *condominio con indivisión forzosa temporal de tiempo indefinido* (MOLINARIO);
- d) quienes coligen estar ante una propiedad anómala asimilable a una *fundación familiar* (LAFAILLE);
- e) lo que entienden asistir a una limitación al dominio (MOISSET DE ESPANÉS / ALTERINI);
- f) quienes conceptualizan a esta figura como un supuesto de vinculación (VENTURA); y
- g), y también quienes afirman encontrarse en presencia de una figura jurídica atípica, *sui generis* o de naturaleza indeterminada (AREAN / PERALTA MARISCAL).

2) Acerca del carácter constitutivo o declarativo de la registración inmobiliaria:

También se han gestado distintas posiciones en torno a si la registración inmobiliaria es constitutiva o declarativa. A saber:

a) por un lado, se han pronunciado por la registración *constitutiva*: AREAN / KEMELMAJER DE CARLUCCI / PERALTA MARISCAL -entre otros-; y

b) por otro costado, se han pronunciado por la registración *declarativa*: GUASTAVINO / BOSSERT -entre otros-.

3) Acerca de la aplicabilidad del instituto registral de la reserva de prioridad:

En general la doctrina entiende que perfectamente puede funcionar el instituto de la reserva de prioridad en materia de bien de familia, lo que a nuestro entender es equivocado por los efectos que semejante instituto trae aparejado.

En efecto, a nuestro entender dos razones -principalmente- nos permiten formular esta afirmación, a saber:

a) la primera es de tipo **dogmático-jurídica**, y obedece a la razón de ser de la reserva de prioridad que consiste en la posibilidad de garantizar la instrumentación negocial inmobiliaria sobre constancias documentales ciertas, logradas a través del bloqueo registral consecuente.

A este fin el régimen de bien de familia actual o de “vivienda” proyectado es ajeno, pues funciona como *una causal de inenajenabilidad relativa de un bien inmueble* ⁽²⁵⁾, toda vez que lo sustrae -temporalmente y en determinadas condiciones- del patrimonio como prenda común de los acreedores.

b) la segunda es de tipo **asistencialista**.

En efecto, la afectación sólo debería hacerse bajo el imperio del sistema de prioridad directa inicial (artículos 19 y 40 de la Ley N° 17.801).

²⁵ En este sentido: “*El inmueble inscripto como bien de familia es un bien que está fuera del comercio en forma relativa... (...)*” (el subrayado nos pertenece) (ver SCJ, Mendoza, sala I, 22/02/1985, “B., J. J. c. B., A. A.”, La Ley 1986-A, 495).

Ello, sobre todo teniendo en cuenta el carácter tutelar del régimen y de protección que pretende brindárseles a los más débiles (principalmente, económicamente hablando) o en situación de mayor vulnerabilidad.

La reserva de prioridad generaría una situación de desigualdad entre quienes pueden acceder a la prestación de un servicio notarial, y quienes sólo pueden hacer el trámite personalmente por la instancia administrativa, la que resulta inadmisibles en función de la razón de ser (de cuño tutelar) del régimen bajo análisis.

IV - ANÁLISIS EXEGÉTICO

A modo de aclaración preliminar de tipo metodológica queremos advertir al lector que -seguidamente- habremos de hacer un análisis exegético de algunos artículos del Proyecto bajo estudio por razones de limitación en la extensión del ensayo, para luego cotejarlo con el artículo correspondiente del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 utilizado como modelo.

Finalmente, haremos el comentario de cada dispositivo normativo del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, al que nos referiremos seguidamente como “Proyecto de Código Unificado 2012”.

1) El artículo 244 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

“(…) ARTÍCULO 244.- **Afectación.** Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. (…)

Este artículo se corresponde con el artículo 233 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

“(…) **Art. 233.- Alcance.-** Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, a un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. (…)”

(*) **Comentario:**

En el artículo se prevé la posibilidad de afectar un inmueble (sin distinción de si urbano o rural) con destino a vivienda, mas se excluye la posibilidad de su explotación.

En efecto, a tenor del texto expreso de la norma el único destino posible es el de vivienda.

Se agrega que el inmueble puede afectarse en su totalidad, o en una porción de su valor.

Ahora bien, ¿nos preguntamos qué valor?

Esta aclaración resulta importante pues -por ejemplo- bien puede tomarse como “valor” la valuación fiscal del inmueble, o también el valor de mercado del bien.

La norma nada dice sobre el particular, lo que atenta contra la operatividad inmediata del dispositivo.

La segunda parte del artículo, en una deficiente redacción, señala que la afectación deberá registrarse en el Registro Inmobiliario. Y decimos deficiente redacción pues se señala: “(…) La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble (…)” cuando debería decirse: “(…) El documento portante de la afectación deberá registrarse en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la ubicación del inmueble de que se trata. (…)”.

Con esta redacción superamos dos deficiencias que advertimos en la norma. A saber:

- en primer lugar, sería menester aclarar que lo que llega al Registro Inmobiliario no es el acto abstracto de afectación (contenido) sino el documento portante de la misma (contenente). Sobretudo teniendo en cuenta que, como principio general, en el Registro de la Propiedad Inmueble se registran documentos; y

- en segundo lugar, se aclara en qué registro se toma razón y en base a qué criterio se determina **la competencia** del mismo.

En la segunda parte del segundo párrafo del artículo 244 del Proyecto de Código Unificado 2012 se señala: “(...) ... y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. (...)”.

Al respecto es dable señalar que consideramos que con este agregado se ha pretendido reemplazar el texto del artículo 234 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que no aparece en el Proyecto de Código Unificado 2012 y que disponía:

“(...) Art. 234.- Oponibilidad. La afectación produce efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debe hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales. (...)”.

Sin embargo, consideramos que ni el párrafo del Proyecto de Código Unificado 2012, ni el artículo 234 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 aclaran debidamente el problema de la prioridad y oponibilidad consecuentes.

En efecto, nos preguntamos: ¿desde cuándo es oponible el régimen de bien de familia?

Si aplicamos el *Principio (Registral) de Prioridad* deberíamos decir que desde el momento que el documento ingresa al Registro, conforme el *Principio de Prioridad Directa Inicial* que consagran los artículos 19 y 40 -entre otros- de la Ley N° 17.801.

Pero frente a esto nos preguntamos: ¿podría funcionar el régimen de reserva de prioridad que consagran los artículos 23, 24, y 5 entre otros de la Ley N° 17.801?

A nuestro y tal como lo hemos expresado *supra* ello no es posible, por las siguientes razones, a saber:

a) la primera es de tipo **dogmático-jurídica**, y obedece a la razón de ser de la reserva de prioridad que consiste en la posibilidad de garantizar la

instrumentación negocial inmobiliaria sobre constancias documentales ciertas, logradas a través del bloqueo registral consecuente.

A este fin el régimen de bien de familia actual o de “vivienda” proyectado es ajeno, pues funciona como *una causal de inenajenabilidad relativa de un bien inmueble* (26), toda vez que lo sustrae –temporalmente y en determinadas condiciones- del patrimonio como prenda común de los acreedores.

b) la segunda es de tipo asistencialista.

En efecto, la afectación sólo debería hacerse bajo el imperio del sistema de prioridad directa inicial (artículos 19 y 40 de la Ley N° 17.801).

Ello, sobre todo teniendo en cuenta el carácter tutelar del régimen y de protección que pretende brindárseles a los más débiles (principalmente, económicamente hablando) o en situación de mayor vulnerabilidad.

La reserva de prioridad generaría una situación de desigualdad entre quienes pueden acceder a la prestación de un servicio notarial, y quienes sólo pueden hacer el trámite personalmente por la instancia administrativa, la que resulta inadmisibles en función de la razón de ser (de cuño tutelar) del régimen bajo análisis.

2) El artículo 245 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

“(…) ARTÍCULO 245.- **Legitimados.** La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

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

²⁶ En este sentido: “*El inmueble inscripto como bien de familia es un bien que está fuera del comercio en forma relativa... (..)*” (el subrayado nos pertenece) (ver SCJ, Mendoza, sala I, 22/02/1985, “B., J. J. c. B., A. A.”, La Ley 1986-A, 495).

resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. (...)”.

Este artículo se corresponde con el artículo 235 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

“**Art. 235.- Legitimados.-** La afectación puede ser rogada por el titular registral; si los titulares son varios deben solicitarla unánimemente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en tal caso, el tribunal debe disponer la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces. (...)”.

(*) **Comentario:**

En el artículo bajo análisis se contemplan tres cuestiones que resultan destacables. A saber:

a) en primer lugar, se adopta el declamado criterio de distinción entre personas incapaces y personas con capacidad restringida. Dicho criterio es reconocido expresamente en los fundamentos cuando se dice: “(...) El anteproyecto recepta el nuevo paradigma en materia de personas incapaces y con capacidad restringida por razones de salud, de conformidad con la ley 26.657. (...)”;⁽²⁷⁾

b) en segundo lugar, se prevé el supuesto de la afectación a bien de familia en el marco del proceso de divorcio o de conclusión del régimen de convivencia, el cual no estaba contemplado en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998; y

c) se sustituye la expresión: “(...) si los titulares son varios deben solicitarla unánimemente. (...)” del artículo del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, por la siguiente: “(...) si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. (...)”.

Creemos que esta expresión es superadora, por más completa, respecto de la sustituida, aunque terminológicamente merezca algún reproche de nuestra parte.

²⁷ Ver “Anteproyecto de código civil unificado con el código de comercio 2012” – Primera edición – Editorial Códice - Buenos Aires, 2012 – Página 614.

En efecto, señala que existiendo condominio para lograr la afectación del inmueble en cuestión los condóminos están obligados a solicitarla conjuntamente y en su totalidad.

Nos parece superadora, decíamos, pues queda clara la forma de afectación en su faz tanto de la proporcionalidad, como de la temporalidad.

En efecto, el pedido debe hacerse por todos los condóminos (unanimitad -faz de la proporcionalidad-) y en un solo momento (conjuntamente -faz de la temporalidad-).

Este último aspecto no quedaba zanjado en al redacción del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que siempre nos había dejado la duda de si podía hacerse, aunque patológicamente, una afectación de modo sucesivo.

Quizá un ejemplo sencillo, aunque parezca de gabinete, ayude a ilustrar nuestra posición.

Imaginemos que un inmueble es de propiedad, por partes iguales, de tres personas: el padre, la madre y el hijo (condominio). Y éstos deciden afectar el inmueble al régimen actual de bien de familia (o al proyectado de vivienda).

Por razones de trabajo los momentos en que cada uno puede acercarse al Registro General de la Provincia para hacer el trámite personalmente no son coincidentes, y -en consecuencia- a primera hora de la mañana se acerca el padre a dicha repartición y comienza el trámite, que resulta observado por faltar el resto de los condóminos; al mediodía la madre, siendo el trámite observado por igual razón; y -finalmente- el hijo por la tarde se constituye ante el Registro para completar el referido trámite administrativo.

¿Podríamos decir que no hay unanimidad en la decisión de afectar? Para nada. Lo que no hay es instantaneidad.

Con la nueva redacción queda claro que la afectación no podrá hacerse como se expresa en el ejemplo brindado, sino que todos *deberán* presentarse *simultáneamente* -es decir, en el mismo momento- para hacer la afectación *por decisión unánime*.

3) El artículo 246 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

“(…) ARTÍCULO 246.- **Beneficiarios.** Son beneficiarios de la afectación:

a) el propietario 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. (…)”

Este artículo se corresponde con el artículo 236 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

“(…) **Art. 236.- Beneficiarios.** Son beneficiarios de la afectación, el propietario constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción; y en defecto de ellos pueden serlo sus parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, que convivan con el constituyente. (…)”.

(* Comentario:

En el artículo se amplía la posibilidad de ser beneficiario al conviviente y no sólo al cónyuge.

Ello es conteste con el criterio adoptado por el Proyecto de incluir el régimen de las uniones convivenciales.

4) El artículo 247 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

“(…) ARTÍCULO 247.- **Habitación efectiva.** Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble. En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.

Este artículo se corresponde con el artículo 237 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

“(…) **Art. 237.- Habitación efectiva.** Para hacer la afectación deben habitar el inmueble alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios; y para que sus efectos subsistan frente a terceros, si los beneficiarios son varios, basta con que lo haga uno de ellos. (…)”

(*) **Comentario:**

El dispositivo normativo proyectado se diferencia del anterior en lo siguiente:

a) en primer lugar, exige que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble para poder requerirse la afectación del inmueble al régimen de “vivienda” por parte del titular registral del bien raíz.

En cambio, el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 requería que para poder hacerse la afectación habitaran el inmueble: “(…) ...alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios; (…)”.

b) en segundo lugar, se hace un distingo que nos resulta incomprensible.

En el Proyecto de Código Unificado 2012 se dice que basta que uno de los beneficiarios habite el inmueble para que los efectos del régimen de vivienda “subsistan” “En todos los casos”, mientras que el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 requería lo mismo pero sólo: “(…) ...para que sus efectos subsistan frente a terceros. (…)”.

No advertimos cuál es la diferencia práctica que el distingo terminológico pretende reflejar.

El régimen no caerá automáticamente por la falta de habitación de un beneficiario, pues la registración seguirá incólume hasta que se ruegue su cancelación (por los constituyentes) o desafectación (por los terceros). Y sólo en este último caso cobra relevancia la falta de habitación de un beneficiario, pues es lo que habilita el pedido del tercero afectado.

En efecto, entendemos que la inoponibilidad sólo se advierte frente a un tercero (acreedor) que se ve perjudicado por la afectación a un régimen que en la práctica no se ejerce como tal.

Por otra parte recordemos que en la regulación hoy vigente se exige en el artículo 41 de la Ley N° 14.394 lo siguiente:

“El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en el existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas. (...)” (la bastardilla y el subrayado nos pertenecen).

Del cotejo de textos surge palmariamente la diferencia de regímenes entre el hoy vigente y el proyectado.

5) El artículo 248 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

ARTÍCULO 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.

Este artículo se corresponde con el artículo 237 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

*“(...) **Art. 238.- Subrogación real.** La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización. (...)”*

(*) Comentario:

En el texto del Proyecto se prevé una posibilidad harto debatida y es la de la subrogación real en materia de bien de familia, supuesto no contemplado en la regulación hoy vigente.

Más allá de si estamos o no de acuerdo con esta posibilidad, lo que en realidad nos llama poderosamente la atención es que el dispositivo normativo proyectado se diferencia del anterior Proyecto en que en lugar de utilizar la conjunción copulativa “y” prevé la disyuntiva “o”.

Con lo cual “parecería” que respecto de la afectación como bien de familia cabría la subrogación real sólo cuando un bien inmueble es reemplazado por

otro, y en el caso que haya diferencia de valor entre el bien anterior y el nuevo esta diferencia también puede ser alcanzada por la subrogación.

Sin embargo, en la redacción proyectada al emplearse la conjunción disyuntiva “o” resulta posible reemplazar un bien por una suma de dinero, con lo cual no entendemos qué tiene de “real” entendida como “cosa” la figura de la subrogación de que se trata.

6) El artículo 251 del Proyecto de Código Unificado 2012:

El texto de este artículo reza:

“(…) ARTÍCULO 251.- **Frutos.** Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. (...)”.

Este artículo se corresponde con el artículo 237 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que dispone:

“(…) **Art 241.- Frutos.** Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. (...)”.

(*) Comentario:

Es curioso advertir que en el Proyecto se hable de frutos cuando sólo se ha previsto el destino de vivienda del bien *y no el de explotación* del mismo.

Por tanto, no puede colegirse de qué forma se generarían los mentados frutos si el inmueble no puede explotarse.

Recordemos que ello sí es posible en la regulación hoy vigente pues el artículo 34 de la Ley N° 14.394 reza:

“(…) 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 se establecerán reglamentariamente. (...)” (la bastardilla y el subrayado nos pertenecen).

Y también por lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley N° 14.394 que dispone:

“El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en el existente... (...)” (la bastardilla y el subrayado nos pertenecen).

Como el buen lector podrá apreciar hoy la posibilidad de explotación (además de la de vivienda) está expresamente contemplada, mas no así en el texto proyectado, lo que resulta una contradicción lógica de la regulación bajo estudio.

El artículo del Proyecto bajo estudio se corresponde con el artículo 39 de la Ley N° 14.394, aunque se ha eliminado la limitación en la afectación del embargo al cincuenta por ciento de los frutos, y por otro costado se ha agregado que además de embargables son ejecutables, lo que resulta relevante frente a quienes pensamos que puede haber ejecución forzosa sin embargo previo.

V - CONCLUSIONES

1) El régimen de bien de familia y el derecho de acceso a la vivienda digna son regímenes jurídicos diferentes, toda vez que en el primero el efecto es sustraer un bien del patrimonio sobre el que pretende hacerse efectivo -en el marco de un proceso de ejecución forzosa (colectiva o individual)- un crédito insoluto, mientras que en el segundo se garantiza a toda persona -por el solo hecho de serlo- la posibilidad de acceder a una vivienda digna u adecuada.

2) En el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 se emplea el término “vivienda” pero no se entiende a qué régimen se alude, toda vez que si bien *en sus fundamentos* se señala que con el régimen de la vivienda se pretende reemplazar el de bien de familia, también y al mismo tiempo se acuerda el derecho a la vivienda digna al sujeto sin familia.

Ello, importa que el proyecto no supere el “test de claridad de la norma”, el cual en otros países goza de reconocimiento doctrinario e incluso legal y constitucional.

3) De la lectura del texto legal del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 puede colegirse que con el régimen de vivienda se pretende reemplazar el de bien de familia instituido por la Ley N° 14.394 -hoy vigente-, lo que no se condice ni ajusta con lo expuesto en los fundamentos, y genera una discordancia entre la regulación adoptada y el fin declamado.

4) Al regular el régimen de vivienda el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 se ha desaprovechado la oportunidad de zanjar cuestiones controvertidas tales como la naturaleza jurídica del régimen de bien de familia, si la registración es constitutiva o declarativa o si éste no es un criterio clasificatorio predicable de la figura bajo estudio, y -finalmente- si puede aplicarse en materia de vivienda el instituto jurídico-registral de la reserva de prioridad (artículo 5 - subsiguientes y concordantes- de la Ley N° 17.801).

5) El régimen de bien de familia hoy vigente prevé la posibilidad de afectar al mismo el inmueble destinado tanto a vivienda como a su explotación, mientras que el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 *sólo contempla el destino de vivienda*, con lo cual no se entiende a qué frutos se pretende aludir en el artículo 251 del Proyecto bajo estudio, los que al no haber explotación posible no podrían generarse.

6) El proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 prevé -a diferencia del régimen hoy vigente que nada dice sobre el particular- la posibilidad de subrogación real en materia de afectación a bien de familia; mas sin embargo lo hace disponiendo que el bien afectado puede ser reemplazado por otro "o" la suma que lo sustituya en concepto de indemnización. Por tanto, la afectación a bien de familia puede recaer sobre una suma de dinero, con lo cual estaría perdiendo su carácter de "real" la subrogación de que se trata.

Por Gabriel Anibal Fuster.