

# CONSTITUCION, AFECTACION Y DESAFECTACION (apuntes a propósito del bien de familia)<sup>51</sup>

POR FEDERICO J. CAUSSE y ARIEL R. TESEI

## SUMARIO

I. Preliminar. II. La afectación. III. Algunos supuestos y propuesta. IV. El tráfico inscriptorio. V. Constitución del gravamen hipotecario y la innecesaria desafectación. VI. La desafectación al solo efecto VI. Una precisión.

### I. PRELIMINAR

En materia de bien de familia, el concepto "afectación" adquiere singular implicancia en tanto que desde él se interpreta el acto de atribución que sujeta al bien, sus titulares y a la comunidad toda al régimen normado por la ley 14394 (arts. 34/50).

Para el análisis que haremos más abajo, partimos del propio texto de la ley citada, que en su art. 35 expresa: "La constitución del <bien de familia> produce efecto a partir de su inscripción en el registro inmobiliaria correspondiente".

### II. LA AFECTACION

La inscripción de regímenes como éste, no es una exigencia universal en nuestro medio.<sup>52</sup>

Sin perjuicio de ello, creemos que el mecanismo previsto por la ley 14394 es el que mayores garantías ofrece. Todo ello en favor del propio sistema y de la comunidad que es a quien se lo refleja<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Especial para Revista del Notariado.

<sup>52</sup> Consúltese, en este sentido, la descripción que efectúa sobre el particular Kemelmajer de Carlucci en Protección jurídica de la vivienda familiar, pág. 62, Ed. Hammurabi.

<sup>53</sup> Ejemplo de sistemas paralelos pueden observarse de la cita que a continuación se transcribe: "La presunción de la ley 8067 de considerar inscripto en forma automática y en las condiciones que exige, como <bien de familia> a la vivienda única, es insostenible, desde que la certeza acerca de la situación del deudor y su patrimonio sólo puede conocerse recién después de producida la búsqueda en los asientos registrales en los que deben constar, para causar adecuadamente los efectos jurídicos, los documentos a los que se refieren los arts. 1184, inc. 1º y 8º y 2505 del Cód. Civil y 2º de la ley 17801 (C3a. CC. Córdoba, agosto 17-1994, "Bco. Crédito Coop. Ltda. c/Charcas, Luis M.", LLC, 1994-782)".

Corresponde señalar, de sostenerse que la afectación refiere a una situación jurídica inscrita, que se han consumado en el trámite dos etapas, a saber la constitución propiamente dicha, y la inscripción.

Pese a que indicamos la existencia de dos etapas, cierto es que con la expresión de voluntad tendiente a lograr la afectación, el bien todavía no se halla afectado al régimen analizado. Véase, en este sentido, la propia redacción del art. 35, que explica claramente: "La constitución del <bien de familia> produce efecto a partir de su inscripción...".

Entonces, como se recordará, el pedido de afectación, puede derivar de la voluntad del constituyente expresada en acta notarial, acta administrativa o por orden judicial. Este presupuesto, para someter el bien al régimen aludido, constituye un recaudo esencial que, a su vez, justifica la inscripción pertinente (segunda y última fase o etapa). Siendo así, ya sea que la causa de la "rogación" fuere: a) la voluntad expresada ante el notario o b) la expresada ante la autoridad administrativa del Registro, no dudamos en disociarla del acto de inscripción propiamente dicho.

En apoyo de distinguir estos dos segmentos (constitución e inscripción), citamos al propio texto de la ley 14394. Esta, en el art. 54 referido a la indivisión hereditaria, establece que ella "no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo"<sup>54</sup>.

Puede citarse como dato de interés que, para algunos autores, sin la segunda etapa la normativa aplicable surte igualmente algunos efectos. Explica, para el caso, García Coni<sup>55</sup>: "La constitución del bien de familia produce cuatro efectos diferenciados, y pese a la incorrecta redacción del art. 35, sólo uno de ellos (la inembargabilidad) se produce a partir de su inscripción en el Registro inmobiliario pertinente".

---

<sup>54</sup> Consúltase análisis efectuado por H. N. Barrionuevo en "Derecho real de habitación del cónyuge supérstite", LL. 1977-A, pág.720.

<sup>55</sup> García Coni, Raúl R., en nota a fallo, CNCiv., Sala B, autos "C.J.M.A. c/S. de C., A. L.", Rev. del Notariado, N0 810, págs. 1060 y sigtes. A continuación agrega: "Los otros efectos (art. 37: consentimiento conyugal, hoy extendido a otros supuestos por el art. 1277, Cód. Civil; arts. 40 y 46: exención impositiva y arts. 47 y 48: rebaja arancelaria) son autónomos con respecto a la inscripción, la que puede hacerse con mucha posterioridad si la constitución se hace por testamento (art. 44, ley cit.). Agregamos nosotros que resulta cierto que, desde el supuesto contenido en el art. 44 (por testamento), puedan plantearse cuestiones vinculadas con los efectos del bien de familia sin inscripción mediante. Por ejemplo, la exención del pago de impuesto -hoy suspendida ley 21282- o la rebaja arancelaria, por la que se hallaría disminuido el honorario de quien interviniera como profesional en la actuación sucesoria".

Aún cuando el valor de tal precisión doctrinaria no encuentre, en la práctica, situaciones que la comprueben (podría invocarse como fundamento en contra que dicha constitución sería inoponible desde que bien podría el propietario realizar cualquier acto de disposición sobre el inmueble sin provocar la previa desafectación), cierto es que esta distinción alerta sobre qué interpretación debe darse a supuestos de conflicto ocurridos entre la manifestación de voluntad tendiente a la constitución y la inscripción misma.

Ha tenido nuestro más Alto Tribunal oportunidad de expedirse sobre el punto, al entender que: "La decisión de hacer surtir efectos a la constitución del bien de familia solamente a partir del momento de su inscripción, no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa. Ello es así porque, si bien el art. 35 de la ley 14394 dispone que <los efectos se producen a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente>, una correcta armonización de las normas en juego permite interpretar que la aludida inscripción es consecuencia de un procedimiento previo que también es oponible a terceros arts. 50, 90, inc.b; 17, 18, 19, 24, 25, 26, 40 de la ley 17801)..."<sup>56</sup>

### III. ALGUNOS SUPUESTOS Y PROPUESTA

Puede ocurrir que, entre la constitución y la inscripción, haya el registrador tornado conocimiento de una rogación tendiente a la traba de alguna medida cautelar.

Otro es el supuesto en el que, ingresado un documento en legal forma a registración con objeto de venta (prioridad aplicable) juntamente con la constitución del bien de familia (formalizado en el mismo instrumento), sólo el primer acto sea oponible desde de su otorgamiento, obteniendo el segundo, para su oponibilidad, la fecha de la presentación, al quedar así el lapso entre el otorgamiento y la presentación a expensas de que dentro del mismo no se origine la causa de una obligación, desde la cual llegar a la ejecución del bien.

Sin embargo, entendemos que los supuestos enumerados en el presente punto deben ser resueltos teniendo por fecha de afectación la de su inscripción. De otro modo, podrían suceder innumerables casos en los que la constitución perjudicará innecesariamente al

---

<sup>56</sup> CS. septiembre 10-1985, "Carrizo, José A., incidente de levantamiento de embargo en autos "Rodríguez, Armando c/ Carrizo, José A.", ED. 115-579

mismo sistema (en caso de asignarle a la expresión de voluntad tendiente a lograr la afectación, efectos publicitarios propios).

A idéntica solución debe arribarse en la hipótesis en que la constitución se solicite administrativamente en la oficina de "Bien de Familia", caso en el que -como se sabe- el propio ente acuerda fecha para una audiencia ha de celebrarse con posterioridad. Adviértase, en tal sentido, que en oportunidad de concurrir algún interesado a las dependencias del Registro de esta ciudad, la oficina respectiva toma nota de la solicitud (la que lleva implícita una rogación ya que como consecuencia de ella, internamente el ente gestiona el pedido de informe sobre el folio).

De promoverse una reforma al régimen del bien de familia, proponemos se reforme el art. 35 o el que haga sus veces, de modo tal que quede expreso que la constitución quedará formalizada con la inscripción.

#### IV. EL TRAFICO INSCRIPTORIO

En mérito a circunstancias de índole económico-jurídicas, se advierte en estos tiempos la proliferación de negocios con garantía hipotecaria, los que como lógico corolario imponen su registración.

A su turno, puede ocurrir -y ocurre- que algunas de estas inscripciones deban enfrentarse, cuando el negocio se gesta, al hecho de que el bien se halla afectado al régimen de bien de familia arts. 34/50, ley 14394).

En lo que a la registración del gravamen real en las circunstancias aludidas importa, obvio es destacar que su constitución no se halla impedida por la afectación a la que se encuentra el inmueble sujeta.

Consecuencia ésta que resulta no sin apoyo del texto legal ya que el art.

37 prevé que: "El <bien de familia> no podrá ser enajenado ni objeto de legado o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opusiere, faltare a fuere incapaz, sólo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia". Se ve, en esta norma, que la ley no prohíbe tal constitución (la de la hipoteca). Ergo, tampoco se impide su inscripción.

Nótese que en el conflicto entre el titular del bien y el acreedor hipotecario, pese a haberse constituido el gravamen con posterioridad

a la afectación, nada se opone a que el beneficio del régimen tuitivo ceda en favor del acreedor hipotecario, el que no tendrá obstáculo en su ejecución.

Así, cuando el citado acreedor intente anotar un embargo desde el proceso de ejecución de hipoteca, podría hacerlo sin obstáculo toda vez que el art. 38 (ley cit.) admite su traba siendo que, como en el caso, se trata de gravámenes constituidos con arreglo al art.37 (ley cit.). Igualmente quedan afectados a la ejecución los costos y gastos provenientes del incumplimiento, a los que tampoco alcanza la protección del bien de familia (arg. art. 3111, Cód. Civil).

## V. LA CONSTITUCION DEL GRAVAMEN Y LA INNECESARIA DESAFECTACION

El art. 49 (ley cit.) prevé los supuestos de desafectación.

En el inc. a), refiere a la desafectación a instancia del propietario, con la conformidad de su cónyuge; a falta del cónyuge, o si éste fuere incapaz, se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido.

Anotamos aquí, pese a sus conocidas implicancias, que la afectación del bien de familia no tiene por naturaleza la de un acto de disposición. Por ejemplo no se requiere el asentimiento del cónyuge no titular para la constitución, ni se autoriza a éste a exigirla si se trata de un inmueble de la sociedad conyugal, cuya administración corresponde al otro<sup>57</sup>. Pero cuando, como en la especie, la ley requiere la conformidad del restante cónyuge para su desafectación, su anuencia resulta imprescindible sea o no un bien de carácter propio del constituyente.

El inc. b) trata de la desafectación solicitada por la mayoría de los herederos, constituido el régimen por testamento.

Este supuesto normalmente no acarreará inconvenientes, ya que la propia autoridad judicial será la encargada de dilucidar la eventual controversia, ello por expreso mandato de la citada ley 14394.

A requerimiento de la mayoría de los condóminos, refiere el inc. c) que,

---

<sup>57</sup> CNCivil en pleno, "C. de M., R.I. c/M., H.M.", 8/3/68. ED, 22. pág. 102; LL. 130-218; JA. 168-III-95; conc. art. 34, ley 14394.

al igual que el anterior supuesto, no tiene en principio una práctica conflictiva.<sup>58</sup>

El inc. d) admite la desafectación de oficio, a instancia de cualquier interesado si no subsistieren los recaudos por los que se admitió la constitución o hubieren fallecido todos los beneficiados.

Y por último, en los casos de expropiación, reivindicación, venta judicial o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente (inc. e).

A la vista de estos supuestos podemos, pues, afirmar que la desafectación solo procede en los casos en que cualquiera de las circunstancias apuntadas así la autorizan.

Sin embargo, en el supuesto cuyo análisis tratáramos como subtítulo, pueden observarse algunas variantes que, al no ser reconocidas por la ley, traen aparejadas consecuencias contrarias al interés tutelado por la propia norma.

## VI. LA DESAFECTACION "AL SOLO EFECTO"

Para constituir el gravamen real sobre un bien afectado a la ley 14394, y lograr su inscripción, el texto analizado no ofrece obstáculo. Como se dijo, nada impide al titular (cumpliendo los recaudos del caso) poder constituir la hipoteca.

Siendo así, no provocará la desafectación del bien de familia. Sin embargo, ocurre a veces que en el instrumento por el que se constituye la hipoteca, se solicita así mismo la desafectación del bien al régimen. Para ello se consigna que: .... .en lo referente al bien de familia, el o los titulares renuncian a los beneficios que dicha ley les acuerda, pero sólo respecto de la constitución de la presente hipoteca" o, en otras palabras, "la desafectación, es al solo efecto del presente gravamen".

Esta modalidad, que no por poco extendida constituye un riesgo que cabe analizar, lleva a innumerables consecuencias no queridas por el titular del bien.

Veamos. De la ley 14394 no surge la figura de la desafectación "al solo efecto", sea en esta variante o en otra similar. Por lo que se

---

<sup>58</sup> Advertimos que una futura reforma debiera resolver normativamente la procedencia de exigir conformidad a los cónyuges no propietarios de los condóminos en el pedido de desafectación. Tal solución debiera considerar el carácter tuitivo del régimen.

analizara en el punto anterior, las causales de desafectación son enumeradas taxativamente.

¿Cómo interpretar entonces la desafectación "al solo efecto"? Recurriendo a la normativa aplicable y al mismo texto de la ley registral, es legítimo que el registrador observe la rogación, en mérito a no encontrarse contemplada en la ley. Por lo que se demoraría así injustificadamente la inscripción del gravamen mismo, dado que de él habrá de tomarse razón, aclarada previamente la situación respecto de la afectación misma del bien de familia.

## VII. UNA PRECISION

Por los términos con los que nos hallamos en la especie analizada, es necesario formular una precisión.

Que la ley no exija la desafectación del bien de familia, no significa que tal situación pueda no quedar referenciada por el autorizante en la escritura de constitución del gravamen hipotecario.

En efecto, ya sea por el interés del acreedor hipotecario en querer dejar asentado que el régimen de la ley 14394 no lo alcanza, ya por la necesidad que tiene el notario de dejar asentada la situación jurídica del inmueble, es imprescindible su mención en el acto. Deberá el notario, entonces, expresar que el bien se halla afectado como bien de familia.

Tal particularidad obliga, por consecuencia, a optar entre: 1) por desafectar en todos sus efectos el bien de familia o 2) la de continuar gozando con los beneficios que la ley acuerda, quedando cualquier manifestación del autorizante encauzada en tales lineamientos.

Así, de las opciones vistas, el notario deberá receptar la voluntad de las partes del negocio, manifestándola de modo tal de evitar su errónea instrumentación. Con ello, el riesgo de que la rogación sea observada innecesariamente. Consecuentemente, se beneficiaría el sistema al asegurar un trámite sin demoras en la registración del documento.

## DONACION AL HIJO Y FALLECIMIENTO DE LOS PADRES