

## El bien de familia frente a los condóminos convivientes que no son cónyuges\*

Gabriel A. Fuster

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El caso. 3. Análisis crítico de la argumentación del fallo. 4. Nuestra opinión. 5. La salida *intra legem*. 6. Algunas consideraciones sobre la indiligencia y la indigencia argumentales de algunos fallos. 7. Algunas breves consideraciones finales respecto del principio de no discriminación y el régimen de bien de familia. 8. Una breve reflexión sobre el régimen de bien de familia y la Ley 26.618. 9. Conclusiones.

### 1. Introducción

El instituto jurídico del bien de familia ha sido objeto de arduos debates doctrinarios, los que, a nuestro entender, no han terminado, y que –si alguna duda cabía al respecto– han sido puestos nuevamente sobre el tapete a la luz de la sanción de la denominada Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo: Ley 26.618<sup>1</sup>.

Sin embargo, es menester destacar que una figura jurídica tan compleja como la que nos convoca ofrece un abanico muy amplio de aspectos a ser analizados, razón por la cual nos centraremos tan solo en uno de ellos, a saber: *la posibilidad de constitución del bien de familia por parte de condóminos convivientes (concubinos) que no son cónyuges y que tienen al menos un hijo en común*.

A modo de adelanto, queremos expresar que aplaudimos la decisión final del fallo, pues consideramos que el tribunal busca una solución justa al caso controvertido, que, a la postre, resulta ser la función propia de todo juez: *hacer justicia en el caso concreto*.

Pero lo hace a través de un decisorio que adolece de fisuras argumentales que desmerecen el fallo –al carecer de una fundamentación sólida y consistente– y lo vuelven criticable.

### 2. El caso<sup>2</sup>

En el caso en crisis, la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, interviniente<sup>3</sup>, resolvió revocar la

\* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, año LXXIV, n° 229, 2/12/2010, pp. 4-8.

1. B. O. del 22/7/2010.

2. Ver CNCiv., Sala H, 28/5/2010, en autos “Marchetti, Máximo Victorio y Vázquez, Adriana Lidia c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ recurso”, *La Ley*, 29/7/2010, pp. 7-8.

3. Más precisamente, la Excma. CNCiv., Sala H, en su actual integración: doctores Jorge A. Mayo, Claudio M. Kiper y Liliana E. Abreut de Begher.

decisión del director del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal y –en consecuencia– disponer la afectación del inmueble de propiedad de los señores Adriana Lidia Vázquez y Máximo Victorio Marchetti al régimen de bien de familia.

Quizás, todo el caso pueda resumirse en los párrafos del propio fallo anotado, en el que el primer vocal opinante expresa:

De las constancias obrantes en autos surge que los condóminos Máximo Victorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez –que, según sus dichos, conviven de hecho desde hace 15 años– intentaron afectar el inmueble sito en la calle Av. Martín García 602/14 UF 32 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires como bien de familia ante el Registro de la Propiedad Inmueble, designando como beneficiaria a su hija menor, Luisina Marchetti, de 12 años de edad, tal como surge de la partida de nacimiento que obra a fojas 64. El Registro de la Propiedad Inmueble resolvió denegar el pedido de afectación del inmueble como bien de familia, en razón de que los condóminos no cumplían con los requisitos que prevé el artículo 36 de la Ley 14.394 (ver fojas 41/2 y fojas 51/6). [sic. Del voto del doctor Jorge Alberto Mayo].

### 3. Análisis crítico de la argumentación del fallo

El presente fallo despierta nuestro interés, toda vez que se advierte en el decisorio una determinada interpretación de la normativa regulatoria del régimen de bien de familia frente al caso planteado que se ha fundado en ciertos y determinados argumentos, que amerita un análisis crítico.

En efecto, se ha optado por una *interpretación amplia* fundada en razones de justicia y equidad que –a su vez– encuentran sustento en el carácter protectorio o tutelar del régimen de bien de familia.

Ahora bien, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿es pertinente la interpretación amplia o es menester una interpretación restrictiva de la ley de rigor en materia de bien de familia (Ley 14.394 [*Adla*, XIV-A, 237]<sup>4</sup>)?

Seguidamente, habremos de exponer ambos caminos: el seguido por los sentenciantes y el omitido por estos.

#### 3.1. *La interpretación amplia y el camino elegido*

En el fallo anotado, se advierte que, frente al caso que nos convoca, el tribunal competente muestra y desarrolla una serie de ar-

4. B. O. del 30/12/1954.

gumentos relevantes, pero omite analizar otros tan importantes como los primeros. Y decimos *tan importantes* pues su entidad se pone en evidencia cuando se advierte que los argumentos *desconsiderados* se contradicen con los esgrimidos.

En efecto, señala el doctor Jorge Alberto Mayo –en un argumento que podemos calificar de finalista– lo siguiente:

En efecto, la Ley 14.394, que regula el “bien de familia” tiene por finalidad la protección del núcleo familiar, que no necesariamente debe estar constituido por 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].

Y, a su tiempo, el mismo doctor Jorge Alberto Mayo agrega:

La razón de una interpretación amplia del artículo 43, como la que se propugna, está dada en la justicia de la solución al caso concreto de los constituyentes condóminos que, sin reunir un vínculo de parentesco y sin resultar cónyuges, deciden afectar el inmueble como bien de familia en beneficio de su hija menor. [El destacado nos pertenece].

Para, finalmente, concluir:

La equidad en nuestro ordenamiento jurídico no constituye una fuente de derecho, sino que, por el contrario, es un criterio de interpretación razonado de la ley en determinados supuestos también de decisión. En efecto, el carácter general y abstracto de toda norma jurídica impide la previsión de todas las situaciones posibles, motivo por el cual la equidad tiende a interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea, a fin de lograr la justicia del caso particular. [El destacado nos pertenece].

### 3.2. La interpretación restringida y el argumento ausente

En el decisorio anotado, no aparece ni mencionado siquiera lo que deviene en un argumento fundamental: *el carácter de excepción del régimen de bien de familia y su necesaria interpretación restrictiva*.

A nuestro entender, la resolución judicial adolece de un argumento esencial que no puede ser dejado de considerar, a fin

de lograr un fallo sólido y consistente desde el punto de vista argumental, más allá de la declamación en sentido contrario que realizan los doctores Claudio Marcelo Kiper y Liliana E. Abreut de Begher cuando –respectivamente– expresan: “*En primer término, debo señalar que comparto los sólidos argumentos expuestos por mi colega en el voto que antecede [...]*” (sic) [El destacado nos pertenece]. (Voto del doctor Claudio Marcelo Kiper). “*Me adhiero a los sólidos fundamentos esgrimidos por mis distinguidos colegas en los votos que anteceden*” (sic) [El destacado nos pertenece]. (Voto de la doctora Liliana E. Abreut de Begher).

En efecto, el mismo finca en que estamos ante un régimen de excepción a la regla de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores y que –en consecuencia– amerita –dado su carácter excepcional– una interpretación rigurosa y restrictiva.

Por lo tanto, en *el camino elegido* por los sentenciantes, debió tratarse –al menos para echarlo por tierra– *el argumento omitido*, lo que no ha sido realizado y es el motivo central de nuestra crítica.

Seguidamente, y bajo el acápite “Nuestra opinión”, desarrollaremos nuestros argumentos críticos sobre el fallo bajo estudio.

## 4. Nuestra opinión

### 4.1. Algunas consideraciones en torno a nuestra concepción del patrimonio

Ha sido objeto de estudio por parte de los juristas y ha gestado diversas opiniones doctrinarias el determinar cuál es la verdadera concepción del patrimonio de una persona.

Así, se ha indagado acerca de si el patrimonio de una persona se compone solo de cosas o si —aparte de ellas— también se conforma de bienes (en sentido estricto)<sup>5</sup>.

Nosotros hemos dado en llamar a la postura que entiende que el patrimonio de una persona se compone de cosas: *concepción materialista* del patrimonio, que, en palabras de Buteler Cáceres<sup>6</sup>, se denomina *concepción finalista del patrimonio*<sup>7</sup>.

Muy por el contrario, denominamos *concepción humanista* del patrimonio a la que entiende que el patrimonio de una persona se conforma de cosas y de bienes (en sentido estricto), no-

5. Ver BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de derecho civil. Parte general*, Advocatus, pp. 191-192, 3ª edición actualizada con las leyes 23.264 y 23.515 (incluye Proyecto de Unificación).

6. *Ibidem*, p. 192.

7. “[...] ese concepto nuevo, contemporáneo, el de patrimonio-fin, o, si se quiere, el patrimonio es lo que es, vale decir, un conjunto de bienes afectados a un fin jurídico. Si ello es así, si el patrimonio es un conjunto de bienes afectado a un fin jurídico, no es exacto que no pueda haber persona sin patrimonio. El que carece en absoluto de bienes no tiene patrimonio [...]” (*loc. cit.*).

8. Ver AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de droit civil français*, París, Marchard-Billard, 1868-1878, 4ª ed.

9. Ver LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, J., *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, t. IV-A, “Derechos reales. Artículos 2311 a 2755”, p. 13.

10. *Loc. cit.*

11. “Nuestro Codificador y las normas del Código Civil se han adscripto sin duda al criterio de que el patrimonio es un atributo de la persona y, por ende, está ligado inescindiblemente con ella. La base filosófica se debe a Aubry y Rau, juristas franceses que elaboraron con toda precisión la teoría del patrimonio, como concepto ideal y jurídico, considerándolo un aspecto de la personalidad” (ver CIFUENTES, José S., *Elementos de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1991, 2ª edición ampliada y actualizada, pp. 121-122).

12. Ver nota extendida en p. 159.

13. Es decir, los bienes en sentido estricto.

14. Conforme lo prescripto por el artículo 2311 del Código de Vélez.

ción que el maestro Buteler Cáceres ha denominado *concepción metafísica del patrimonio*.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia y la razón de semejante distinción? O –dicho en otros términos– ¿qué efectos jurídicos produce tal diferenciación?

Pues, si adscribimos a la postura *materialista* del patrimonio, concebiremos este como un mero conjunto de cosas de las que una persona puede carecer, y –en consecuencia– adolecer de patrimonio.

Ello, a su vez, influirá también en la noción de herencia adoptada, la que será entendida como el conjunto de cosas de una persona una vez deducidas sus deudas.

Muy por el contrario, si concebimos el patrimonio como un *atributo de la personalidad* (Aubry y Rau<sup>8</sup>, Llambías<sup>9</sup>, Alterini<sup>10</sup>, Cifuentes<sup>11</sup>, Musto<sup>12</sup>), pues entonces la herencia se compondrá de los derechos activos y pasivos, es decir, de los créditos y las deudas, lo que supondría una *espiritualización* de la noción de patrimonio, y —en consecuencia— no habrá persona sin patrimonio.

En resumen, si el patrimonio se compone solo de cosas (*concepción materialista*), el mismo no es un atributo de la personalidad y puede haber personas sin patrimonio. Ello supone concebir a la herencia como el conjunto de cosas de una persona una vez deducidas sus deudas.

En cambio, si concebimos el patrimonio como el conjunto de cosas y bienes ([en sentido estricto] *concepción humanista*), entonces el mismo es un atributo de la personalidad, y –en consecuencia– no puede haber persona que carezca del mismo. Ello implica conceptualizar la herencia como constituida por derechos activos y pasivos.

A nuestro entender, es la concepción humanista la que ha adoptado el Codificador civil argentino, con los corolarios que adscribir a la misma supone. Si el patrimonio se compone de cosas y bienes en sentido estricto, deviene en un atributo de la personalidad, de la que ninguna persona puede carecer, y –en consecuencia también– la herencia de la misma se compone de derechos activos y pasivos.

Nuestro Código Civil –más precisamente, en el artículo 2312– dispone: “[...] El conjunto de bienes de una persona constituye su ‘patrimonio’ [...]”, entendiendo por bienes: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor<sup>13</sup> e igualmente las cosas<sup>14</sup> [...]”.

Cierto es que, a nivel doctrinario, se han acuñado muchas concepciones respecto del patrimonio de una persona<sup>15</sup>, mas adscribimos a la definición que nos brinda nuestro Codificador en la misma nota al artículo 2312 del Código Civil, diciendo: “El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes [...]”, y a la concepción clásica del patrimonio como atributo de la personalidad<sup>16</sup>.

Por lo tanto, resulta claro y evidente que los bienes, *en sentido amplio*, es decir, los objetos materiales (cosas) e inmateriales (bienes, *en sentido estricto*) susceptibles de tener un valor económico integran lo que técnicamente se denomina *el patrimonio de una persona*.

Al respecto, resulta muy ilustrativa también la nota al artículo 3283 del Código Civil, en la que Vélez Sarsfield –en aval de nuestra postura– señala: “El patrimonio considerado como unidad es un *objeto ideal*, de un contenido indeterminado. *Puede componerse de propiedades, de derechos a cosas particulares, a créditos y deudas* que tienen una existencia invisible”. (El destacado nos pertenece).

Así, pues, establecida la concepción del patrimonio que entendemos adoptada por el ilustre jurista don Dalmacio Vélez Sarsfield, nos adentraremos seguidamente en los efectos que trae aparejados que un bien integre el mismo.

#### 4.2. *La regla de la patrimonialidad y sus consecuencias jurídicas*

Existe una regla acuñada por la doctrina especializada (Ventura) que reza que los bienes que conforman el patrimonio de una persona son enajenables y –en consecuencia– embargables y ejecutables.

En efecto, al respecto –textualmente– se ha dicho: “La regla aplicable para determinar qué objetos pueden subastarse entendemos que es la siguiente: a) Todo lo que está en el patrimonio puede enajenarse; b) Todo lo que puede enajenarse puede embargarse; c) Todo lo que puede embargarse puede ejecutarse. [...]”<sup>17</sup>.

El mérito de la doctrina que ha acuñado esta regla<sup>18</sup> finca en haber sistematizado, en una fórmula clara y sencilla, diferentes dispositivos de nuestro Código Civil y, en general, de nuestro sistema jurídico positivo.

15. A saber: i) la concepción del patrimonio como atributo de la personalidad (Aubry y Rau); ii) la concepción finalista del patrimonio (Buteler Cáceres).

16. En contra: “Este concepto del patrimonio-persona o concepción metafísica del patrimonio está destinado a quedar relegado al olvido, para ser sustituido por ese concepto nuevo, contemporáneo, el de patrimonio-fin, o si se quiere, el patrimonio es lo que es, vale decir, un conjunto de bienes afectados a un fin jurídico. [...]” (ver BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 201).

17. Ver VENTURA, Gabriel B., *Tracto abreviado registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 279.

18. Que, a los fines tan solo metodológicos, nosotros hemos dado en llamar *regla de la patrimonialidad*.

En conclusión, establecido que un bien integra el patrimonio de una persona, se sigue de ello que el mismo queda afectado a la garantía común de los acreedores por las deudas que el sujeto titular de dicho patrimonio haya contraído, y, en consecuencia, resulta enajenable, embargable y –finalmente– ejecutable.

Acto seguido, es menester determinar que no se configure una causal que lo excepcione de las consecuencias de tal inclusión, es decir, que no se verifique la existencia de normas jurídicas que expresa y específicamente establezcan que el bien no resulta enajenable o que disponga que no es susceptible de ser embargado<sup>19</sup> u objeto de ejecución judicial<sup>20</sup>.

Precisamente, esto es lo que acontece con el bien de familia. Este resulta ser un instituto jurídico que excluye –en las condiciones de ley– el bien raíz que resulta afectado a este régimen de excepción de las consecuencias de su carácter patrimonial.

#### 4.3. La naturaleza jurídica del régimen de bien familia

Diversas posturas doctrinarias se han vertido en torno a la naturaleza jurídica del bien de familia.

Así, por un lado, encontramos autores (Guastavino, Cadoche de Azvalinsky, Méndez Costa, Papaño, Kiper, Causse, Dillon, Kemelmajer de Carlucci) que han sostenido que estamos ante un condominio familiar o una propiedad familiar con limitaciones específicas, mientras que, por otro costado, hallamos a quienes han dicho que nos encontramos ante un supuesto de *dominio imperfecto* (Cifuentes) o ante un *condominio con indivisión forzosa temporal de tiempo indefinido* (Molinario).

A su tiempo, aparecen los autores que sostienen que estamos ante una propiedad anómala asimilable a una *fundación familiar* (Lafaille); otros, que estamos ante una limitación al dominio (Moisset de Espanés, Alterini); y, también, quienes afirman encontrarse en presencia de una figura jurídica atípica, *sui generis*, o de naturaleza indeterminada (Areán, Peralta Mariscal).

Finalmente, encontramos a nuestro maestro Gabriel B. Ventura, quien –en original postura– entiende que la afectación de un bien inmueble al régimen de bien de familia importa la constitución de una *verdadera* vinculación.

En efecto, señala Ventura:

Ya en otras oportunidades *hemos sostenido que el bien de familia constituye una vinculación, una de aquellas figuras que Vélez prohí-*

19. Ver nota extendida en p. 159.

20. Por ejemplo: el artículo 38 de la Ley 14.394 (B. O. 30/7/1954), que –en su parte pertinente y textualmente– reza: “El ‘bien de familia’ no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”; el artículo 3 de la Ley 5542 (B. O. 4/5/1973): “[...] el derecho de la marca o la señal en sí mismo no será susceptible del embargo ni de ejecución por los acreedores” –entre otros–.

be en el artículo 2614 del Código Civil. Así, en nuestra opinión, por imperio de la ley, la vivienda familiar, decidida su afectación, quedaría vinculada a ese fin, cumpliéndose por ello la esencia funcional de esta figura de derecho real. Será oponible *erga omnes* y obliga al destino familiar del bien [...] <sup>21</sup>.

En este estadio, es menester destacar que no ahondaremos más sobre la naturaleza jurídica del bien de familia, toda vez que la pretensión de este ensayo no es analizar en profundidad el tópico que titula este apartado –el que será objeto de estudio en otro trabajo futuro–, sino tan solo pronunciarnos críticamente sobre el fallo que nos convoca.

#### 4.4. *El régimen de bien de familia a la luz de la concepción humanista del patrimonio y la regla de la patrimonialidad*

Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse el régimen de bien de familia en el marco de la concepción dinámica o *humanista* del patrimonio y la *regla de la patrimonialidad*?

Si, como reza el brocardico <sup>22</sup>: “el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores <sup>23</sup>”, todos los bienes que se encuentran dentro del patrimonio de una persona pueden ser afectados al pago de una deuda contraída por dicho particular. E incluso, y a tales fines, dichos bienes pueden ser embargados y ejecutados (*regla de la patrimonialidad*).

En efecto, todos los bienes que integran nuestro patrimonio están sujetos al pago de las obligaciones que asumimos.

Ello resulta de este modo salvo que, por razones particulares y excepcionales, se excluyan ciertos bienes –por diversas razones– de la garantía en cuestión.

Precisamente, el régimen de bien de familia importa desafectar el bien inmueble, sede de la familia, de la garantía común de los acreedores.

Por lo tanto, esto implica que estamos ante una excepción a la regla que sientan tanto el adagio como la regla referidos *supra*, y –en consecuencia– el mentado régimen resulta de interpretación rigurosa y restrictiva.

Como el buen lector podrá advertir, esto se contradice, pues, con el argumento finalista que, invocando razones de justicia y equidad, el fallo expone y mediante el cual los sentenciantes *pretenden* fundar una interpretación amplia y extensiva.

21. VER VENTURA, Gabriel B., *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 68 vta.

22. “Los *brocardos* o *brocárdicos*, llamados también *generalía*, son una suerte de reglas de derecho expresadas en términos generales y que, en opinión del glosador, constituyen la síntesis del texto glosado. El diccionario de la Real Academia de la Lengua recepta ese nombre, *brocárdico*, y le da esa misma significación [...]” (ver VÁZQUEZ, Humberto, *Derecho romano de ayer y siempre*, Córdoba, Jano Ediciones de Mateo García y Luis Alveroni, 1986, 1ª edición, pp. 38-39). En este sentido: “[...] brocárdico. m. desus. Entre los profesores de derecho, sentencia, axioma legal o refrán [...]” (ver REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 2006, t. I, “A/G”, p. 357, 22ª edición, reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta S. A. I. C.

23. Al respecto, la doctrina tiene dicho: “El principio por el cual la universalidad de los bienes del deudor constituye una garantía común para todos los acreedores está ligado indisolublemente al carácter patrimonial de la responsabilidad del deudor” (ver PIZARRO, Ramón D. y otros, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, p. 273).

24. En este sentido, aunque sin brindar el fundamento de tal interpretación, que es lo que sí hacemos nosotros en el presente ensayo, se ha pronunciado la jurisprudencia diciendo: “[...] la exigencia de justificación del parentesco, en caso de concubinos condóminos, debe interpretarse desde la perspectiva de que los condóminos deberían demostrar el vínculo familiar existente entre ellos, si ellos mismos fueran beneficiarios de la afectación pero, en el caso de que existieran descendientes extramatrimoniales, pueden constituir bien de familia en su beneficio –de los descendientes–, sin que la presencia de una relación concubinaria sea óbice” (ver C.Apel. Rosario, auto 177/97, en autos caratulados: “Quaranta, Alfredo y ot. s/ recurso registral”, expte. n° 65/92, citado en LUVERÁ, Miguel A., “Afectación de bien de familia por condóminos”, *El Derecho*, 239 - 10/9/2010, n° 12584). Y, también, la jurisprudencia ha dicho: “Como bien destaca el tribunal *a quo*, la exigencia del artículo 43, último párrafo, solo es requerida si los condóminos se designan recíprocamente beneficiarios del régimen [...]” (CS Tucumán, Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo, sentencia n° 204, de fecha 12/4/2010, en autos: “V. S. E. y otro c/ provincia de Tucumán s/ amparo”).

## 5. La salida *intra legem*

Seguramente, a estas alturas, quien lee estas líneas estará reprochándonos el hecho de defender una *interpretación restrictiva* que no dejaría salida a los sentenciantes a la hora de arribar a la solución justa a la que llegó.

Recordemos nuevamente que, en este caso, se resolvió hacer lugar a la afectación al régimen de bien de familia por parte de condóminos convivientes (concubinos) que tienen un hijo en común.

Sin embargo, sí hay una salida.

El tribunal competente ha partido de considerar que el caso no tiene solución en el marco regulatorio existente (Ley 14.394 y decretos reglamentarios), y, en consecuencia, estaríamos ante una laguna (normativa o axiológica, según se prefiera) que –al decir de los sentenciantes– amerita una solución *extra legem* y en función de la cual han echado mano de la equidad como medio superador.

Pero, a nuestro entender, esto es equivocado.

El caso en cuestión encuentra solución en la propia ley (*intra legem*); más precisamente, en el artículo 43 de la Ley Nacional de Bien de Familia (Ley 14.394), encuadrando en el presupuesto fáctico objeto de esta norma jurídica.

En efecto, el artículo 43 de la Ley 14.394 prevé:

El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los artículos 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble. *Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36.* [El destacado nos pertenece].

Con lo cual queda claro que la exigencia final de la existencia de un parentesco entre los condóminos (en este caso, consistente en la calidad de cónyuges) solo se justificaría cuando se designan recíprocamente beneficiarios, mas no cuando el beneficiario es el hijo común (o los hijos comunes) de ambos<sup>24</sup>.

Pero, ¿en qué fundamos la interpretación que propugnamos? En el propio texto de la ley (y más precisamente en el art. 43 de la Ley 14.394), que exige que en el acto de afectación al régimen se individualice a los beneficiarios, por lo que la exis-

tencia de estos deviene –en el marco del carácter protectorio y tutelar que reviste el régimen bajo estudio<sup>25</sup>– en una condición fundamental para la existencia afectación de un bien raíz al régimen de bien de familia.

Por lo tanto, la exigencia de parentesco entre los condóminos que exige el artículo en cuestión debe ser vista a través del prisma de la figura del beneficiario, esencial para la existencia del régimen en cuestión.

Si los beneficiarios son los condóminos convivientes (concubinos) entre sí, no se verifica la condición de ley. Ahora bien, si los beneficiarios son los hijos en común de ambos, sí se verifica la exigencia del vínculo de parentesco que reclama la norma bajo estudio.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia, diciendo: “[...] el artículo 43 de la Ley 14394 exige que el constituyente individualice a los beneficiarios en el momento de la constitución; siendo posible que afecte el inmueble para algunos de sus parientes excluyendo a otros de igual o superior rango”<sup>26</sup>. [El destacado nos pertenece].

De este modo, llegamos a una solución justa, sin salirnos del texto de la norma contenida en la Ley 14.394, interpretándola en el marco de su carácter protectorio y superando felizmente el escollo de la *interpretación restrictiva* que su calidad de excepción al régimen de enajenabilidad (y que se expresa –este último– en el adagio que reza: “el patrimonio es la prenda común de los acreedores”) impone.

Ahora bien, quien entienda que la solución interpretativa que propugnamos no encaja en el presupuesto de aplicación de la norma (art. 43 *in fine* de la Ley 14.394) deberá admitir entonces que el supuesto controvertido no encuentra solución en el texto de la ley específica. Y, en consecuencia, deberá aceptar que los condóminos convivientes que no son cónyuges (concubinos) no pueden afectar el inmueble al régimen de bien de familia.

Por lo tanto y como reza el adagio latino, bien podríamos decir entonces: “*dura lex, sed lex*”, es decir, “dura ley, pero ley”.

Finalmente, queremos destacar que, no obstante la interpretación que propugnamos de la Ley 14.394, esta resulta a todas luces una norma anacrónica que clama por una reforma, que, a estas alturas, deviene ineludible. Y los esfuerzos interpretativos –cada vez más forzados y exigentes–, tratando de adaptarla a estos tiempos actuales, así lo demuestran.

25. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, diciendo: “La Ley 14.394, que en sus artículos 34 y siguientes organiza la afectación de un inmueble como ‘bien de familia’, tiene por fin fundamental la protección del núcleo familiar que vive bajo un mismo techo, entendiéndose por tal el constituido por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieron con el constituyente” (CNCiv., Sala E, 14/3/1980, “Hidalgo de Camera, Elvira L.”).

26. Juzg. de 1ª Inst. de Distrito C.C. de 10ª Nom. Rosario, 4/11/1996, “Spataro, Carmen s/ declaratoria”, *Zeus*, t. 80, R-15 (18645).

A fin de evitar equívocos interpretativos, bastaría, al menos, con reformar el artículo 43 de la Ley 14.394 y, más precisamente, su parte final, en los siguientes términos:

El solicitante deberá justificar su dominio sobre el inmueble y las circunstancias previstas por los artículos 34 y 36 de esta ley, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble. Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36 *en el supuesto que se hubiesen designado recíprocamente beneficiarios*. [El destacado nos pertenece].

De no reformarse en breve la ley en cuestión, las soluciones judiciales *contra legem* y el desuetudo de la norma serán su condena inexorable y el reproche a formularle a un legislador contemporáneo demasiado negligente y ocioso en esta materia.

## 6. Algunas consideraciones sobre la *indiligencia* y la *indigencia* argumentales de algunos fallos

Nos parece propicia la oportunidad para expresar nuestra preocupación, al menos, frente a algunos fallos judiciales que, de un tiempo a esta parte, desnudan patologías sobre las que es menester advertir.

A saber: la primera de ellas la hemos dado en llamar *indigencia argumental* y consiste en no tratar argumentos importantes –e incluso fundamentales– a la hora de resolver cuestiones concretas sometidas a decisión.

Si apelamos al diccionario de la Real Academia Española, advertiremos que la palabra *indigencia* es definida diciendo: “(Del lat. *indigentia*). 1. f. Falta de medios para alimentarse, para vestirse, etcétera”<sup>27</sup>.

Como se podrá apreciar, la idea que subyace en la definición en cuestión es la de carencia. Y, en materia de decisorios judiciales, la patología denunciada consistiría en la *carencia argumental*.

Y la patología que reseñamos consiste en la carencia y falta de tratamiento de argumentos importantes e incluso, en algunos casos como el presente, fundamentales a la hora de resolver una cuestión.

27. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Buenos Aires, Espasa Calpe, 2006, t. II, “H/Z”, p. 1267, 22ª edición, reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta S. A. I. C.

Simplemente a título ilustrativo, recordamos fallos donde se habla de la *doctrina moderna* [sic] sin citar un autor que nos permita saber quién ha dicho lo señalado y si es *moderno* como se invoca.

Asimismo, suelen encontrarse fallos –principalmente, de segunda instancia– donde se habla de *la doctrina y la jurisprudencia* [sic], sin brindar tan siquiera algún dato identificatorio de un jurista o un fallo que nos sirva, al menos, para *ejemplificar* las *supuestas* posturas doctrinarias y jurisprudenciales que avalarían el decisorio.

Lo que más nos sorprende es que, muchas veces, los fallos llegan a soluciones justas y es una lástima que los decisorios se desmerezcan por una inconsistencia como la que acabamos de expresar.

La otra patología que solemos advertir es la que hemos dado en llamar *indiligencia argumental* y consiste en la falta de cuidado a la hora de tratar los argumentos expuestos.

La Real Academia de la Lengua define la palabra *indiligencia* diciendo: “(Del lat. *indiligentia*). 1. f. Falta de diligencia y de cuidado”<sup>28</sup>.

Incluso, en algunos casos, hemos podido apreciar que algún decisorio peca de ambos defectos. Es decir, no solo no trata argumentos importantes, sino que, además, los que expone son desarrollados de una manera confusa, errada y hasta contradictoria entre sí.

Pero un análisis minucioso de lo expuesto excede los límites de este trabajo y será objeto de un ensayo futuro sobre el particular.

A modo de conclusión final, diremos que el presente fallo incurre en ambas patologías.

En efecto, por un costado, peca de *indigencia argumental*, toda vez que no trata o carece de un argumento esencial, consistente en el carácter de excepción del régimen de bien de familia y –en consecuencia– la necesaria interpretación restrictiva de la normativa regulatoria de este instituto.

Y, por otro lado, incurre en *indiligencia argumental*, pues la *interpretación amplia* realizada de la normativa específica se contradice con la *interpretación restrictiva* que se impone dado el carácter excepcional que reviste el régimen de bien de familia.

## 7. Algunas breves consideraciones finales respecto del principio de no discriminación y el régimen de bien de familia

En este estadio, es menester aclarar que no nos adentraremos en el análisis de si la *no discriminación* importa un principio jurídico en sentido estricto o no.

En efecto, lo consideremos o no un principio jurídico, lo que en el caso bajo estudio nos interesa es indagar si el mismo funciona o no en el supuesto de que se pretenda la afectación de un inmueble al régimen de bien de familia por parte de condóminos convivientes que no son cónyuges (concubinos) y que tienen al menos un hijo en común.

A modo de aclaración previa, es dable recordar que el diccionario ha definido la palabra *discriminar*, diciendo: “(Del lat. *discrimināre*). 1. tr. Seleccionar excluyendo [...]”<sup>29</sup>.

Asimismo, es pertinente señalar que, para que haya discriminación, es necesario que, frente a casos o supuestos fácticos iguales, que encuadran en la misma normativa jurídica, se arribe a soluciones diferentes. De lo contrario, no estamos ante un caso de discriminación.

Respecto del caso que nos convoca, es dable señalar que determinar si se incurre o no en discriminación dependerá de la perspectiva desde la cual se analice el supuesto controvertido.

Ello toda vez que el resultado no será el mismo según lo analicemos desde la óptica de los condóminos convivientes (concubinos) o bien desde la óptica de los hijos en común de aquellos.

En el primer supuesto, es decir, en el caso en concreto de los condóminos convivientes (concubinos), es menester señalar que estos no pueden invocar una situación de discriminación respecto de ellos, toda vez que quien se emplaza voluntariamente en una determinada situación jurídica –*concubinato*– que no encuadra en el presupuesto de aplicación de la norma mal puede luego pretender sostener que la misma –al no darle solución– lo discrimina.

Dicho en otros términos, la plataforma fáctica en la que se encuentran cónyuges y concubinos no es la misma y, por lo tanto, no puede invocarse discriminación alguna al arribar a diferentes resultados.

Distinto será el caso si lo observamos desde la perspectiva de los hijos extramatrimoniales, respecto de los cuales la pre-

29. Ver REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. cit.* (cfr. nota 22), p. 833.

visión normativa, que supuestamente exige un vínculo de parentesco entre sus padres condóminos, resulta discriminatoria si la comparamos con la situación en que se encuentran los hijos matrimoniales.

Pero es del caso señalar que los hijos extramatrimoniales se encuentran en una situación distinta que no es fruto de su voluntad, toda vez que ellos no eligieron nacer fuera del marco legal de una sociedad conyugal.

A este respecto, entendemos atinado lo expresado por el doctor Claudio Marcelo Kiper en el fallo anotado, quien, al respecto, expresa lo siguiente:

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra *el de no discriminación* (art. 2) que *en este ámbito tiende especialmente a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales*, razón por la cual de no permitirse la afectación del bien de familia que designa como beneficiario a un hijo extramatrimonial por la circunstancia de que sus padres (condóminos) son concubinos *implicaría vulnerar el principio de igualdad de rai-gambre constitucional y por otra parte se configuraría un supuesto de discriminación*. [El destacado nos pertenece].

## 8. Una breve reflexión sobre el régimen de bien de familia y la Ley 26.618

Desde la sanción de la Ley 26.618, denominada –entre otras formas– como Ley de Matrimonio Civil entre Personas del Mismo Sexo, hemos repasado el material doctrinario que se ha pronunciado sobre su incidencia en el régimen patrimonial matrimonial.

Sin embargo, no hemos encontrado –hasta donde hemos podido relevar– que en dichos ensayos se haya incluido al régimen de bien de familia en su estudio, el que, a nuestro entender, también conforma dicho régimen patrimonial matrimonial.

Quizás, la omisión en el tratamiento no obedezca a un mero olvido sino al hecho de que –con la nueva reforma–, para que haya matrimonio, no es menester que estemos ante un hombre y una mujer, sino que puede tratarse de personas del mismo sexo y –en consecuencia– bien puede ser *cónyuge* un hombre de otro hombre (o una mujer de otra mujer).

Y, en consecuencia, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo encuadra perfectamente en las exigencias de los artículos 36 y 43 de la Ley 14.394.

Sin embargo, no se ha puesto de relieve este hecho importante, ni se ha reparado en el *soplo vivificante* que la Ley 26.618 le ha dado –seguramente sin quererlo– a un régimen anquilosado y anacrónico como el de la Ley 14.394, lo que no enerva la imperiosa necesidad de reforma de esta última reclamada más arriba.

## 9. Conclusiones

- 1) El bien de familia es un instituto jurídico que importa que el bien raíz afectado a dicho régimen deja de ser parte –relativamente y en determinadas condiciones– de la prenda común de los acreedores y –en consecuencia– no puede ser enajenado, embargado, ni ejecutado.
- 2) Atento al carácter excepcional del régimen de bien de familia, su interpretación debe ser rigurosa y restrictiva, lo que se contrapone con la interpretación amplia que propugna el tribunal en el fallo objeto de nuestro análisis.
- 3) El caso de los condóminos convivientes que no son cónyuges encuentra solución en la propia Ley 14.394 –más precisamente en el artículo 43 de la Ley Nacional de Bien de Familia–, encuadrando en el presupuesto fáctico objeto de esta norma jurídica, toda vez que la exigencia final de la existencia de un parentesco entre los condóminos (en este caso, consistente en la calidad de cónyuges) solo se justificaría cuando se designan recíprocamente beneficiarios, mas no cuando el beneficiario es el hijo común (o los hijos comunes) de ambos.

La interpretación que propugnamos encuentra sustento en el propio texto de la ley, que exige que en el acto de afectación al régimen se individualice a los beneficiarios, por lo que la existencia de estos deviene –en el marco del carácter protectorio y tutelar que reviste el régimen bajo estudio– en una condición fundamental para la existencia afectación de un bien raíz al régimen de bien de familia.

Por lo tanto, la exigencia de parentesco entre los condóminos que exige el artículo en cuestión debe ser vista a través del prisma de la figura del beneficiario, esencial para la existencia

del régimen en cuestión. Si los beneficiarios son los condóminos convivientes (concubinos) entre sí, no se verifica la condición de ley.

Ahora bien, si los beneficiarios son los hijos en común de ambos, sí se verifica la exigencia del vínculo de parentesco que reclama la norma bajo estudio.

### Notas extendidas

12. “[...] la generalidad de la doctrina entiende que en la universalidad está comprendido también el pasivo, o sea las deudas [...] Compartimos la opinión mayoritaria, puesto que, en la práctica, cuando se refiere a una situación patrimonial, tanto en el aspecto económico como en el jurídico y en el impositivo, se tienen en cuenta tanto el activo como el pasivo del patrimonio y es justamente ese activo el que garantiza el pasivo” (ver MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2000, t. I, p. 111).

19. Verbigracia: a) artículo 219 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ([Ley 17.454, B. O. 7/11/1967] bienes inembargables): “No se trabará nunca embargo: 1º en el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza; 2º sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales; 3º en los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”. b) Artículo 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba ([Ley nº 8465, B. O. 8/6/1995] bienes inembargables): “No se podrá trabar embargo sobre: 1) ropas, enseres y muebles de uso del demandado y su familia; 2) los muebles, herramientas, instrumentos o libros necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del demandado y su familia; 3) las pensiones alimentarias y litis-expensas; 4) el usufructo que tuvieren los padres sobre los bienes de sus hijos, en la medida que fueren indispensables para atender las cargas respectivas; 5) los sepulcros, salvo que se reclamare su precio de venta, construcción o reparación; 6) los bienes afectados a cualquier culto reconocido; 7) los bienes que se hallen expresamente exceptuados por otras leyes. Los embargos sobre salarios, sueldos, pensiones, jubilaciones o retiros se harán efectivos en la medida y proporción establecidos por la ley. Cuando se tratare de ejecución de créditos por alimentos o litis-expensas, la proporción será fijada prudencialmente por el tribunal en cada caso. La resolución sobre la embargabilidad o inembargabilidad de bienes será apelable, con efecto suspensivo en el segundo caso”. c) Artículo 374 del Código Civil (créditos alimentarios): “[...] La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna”. d) Artículo 1449 (cesión de créditos) del Código Civil: “Es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación, las esperanzas de sucesión, los montepíos, las pensiones militares o civiles, o las que resulten de reformas civiles o militares, con la sola excepción de aquella parte que por disposición de la ley, pueda ser embargada para satisfacer obligaciones”. e) Artículo 2959 (derecho de uso –más precisamente, uso de los frutos–) del Código Civil: “El que tiene el uso de los frutos de una cosa por un título gratuito no puede dar a otro por cesión o locación el derecho de percibirlos; pero puede ceder el uso si fue obtenido a título oneroso. En uno y otro caso, el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios”. f) El artículo 3 de la Ley 5542 (B. O. 4/5/1973): “[...] el derecho de la marca o la señal en sí mismo no será susceptible del embargo ni de ejecución por los acreedores” –entre otros–. Adviértase cómo, de los artículos citados a título de ejemplo, emerge indubitable que la inembargabilidad de los bienes es declarada tanto por normas sustanciales y procesales como por disposiciones nacionales y provinciales, lo que redundará en una *promiscuidad normativa*, por cierto patológica, que amerita un estudio minucioso –que excede al presente trabajo– a fin de desentrañar las razones de tan amplia utilización.