

Capítulo VII
(continuación)

BIEN DE FAMILIA

por SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

A. CONCEPTO. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DERECHO COMPARADO, LEY 14.394 Y REGLAMENTACIONES LOCALES	467
B. NATURALEZA JURIDICA	469
I. Del bien	469
II. Del derecho de los beneficiarios	469
III. Del derecho del constituyente	470
C. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	471
I. Naturaleza y valores de los bienes que pueden afectarse	471
II. Constituyentes	472
III. Formas de constitución	475
D. CARACTERES DE LA AFECTACION	478
E. EFECTOS	479
I. Eficacia temporal	479
II. Inembargabilidad	480
III. Indisponibilidad	482
IV. Eximiciones impositivas y otros beneficios	485
V. Administración	486
VI. Régimen sucesorio	486
F. DESAFECTACION	487

SARA NOEMI CADOCHE DE AZVALINSKY

Capítulo VII
(CONTINUACION)

BIEN DE FAMILIA

A. CONCEPTO. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DERECHO COMPARADO. LEY 14.394 Y REGLAMENTACIONES LOCALES

El bien de familia es una institución del derecho de familia patrimonial, que se orienta a la protección del núcleo familiar beneficiario, para asegurar su vivienda y/o su sustento.

Se ha presentado con distintos aspectos y alcances en las diversas legislaciones, reconociendo en la figura del *homestead* norteamericano (lote o sede del hogar, regido por las características de inembargabilidad e inejecutabilidad en la ley del Estado de Texas de 1839), y en las legislaciones sudamericanas que instituyen la protección del “patrimonio familiar” (Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá, Honduras, Nicaragua) o de la “propiedad familiar” (Cuba), o del “hogar seguro” de Puerto Rico, los antecedentes extranjeros más cercanos de nuestra legislación patria. En todos ellos se asegura la defensa del lugar asiento de la vivienda familiar —o a veces del lugar explotado por la familia para proveer a su subsistencia— frente a las pretensiones de terceros.

En nuestro país, el antecedente legislativo nacional que reconoció los caracteres de inembargabilidad e indisponibilidad del bien protegido fue la ley 10.284 de 1917, llamada también del “lote de hogar”. Organizaba la constitución del bien de familia —lote de hogar—, mediante un proceso judicial en el cual se controlaba la debida afectación, pero adolecía de un defecto fundamental: fijó el valor máximo de los inmuebles afectables en la suma de \$ 10.000, y al no darse la reglamentación que permitiera ir adecuando esa cifra tope, hizo que pronto resultara inaplicable la protección.

Hubo luego otras leyes que aparentemente reconocían el derecho a la inembargabilidad de la vivienda propia, tales como la del "Hogar Ferroviario" de 1921 o la de la Caja Nacional de Ahorro Postal de 1946, por las cuales se organizó el otorgamiento de préstamos para la construcción y/o adquisición de viviendas destinadas al uso o explotación de la familia del prestatario, y sujetas a inembargabilidad *por el tiempo que transcurriere hasta la cancelación del préstamo*. Así, en el primer caso se trabajó con los jubilados y pensionados ferroviarios, y en segundo con los ahorristas de la entidad, pero en ambas oportunidades la protección estuvo dirigida a la seguridad del prestamista, quien a través de la constitución de una hipoteca y la inembargabilidad del bien por cualquier otro acreedor hasta la cancelación del préstamo, cubrió su propio interés. Cancelada la hipoteca respectiva, el bien perdía su condición de inejecutabilidad.

Sistemas similares, por lo demás, se dan actualmente en los casos de otorgamiento de créditos hipotecarios por entidades financieras, donde es norma común de los contratos de garantía establecer la inembargabilidad del inmueble adquirido con los fondos entregados, por el tiempo que corra hasta la cancelación del préstamo.

En ninguno de estos casos podemos hablar de la constitución de un bien de familia. No sólo por el modo de establecimiento y requisitos exigidos, sino fundamentalmente por sus efectos, lejanos a la protección de la familia.

A nivel constitucional, la institución que nos ocupa fue expresamente receptada en la Constitución de 1949, la que en su artículo 37, apartado II, inciso 3, disponía: "El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine". En 1954, es dictada en el orden nacional la ley 14.394, que en los artículos 34 a 50 regula expresamente esta institución. Reformada la Constitución en 1957, en el agregado al artículo 14 dispone 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 provincia de Santa Fe, precursora una vez más en legislación de índole familiar —recordar la ley de matrimonio civil obligatorio de 1867, durante el mandato del gobernador Nicasio Oroño—, ya se había ocupado del tema en 1932 con la sanción de la ley 2290, que declaraba inembargable el “bien del hogar”. Preveía su constitución a través de juicio sumario, con posterior inscripción en el Registro General, y una duración de cinco años —salvo que hubiera hijos varones menores de 18 años o mujeres solteras, en cuyo caso se extendía la calidad de bien del hogar hasta que desaparecieran esas circunstancias— previendo además otras causales de caducidad que podían operar en cualquier tiempo.

Pero es recién a partir de la sanción de la ley 14.394 que se institucionaliza el bien de familia en todo el país, ya que apoyada en una norma constitucional regula la figura a nivel nacional y da las bases para su reglamentación en cada una de las provincias argentinas.

B. NATURALEZA JURIDICA

I. Del bien.

El inmueble afectado al régimen de bien de familia queda fuera de comercio. De la correlación entre los artículos 2336 a 2338 del Código Civil y el artículo 37 y concordantes de la ley 14.394 —que imponen la inenajenabilidad del bien—, surge indubitable este carácter.

Y en consecuencia, “no podrá ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias” (art. 37), ni podrá ser gravado sino en las condiciones previstas en la misma norma: con “la conformidad del cónyuge” o con autorización judicial cuando “éste se opusiera, faltare o fuere incapaz” y “mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

II. Del derecho de los beneficiarios.

El derecho de los beneficiarios del sistema, configura un verdadero derecho subjetivo ubicado dentro de los derechos de familia patrimoniales, que se traduce en la facultad de exigir la

inalienabilidad e inejecutabilidad del bien frente a quien intente desconocerlo —incluso contra el mismo propietario—; a oponerse a una indebida desafectación pretendida por quien no sea el dueño, y a reclamar, en fin, en cualquier tiempo, el cumplimiento de las prerrogativas que derivan de su constitución.

En cuanto a las disposiciones del Código Civil en materia de derecho de familia patrimoniales, no resulta aplicable al bien de familia el carácter de prescriptible que marca para ellos el artículo 262. El derecho que nace de la afectación del bien es en este caso, y por expresa excepción de la ley 14.394, imprescriptible, ya que ella no establece ningún plazo de caducidad de la inscripción ni de prescripción del derecho, los que subsisten todo el tiempo que dure la afectación, dependiendo esta última sólo de la inexistencia de las circunstancias previstas en el artículo 49.

III. Del derecho del constituyente.

El dueño del inmueble, que lo afecta al régimen del bien de familia, continúa en su calidad de tal, sólo que queda sujeto a las limitaciones necesarias para que sea posible la protección del núcleo familiar.

Por eso podemos afirmar que se trata de un derecho de dominio restringido, dado que a partir de su constitución y hasta la desafectación del inmueble del régimen de bien de familia, el único acto de disposición posible está severamente limitado por el artículo 37, y porque si bien subsisten los poderes de administración, ellos están acotados por el respeto al *destino* que el inmueble debe cumplir.

Y más tarde, cuando el propietario quiera desafectarlo, deberá reunir el requisito de la conformidad del cónyuge o la supletoria autorización judicial, lo que podrá obtener “siempre que el interés familiar no resulte comprometido” (art. 49, inc. a).

C. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

I. Naturaleza y valores de los bienes que pueden afectarse.

Sólo las cosas inmuebles, de ubicación indistinta urbana o rural, que sirvan de techo para la familia, o que sean la fuente de producción de los recursos necesarios para el sustento familiar, son susceptibles de ser afectados a este régimen especial de protección.

La idea rectora de tutela a las necesidades básicas de todo núcleo familiar, ha llevado lógicamente a la fijación de una pauta legal que contemple en cada caso que el valor del bien protegido “no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia (la del propietario) según normas que se establecerán reglamentariamente” (art. 34).

Acertadamente, la ley 14.394 define:

- a) la reglamentación por parte de las provincias respectivas (arts. 34, 42 y ctes.) y,
- b) la indeterminación rígida del valor máximo a que debe ajustarse el bien de familia (error principal de la ley 10.284), permitiendo de este modo la adecuación del mismo según la ubicación geográfica del inmueble en cada caso particular, según el núcleo familiar concreto, y atendiendo asimismo a las variaciones permanentes de los valores venales de las cosas, mediante la adopción de fórmulas apropiadas que permitan un correspondiente reajuste del tope máximo que la ley nacional exige.

Y las provincias han hecho uso de esta facultad reglamentando, en base a los requisitos de fondo marcados por la ley 14.394, el modo de definir el valor máximo de los inmuebles que pueden ser afectados a este régimen especial. En general han fijado ese tope en una cifra determinada y según lo indicado en las valuaciones para el pago del impuesto inmobiliario, las que pueden ser modificadas por razones particulares de cada caso concreto atendiendo al número de miembros de la familia, o al destino del inmueble cuya afectación se pretende.

Así, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, la ley 9747/81 establece una distinción entre los inmuebles según que estén afectados total o parcialmente a la vivienda del constituyente y su familia, o que sólo se destinen a una explotación personal. Por el objeto de los primeros, admite la afectación como bien de familia de todo inmueble, cualquiera sea su valuación fiscal, pero para el segundo grupo impone un valor máximo que será fijado en cada caso “por la autoridad de aplicación”.

En nuestra provincia de Santa Fe, la ley n° 7224 de 1974 admitió la posibilidad de reajustar automáticamente el monto máximo que ella misma fija (\$ 60.000 de valuación fiscal al tiempo de su sanción) “en la misma proporción en que se modifique en el futuro el avalúo para el pago del referido impuesto” —inmobiliario— “tomando como base el avalúo vigente en el año 1974” (art. 13) disposición inteligente que evita la necesidad de reformar la ley reglamentaria cada vez que el tope máximo pierde actualidad. Es de lamentar, sin embargo, que el Registro santafesino haya eliminado en la práctica de los últimos años la exigencia de un valor máximo para aceptar los pedidos de afectación. Este criterio se viene aplicando so pretexto de que no se han dictado decretos reglamentarios en los últimos períodos que fijen la cifra tope, pero creemos que la ley provincial da base suficiente como para practicar en cualquier tiempo la operación aritmética que permita fijarlo con prescindencia de otra reglamentación. Con lo cual se salvaría el texto de la ley nacional en vez de violarla, no exponiendo así a los beneficiarios a un pedido de desafectación por quien justifique interés.

II. Constituyentes.

Puede constituir el bien de familia, toda persona propietaria de un inmueble que reúna las características previstas por la ley, que goce de la facultad de disponer a título oneroso, y que además tenga el núcleo familiar que la ley quiere proteger. Salvo el caso de constitución en favor de un tercero, supuesto en el cual el constituyente debe tener capacidad para disponer a título gratuito y el tercero es quien debe acreditar tener el núcleo familiar a tutelar.

Pasando al detalle de lo expuesto, podemos decir:

1) El constituyente debe ser propietario actual del inmueble que pretende afectar.

En el caso de condominio, deben reunirse los requisitos del artículo 43 de la ley 14.394 en su última parte: la decisión unánime de todos los copropietarios, y además existir “entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36”. Estimamos que este último es un requisito excesivo que impone la ley, ya que bien podría ocurrir que un inmueble esté en condominio entre dos o más personas físicas que no tienen entre sí ningún vínculo de parentesco pero que sí tienen cada una de ellas un grupo familiar del tipo previsto en el artículo 36. Si el inmueble en cuestión no excediera del valor máximo que marque la reglamentación, y sirviera de vivienda o sustento para las familias de los respectivos condóminos, no se ve objeción válida para su constitución mediando unanimidad en la decisión para afectarlo. Nótese, por otra parte, que la exigencia del texto: “Si hubiere condominio la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios”, concuerda con el artículo 2682 y concordantes del Código Civil, calificando a la afectación, sin lugar a dudas, como acto de enajenación.

Surge de las normas de las donaciones (art. 2613 y cctes. del C. Civil) la posibilidad de que el constituyente se desprenda previamente del dominio por donación, testamento o partición-donación, y condicione dicha transferencia al hecho de que el inmueble donado o legado para después de la muerte se constituya en bien de familia.

Es una posibilidad no prevista expresamente por la ley 14.394, pero admitida por las disposiciones aplicables del Código Civil—condiciones de las donaciones— y configura la constitución del bien de familia por un tercero en favor de otra persona, adjudicataria del bien, y su núcleo familiar.

2) El constituyente debe tener capacidad para disponer.

Ello surge claro a partir del efecto inmediato de la afectación: poner al bien fuera de comercio. Semejante consecuencia configura un verdadero acto de disposición, que sin embargo aún resta en-

cuadrarlo dentro de una de las dos grandes categorías jurídicas de este tipo de actos: a título gratuito u oneroso, por las implicancias múltiples que tiene su caracterización.

El doctor Elías P. Guastavino, en su enjundiosa obra *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia* (editorial Omeba, 1962, pág. 326 y sig.) considera que si bien es difícil en este caso lograr el encasillamiento firme de la figura en una u otra clase de acto, los efectos que produce hacia el mismo propietario después de la afectación —restricción a su libre disposición— son una verdadera contrapartida por los beneficios que de tal afectación obtiene (fundamentalmente la inembargabilidad para un importante grupo de acreedores) y ello puede llevar a afirmar que es un acto de disposición a título oneroso.

Pero si en cambio, se trata de la constitución con previo desprendimiento del dominio —supuesto considerado al final del punto 1—, por la naturaleza del acto que lo precedió —donación o testamento—, se tratará de un acto de disposición a título gratuito.

Correlativamente, en el primer caso se necesita capacidad para disponer a título oneroso, y en el segundo capacidad para donar o para testar.

Tratándose de una persona casada que quiera afectar un inmueble de su propiedad al régimen del bien de familia, la ley 14.394 la faculta para hacerlo sin requerir el consentimiento del otro cónyuge, requisito al que alude sólo para el caso de desafectación por voluntad del dueño (arts. 34 y 49, inc. a). Mas a la luz de la reforma introducida por la ley 17.711 al artículo 1277 del Código Civil, resulta actualmente indispensable el asentimiento conyugal para disponer la afectación de un inmueble ganancial, y aun cuando se trate de un inmueble propio, si es el asiento del hogar conyugal y existen hijos menores o incapaces, todo lo cual se aplica incluso disuelta la sociedad conyugal. Esta observación es una de las consecuencias necesarias a partir de haber calificado a la afectación como un acto de disposición del constituyente.

3) El constituyente debe acreditar sus vinculaciones familiares con alguna o todas las personas que especifica el artículo 36

de la ley 14.394: cónyuge, ascendientes, descendientes, hijos adoptivos y colaterales consanguíneos hasta el tercer grado.

Basta que exista una sola de las personas allí nombradas, para que sea viable la afectación del inmueble, quienes además, con excepción de los colaterales, pueden convivir o no con el constituyente.

Se ha dado en torno al cónyuge del constituyente como único beneficiario del sistema, una evolución favorable en la jurisprudencia de nuestro país. Después de numerosos fallos que desconocían la conformación de un grupo familiar constituido únicamente por los esposos, y más aún por el cónyuge sobreviviente luego de la muerte del constituyente, la postura de nuestros jueces se volcó al reconocimiento del derecho del cónyuge cuando es el único beneficiario, para pretender los beneficios de tal afectación.

Con respecto a los colaterales, hasta el tercer grado, deben reunirse dos requisitos para que puedan ser beneficiarios: la ausencia de los demás sujetos tutelados por la norma, y la convivencia del colateral con el constituyente.

4) El constituyente no debe tener otro inmueble suyo afectado a este régimen especial. "No podrá constituirse más de un bien de familia. Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fija la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término" (art. 45 ley 14.394). Ello por el carácter único que reviste la afectación.

III. Formas de constitución.

1 — Observando el derecho comparado, se distinguen diversas formas posibles de constitución:

- a) *Sistema de pleno derecho*: por el cual se constituye el régimen de bien de familia por imposición de la ley, ante la reunión de todos los elementos básicos en cada caso concreto. Adoptado, por ejemplo, en algunos estados de Norteamérica.

- b) *Sistema judicial*: que se caracteriza por ser imprescindible el cumplimiento de un debido proceso en el cual deben acreditarse sumariamente todos los requisitos básicos que exige la ley, a fin de obtener una orden judicial de afectación. Es el sistema seguido por algunos países como Portugal, México y Venezuela, y el que traía nuestra ley 10.284. Es además el propiciado por el Proyecto de Reforma de 1936 y el Anteproyecto de Código Civil de 1954, y cuenta con decididos partidarios dentro de calificada doctrina nacional, por el control que significa la intervención de un juez que aprecie en cada caso la legalidad del acto, y atento a la repercusión que el mismo tiene en el tráfico económico y jurídico del bien.
- c) *Sistema notarial*: la voluntad de afectación debe formalizarse en escritura pública, en la que el notario interviniente controlará y hará constar el cumplimiento de los extremos exigidos por la ley, y procederá luego a la inscripción registral del documento. Adoptado en Italia y Brasil, es uno de los sistemas autorizados por la ley 7244 de la provincia de Santa Fe.
- d) *Sistema mixto*, que combina los dos anteriores: notarial y judicial, lo que aparentemente es una formalidad excesiva, que impone un doble control para su constitución. Seguido en Colombia, Uruguay y Perú.
- e) *Sistema administrativo*, con apelación ante órganos judiciales. Es el adoptado por la ley 14.394, y uno de los dos por los que puede optarse en la provincia de Santa Fe.

El artículo 42 de la ley nacional dispone que “La inscripción del bien de familia se gestionará en jurisdicción nacional, ante la autoridad administrativa que establezca el Poder Ejecutivo Nacional”, y de sus decisiones hay recurso en relación ante el “juez de lo civil en turno” (art. 50). Y el poder nacional ha dispuesto, en el decreto 2513 de 1960 reglamentario de la ley 14.394, que el órgano administrativo competente es el Registro de la Propiedad Inmueble.

La voluntad de afectación debe manifestarse ante este órgano, con la justificación de los extremos que exige la ley nacional: propiedad del inmueble en cuestión, existencia y composición de la familia del constituyente, compromiso de destinar el inmueble a la habitación o explotación por la familia, valor del inmueble dentro de lo establecido como máximo legal, declaración jurada de no tener otro inmueble ya inscripto o en vías de inscripción bajo este régimen, declaración jurada de convivencia de colaterales, situación del dominio (si existen hipotecas u otros gravámenes), decisión unánime en caso de condominio, etc.

El trámite es completamente gratuito, tanto en lo que refiere al pago de tasas y sellados —de lo que está exento por disposición del artículo 46 de la ley 14.394— como al asesoramiento que deben prestar los representantes de la autoridad administrativa (art. 47).

En la provincia de Santa Fe, la forma de afectación puede ser, a elección del constituyente, por escritura pública o por la vía administrativa, debiendo sustanciarse “toda cuestión litigiosa o contenciosa respecto de la afectación o desafectación del bien de familia”, mediante “procedimiento sumario” ante los “jueces de primera instancia en lo civil y comercial” (art. 7, ley 7224).

2 — En algunos supuestos especiales, la forma de constitución no puede ser otra que la prevista por el Código Civil para actos semejantes:

- En caso de constitución por donación, la única forma es la escritura pública (art. 1810 y ctes. del C.C.);
- En caso de constitución por partición por donación, también es excluyente la escritura pública (art. 3523 C.C.);
- Si la constitución es por testamento, puede hacerse por cualquier tipo de testamento válido (art. 3622, 3624 y ctes. C. Civil) y posterior inscripción registral por orden del juez del sucesorio y “a pedido del cónyuge, o en su defecto, de la mayoría de los interesados”. “Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez” (art. 44 ley 14.394).

D. CARACTERES DE LA AFECTACION

El acto jurídico por el cual se constituye a un inmueble propio con el carácter de bien de familia —la afectación—, goza de varios caracteres, entre los cuales podemos destacar:

1. Es *optativa*. El propietario puede afectar el inmueble, según sea su voluntad, sin que ninguna disposición legal lo obligue a hacerlo. Aunque estén dadas las condiciones físicas y jurídicas en el inmueble y en el núcleo familiar, es de la decisión del dueño cumplir o no con el trámite destinado a la afectación.

Además, el acto jurídico de la afectación corresponde al ejercicio de un derecho personalísimo, irrenunciable, imprescriptible, y no susceptible de ser ejercido subrogatoriamente por otro en lugar del constituyente.

2. Es *única* o excepcional. Así lo dispone el artículo 45 de la ley 14.394 cuando prohíbe a un propietario único constituir en bien de familia a dos o más inmuebles de su dominio. Cada persona puede afectar a este régimen un solo inmueble de su propiedad, y si se hubiera excedido deberá optar por la subsistencia de uno solo, “bajo apercibimiento de mantenerse como bien de familia el constituido en primer término” si no realizare la opción dentro del plazo que le otorgue la autoridad de aplicación.

Esta limitación no se aplica, sin embargo, si una misma persona es propietaria exclusiva de un bien de familia y co-propietaria o condómina de otro sujeto al mismo régimen (no sería en ese caso el propietario único a que refiere el art. 45).

3. Es *imprescriptible*. El carácter que la afectación otorga al inmueble —bien de familia— es imprescriptible. Es una consecuencia de haberse colocado al bien fuera de comercio, lo que lleva también a la imposibilidad de adquisición del dominio por un tercero con base en la prescripción (arts. 2337, 3952 y cctes. del C. Civil; art. 37 ley 14.394).

Para que el inmueble pueda ser objeto de algún tipo de prescripción es necesaria una previa desafectación para devolverle su carácter de cosa en el comercio.

4. Es *irrenunciable*. Realizada la afectación, no pueden el constituyente ni los beneficiarios renunciar a los efectos y beneficios que de ella derivan. Así, por ejemplo, no podrían consentir un embargo o una ejecución indebidos, renunciando a la inembargabilidad o a la inejecutabilidad propias del régimen, sin caer en la nulidad de tales actos.

Este carácter es una excepción a la regla de renunciabilidad que caracteriza a los derechos familiares patrimoniales ya adquiridos (arts. 262 y cetes. del C. Civil). Es el interés de la colectividad familiar el que lleva a la aplicación del artículo 872 del Código Civil, que veda la renuncia cuando los derechos son “concedidos menos en el interés particular de las personas que en mira del orden público”, dada la mayor similitud del concepto de interés familiar con el orden público que con el del interés de un particular.

E. EFECTOS

I. Eficacia temporal.

“La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el Registro inmobiliario correspondiente” (art. 35, ley 14.394). Con la inscripción nace el régimen especial de protección, y ella no caduca por el cumplimiento de ningún plazo. Perdura su vigencia y sus efectos mientras no surja y se haga valer, por los medios que la ley establece, alguna de las causales de desafectación (art. 49 ley cit.).

Tampoco termina por la muerte del propietario, pues el dominio se trasmite bajo el mismo régimen a los herederos legales.

Hay sin embargo un supuesto en el que podríamos hablar de un plazo de vigencia de sus efectos, y es en el caso de donación del inmueble con la condición de someterlo al régimen del bien de familia. Para quienes consideran aplicable el artículo 2613 del Código Civil, ese bien de familia tendría una duración máxima de 10 años a contar desde su inscripción.

II. Inembargabilidad.

I. REGLAS GENERALES.

La fecha de inscripción del bien de familia marca una diferencia fundamental en cuanto a los créditos ejecutables sobre el inmueble afectado.

La necesaria protección de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la fecha de afectación, hace que todos los créditos nacidos con fecha anterior a la inscripción puedan cobrarse sobre el bien de familia, pues para ellos es inoponible el carácter de inembargabilidad del régimen.

En cambio, todos los créditos nacidos con posterioridad a la afectación —y vaya lo dicho como una regla general—, son inejecutables sobre el inmueble inscripto como bien de familia, aun en caso de concurso o quiebra del propietario.

La publicidad, que se considera debidamente cumplida mediante la inscripción registral, es el elemento decisivo para esta clasificación, y es lo sustentado en la primera parte del artículo 38 de la ley.

Merece especial consideración el planteo de algunos supuestos en los que pueda cuestionarse la fecha del nacimiento de un crédito, en orden a la determinación de su ejecutabilidad o inejecutabilidad sobre un bien de familia:

Un caso que ha dado lugar a la promoción de cuestiones judiciales, es el del automovilista que luego de provocar un accidente de tránsito pero antes de ser demandado, o antes de dictarse sentencia condenatoria, afecta su vivienda con el carácter de bien de familia. Obtenida la decisión judicial a favor del damnificado, el autor de los daños no podría oponerse a la pretensión ejecutiva de la víctima alegando la inembargabilidad de dicho bien, pues el derecho a la indemnización nació en el momento de producirse el hecho generador de responsabilidad —en el ejemplo el día del accidente—, que fue anterior al de la inscripción del inmueble como bien de familia.

Otra cuestión similar se ha suscitado respecto a los créditos por expensas comunes —devengados en el régimen de la propiedad horizontal— cuyas fechas sean posteriores a la de la afectación de la respectiva unidad funcional como bien de familia. A primera vista, y aplicando sólo la relación entre ambas fechas, pareciera que tales créditos no fueran ejecutables sobre ese inmueble. Pero una interpretación más detenida, que repare en la naturaleza de estos créditos, nacidos todos a partir de la creación del sistema de propiedad horizontal ya que son inescindibles de él, nos lleva a concluir que cualquiera sea la fecha de la afectación como bien de familia, siempre le ha precedido la inscripción bajo el régimen de propiedad horizontal. Y de esta primera inscripción se generan —por su previsión en el mismo Reglamento de Copropiedad y Administración que se registra— las expensas comunes de cada integrante del edificio, cualquiera sea la fecha concreta de las devengadas en cada oportunidad. Son de la naturaleza misma del régimen de horizontalidad, y no es dable admitir que luego se pretenda eludir su cumplimiento a través de la constitución —que siempre será posterior al nacimiento del sistema— de las distintas unidades como bien de familia. Así lo ha resuelto el buen criterio de nuestros tribunales, con el apoyo de la doctrina nacional (Cám. Civ. Cap. Sala B: 30-5-72; Guastavino; Racciatí, Hernán).

2. EXCEPCIONES.

La regla general de inembargabilidad por los créditos nacidos con posterioridad a la inscripción del inmueble en el Registro como bien de familia, reconoce tres excepciones, previstas en el mismo artículo 38:

- 1) Créditos provenientes de “impuestos o tasas que gravan directamente el inmueble”;
- 2) Créditos derivados de “gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37”; y
- 3) Créditos nacidos con motivo de “construcción o mejoras introducidas en la finca”.

En todos estos casos, la fecha del nacimiento de los créditos es irrelevante, siendo *siempre* ejecutables sobre el bien de familia.

3. FRUTOS Y PRODUCTOS.

El artículo 39 de la ley 14.394 establece que “serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos”.

De modo que por regla general, el 50 % de los frutos es inembargable, pero excepcionalmente este porcentaje puede aumentar hasta el 100 % si se demuestra que es necesario en dicha medida para satisfacer las necesidades de la familia.

Los productos, por definición, resultan ser inembargables.

4. FALTA DE SUBROGACIÓN REAL.

El inmueble sujeto al régimen en estudio, podría sufrir una destrucción o incendio que dé lugar al pago de un seguro; o someterse a una expropiación por causa de utilidad pública, o ser necesaria su venta para reemplazarlo por otro que satisfaga mejor las necesidades de la familia.

En ninguno de estos supuestos la suma de dinero que reemplaza al inmueble mismo —premio del seguro, indemnización de la expropiación, o precio de la venta— goza de inembargabilidad. Es lamentable que no se haya previsto en la ley la subrogación real que hubiera permitido la continuidad de la protección de la familia durante el tiempo corrido entre la realización del inmueble afectado y su sustitución por otro.

III. Indisponibilidad.

1. Dado que el bien de familia está fuera de comercio, el mismo es inalienable. No puede ser transferido por voluntad de su titular, sea por actos entre vivos o mortis causa, sea a título gratuito u oneroso.

Así, no puede ser objeto de venta, donación, permuta, dación en pago, renuncia, legado ni mejora testamentaria. Es presupuesto

necesario para la realización de cualquier acto de disposición, la previa desafectación del inmueble de su carácter de bien de familia.

2. El único caso en el que se produce un cambio de titular en el derecho de dominio sobre el bien de familia ya constituido, sin que medie previa desafectación y en el que, por el contrario, el inmueble continúa bajo la protección del régimen, es en la transmisión por causa de muerte cumplida según las normas de las sucesiones intestadas, sin disposición alguna por parte del causante que configure un legado ni una mejora para el heredero. Este es el modo, además, de asegurar la protección al núcleo familiar más allá de la vida del constituyente, siempre que se mantengan las condiciones básicas que justifican la figura (vivienda propia y/o sustento familiar, etc.).

3. Dentro de la categoría de actos de disposición, corresponde el tratamiento de la constitución de gravámenes sobre el inmueble a los que refiere el artículo 37 de la ley 14.394. Ocurre que la afectación, cuyo efecto inmediato es el de la inembargabilidad de la cosa por las deudas contraídas con posterioridad, suele ocasionar a su constituyente la imposibilidad de obtener nuevos créditos —especialmente de las entidades bancarias o financieras— dado que ha disminuido notoriamente su patrimonio a los efectos de la garantía que éste representa para los acreedores en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Ello justifica la norma del artículo 37, que permite —a pesar del principio general de indisponibilidad—, *gravar* el bien de familia con el único requisito de contar con la “conformidad del cónyuge” y “si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

Es de destacar el cuidado del legislador en este tema, al exigir la intervención del cónyuge del constituyente, o en su defecto la del juez para autorizar este acto de enajenación —generalmente una hipoteca para obtener un crédito en dinero—, en momentos en los que aún regían los artículos 1276 y 1277 originarios del Código Civil, sin la fundamental reforma que se introdujo recién en 1968.

4. EFECTOS DE UNA DISPOSICIÓN PROHIBIDA.

El texto del artículo 37, en su primera parte, define la incapacidad del constituyente para la realización de actos de disposición sobre el bien de familia, prohibiéndoselos expresamente. Por lo que los actos realizados en violación a este precepto, encuadran en la nulidad prevista en los artículos 1043 y 1044 del Código Civil. El objeto prohibido, y el orden público interesado dada la protección legal a la familia, avalan el carácter de nulidad absoluta de este supuesto, lo que permite que sea declarada de oficio, y la acción sea irrenunciable e imprescriptible.

Sin embargo, el mismo autor del acto prohibido no podría luego pedir la declaración de nulidad, por aplicación del artículo 1047, "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba", quedando reservado el ejercicio de la acción de nulidad a los beneficiarios del bien de familia, al Ministerio Público, y al juez, quien deberá proceder aun de oficio ante la manifiesta nulidad.

5. ENAJENACIÓN COMPULSIVA.

Hay, sin embargo, tres supuestos que permiten la transmisión forzosa del inmueble inscripto como bien de familia, provocando en todos ellos: primero la desafectación y luego la transferencia (artículo 49, inc. e, de la ley en estudio).

- a) Expropiación por causa de utilidad pública. El interés general justifica su preferencia al derecho del núcleo particular protegido;
- b) Reivindicación del inmueble por un tercero. Triunfante la acción de reivindicación, y demostrado así el mejor derecho del tercero, se destruye el presupuesto básico de la titularidad del dominio en cabeza del constituyente, que dio lugar a la afectación, y el bien debe ser devuelto a su legítimo dueño;
- c) Venta judicial "decretada en ejecución autorizada por esta ley". Son los casos de venta ordenada judicialmente por incumplimiento de: 1) las obligaciones contraídas antes de la inscripción registral como bien de familia; y 2) las contraídas con posterioridad y que correspondan a las previstas en el artículo 38 de esta ley.

IV. Eximiciones impositivas y otros beneficios.

El artículo 40 de la ley 14.394 dispone que “El bien de familia estará exento del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el artículo 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión”.

Según este texto, los requisitos a reunir deben ser:

1) Que el bien de familia sea recibido por el cónyuge y/o los parientes nombrados en el artículo 36; y 2) Que no sea desafectado sino hasta después de transcurridos cinco años desde la muerte del causante.

Esta exención del pago del impuesto a la transmisión gratuita obliga a idéntica regulación por parte de las provincias.

Pero actualmente no tiene el carácter de excepción que le dio el legislador, dado que por aplicación de la ley nacional 21.282/76 se halla suspendido en todo el país el impuesto a todas las transmisiones gratuitas de bienes, con efecto retroactivo al 1º de enero de 1974 (arts. 18, 19 y 20 de la citada ley).

Asimismo, el trámite de afectación está exento del “impuesto de sellos, de derechos de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales” (artículo 46, ley 14.394). Puede ser realizado personalmente por el constituyente, sin intervención de profesional alguno, y “la autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del bien de familia”. Pero, “si ello no obstante, los interesados desearan la intervención de profesionales, los honorarios de éstos no podrán exceder, en conjunto, del 1 % de la valuación fiscal del inmueble para el pago de la contribución territorial” (art. 47).

No hay, en cambio, exención para el pago de los impuestos, tasas y otros gravámenes que pesen directamente sobre el inmueble, los que además son ejecutables sobre el bien de familia, cualquiera sea su fecha de origen (art. 38).

V. Administración.

En general, son aplicables al bien de familia las normas de administración comunes a quienes son titulares de dominios no restringidos, ya que la ley 14.394 no trae normas especiales al respecto.

Pero hay ciertos actos que, siendo normales en una administración común, resultan altamente cuestionables en este caso por los fines perseguidos por la institución. Así, por ejemplo, la locación del bien de familia. Dado el precepto del artículo 41 de la ley especial, evidentemente el inmueble alquilado no sirve para la vivienda de la familia, y difícilmente pueda aceptarse que el arrendamiento sea una forma de explotación por cuenta propia.

Norberto José Novellino, en su obra *Nuevas leyes de familia* (1955), se ha pronunciado por la aceptación de la locación del bien de familia, urbano o rural, como modo de "explotación por cuenta propia". Sin embargo, creemos más acertado el mesurado criterio del doctor Elías P. Guastavino, quien no vacila en considerar que una vez constituido el bien de familia pueden presentarse situaciones en que sea admisible la "autorización de su arrendamiento en forma temporaria y excepcional" (*obra citada*, pág. 304). Y ejemplifica con el caso de inmuebles que, sin exceder las previsiones de la ley 14.394 pueden ser explotados como hoteles, pensiones u hospedajes, directamente por el propietario y su familia. Y aun admite la autorización de un arrendamiento parcial o transitorio si hay causas justificadas que permitan al propietario no residir en el inmueble. Pero nunca como una posibilidad genérica, que dejaría muertos la letra y el espíritu de los artículos 34 y 41 de la ley.

VI. Régimen sucesorio.

Varias son las disposiciones de interés sucesorio de la ley 14.394, en su capítulo V:

1. El bien de familia no puede ser objeto de mejoras ni legados testamentarios (visto ut-supra III - 1 y 2).
2. El bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita de bienes (art. 40), con tal que se reúnan los requisitos allí exigidos.

3. "En los juicios referentes a la transmisión hereditaria del bien de familia, los honorarios de los profesionales intervinientes no podrán superar al 3 % de la valuación fiscal, rigiéndose por los principios generales la regulación referente a los demás bienes" (art. 48).
4. El bien de familia puede ser constituido por testamento (artículos 44 y 49, inc. b), pero la voluntad del testador debe ser complementada con la del cónyuge supérstite o en su defecto la de la mayoría de los herederos, ya que el juez de la sucesión ordenará la inscripción en el Registro luego del "pedido" de uno de ellos, y cuando estuvieren reunidos los requisitos previstos por la ley (art. 44).
5. El bien de familia puede desafectarse "a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando . . . se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar" (art. 49, inc. b).

Por último, la transmisión *mortis causa* configura —como hemos dicho antes— la única excepción a la traslación de dominio del bien de familia sin que le preceda ni ella provoque su desafectación.

F. DESAFECTACION

Consiste en la cancelación registral del carácter de bien de familia, que puede ocurrir ante cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 49. Antes de entrar al análisis de cada uno, conviene recordar que no hay ninguno que opere automáticamente.

Aunque no sea la terminología de la ley, las causales de desafectación pueden clasificarse en voluntarias o forzosas.

I. Los primeros incisos del artículo 49 prevén las del primer tipo, a saber:

- 1º) Cancelación "a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge". Esta conformidad, no requerida por la ley

14.394 para obtener la afectación (sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 17.711), es exigida para la desafectación, ya que implica el retiro de la cobertura protectora a que estaba acogido el inmueble.

La ausencia o incapacidad del cónyuge, puede ser suplida por la autorización judicial, "siempre que el interés familiar no resulte comprometido". No parece permitido, en cambio, el reemplazo de la oposición del cónyuge por la orden judicial, de modo que en tal supuesto no sería viable la desafectación conforme al texto de la ley 14.394. Sin embargo, atento a la actual redacción del artículo 1277 del Código Civil, también la oposición del cónyuge puede salvarse a través de la autorización judicial.

2º) Cancelación "a solicitud de la mayoría de los herederos... El juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar". Si existen incapaces, será parte necesaria en el trámite respectivo, el Ministerio Público de Menores (art. 59 del C. Civil).

3º) "A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hubiere condominio, computada en proporción a sus respectivas partes". Mientras el artículo 43 en su última parte, exige unanimidad de los condóminos para afectar el inmueble, este inciso c) del artículo 49 sólo pide la mayoría de capital para obtener la desafectación.

Dado que la trascendencia del acto de desafectación lo caracteriza también como de disposición —a semejanza del acto de afectación—, es válido lo que antes hemos dicho en torno a la capacidad requerida para su autor. Pero en este caso especial de condominio, la norma comentada configura una verdadera excepción al artículo 2680 del Código Civil, en cuanto no requiere la decisión unánime de los copartícipes sino sólo la de la mayoría computada por valor o capital.

II. Los dos incisos restantes del artículo 49 de la ley 14.394 prevén causales forzosas de desafectación:

- 1º) “De oficio o a instancia de cualquier interesado” cuando no subsistan los requisitos básicos que dieron lugar a la constitución del régimen. Indudablemente, todos los que tengan interés en que el bien vuelva al comercio, y con ello recobre sus caracteres de embargabilidad y libre disponibilidad, están legitimados para pedir su desafectación cuando el inmueble ya no cumple la función de vivienda o sustento familiar, o no es explotado por el propietario o su familia, o excede los valores máximos permitidos por la reglamentación, o no hay grupo familiar para proteger.
- 2º) Este último inciso del artículo 49 contempla los casos de desafectación por transmisión forzosa —ya vistas— y además la posibilidad de la sustracción al régimen protector cuando exista “causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente”. Puede ejemplificarse este supuesto cuando se realice una explotación irracional o antieconómica del bien; cuando no se cumpla con la obligación alimentaria a los parientes que marca la ley; o cuando los frutos obtenidos no sean utilizados para el sustento familiar.

En éste, como en todos los casos en que no se cumplan los fines previstos por el legislador, orientado permanentemente a la protección de la familia, pierde sentido el reconocimiento de un sistema de excepción que sólo ella justifica frente a la limitación de otros derechos, y a las consecuencias jurídicas de la talla a que hemos ido haciendo referencia en el curso de este tema.