

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El consejero honorario André Cossette propone que en todos los futuros órdenes del día del Consejo Permanente se incluya el punto "Varios". para permitir el debate sobre temas que no hayan sido incluidos en el orden del día. El Consejo somete la propuesta a estudio de la Comisión Consultiva.

El consejero efectivo Eugenio A. Gaete González subraya el significado particular que ha asumido la reunión del Consejo Permanente celebrada en Chile.

Por último, el presidente declara terminada la reunión del Consejo Permanente, agradeciendo al notariado chileno y al presidente Eugenio Alberto Gaete González por la hospitalidad y perfecta organización, incluso en el servicio de grabación y traducción simultánea.

CONSULTAS

JURÍDICONOTARIALES

I. BIEN DE FAMILIA. Posibilidad de ceder derechos hereditarios o transferir dominio entre coherederos o cotitulares familiares.

Doctrina: El bien de familia subsiste luego de fallecido el titular de dominio o su cónyuge y mientras sobreviva un beneficiario. No impide la cesión de derechos hereditarios o transferencia de dominio entre coherederos o copropietarios, siempre que quede a salvo el derecho de la familia como unidad.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto del escribano Wolfram Luthy, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 29 de junio de 1988) (Expte. 4832 - H - 1987).

LA CONSULTA: Constituyó bien de familia la titular, declarando beneficiarios a su esposo, hija y una nieta, hija de esta última. Falleció el esposo. Heredan la hija citada y un hijo, sin perjuicio de los derechos de la titular. Esta y el hijo donan y venden respectivamente o ceden derechos hereditarios a la hija y hermana. Consulta si subsiste el bien de familia o si debe desafectarse para inscribir la cesión gratuita y la onerosa.

DESARROLLO: Debemos iniciar el análisis repasando algunos puntos claves del instituto del bien de familia. Nació siguiendo la línea de alguna legislación anterior de protección a la familia, en especial las disposiciones de inembargabilidad de viviendas familiares construidas con préstamos hipotecarios de bancos oficiales y de cajas de jubilaciones. Su intención fue fundamentalmente la de proteger el techo familiar. Y ¿qué es familia para la ley de bien de familia? El art. 36 de la ley 14394 nos dice que el propietario y su cónyuge, sus descendientes y ascendientes. A falta de éstos integran una familia los colaterales hasta tercer grado de consanguinidad que convivan con el propietario. Todo el instituto gira alrededor de este concepto, y cuando olvidamos ese principio fundamental de la ley, la desvirtuamos.

Si la titularidad del bien esta a nombre de más de una persona, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imprescindible que la totalidad de copropietarios constituyan el bien de familia, y entre ellos deben integrar la misma familia (art. 43). Es decir que no se concibe el bien de familia sobre parte indivisa de un inmueble, ni se admite la copropiedad con extraños al grupo familiar.

Ubicándonos en el tiempo de la sanción de la ley que incluye al bien de familia (año 1954), vemos que precedió en 14 años a la institución del consentimiento conyugal de los actuales arts. 1276/7 del Código Civil. Por ello impone la "conformidad" del cónyuge para gravar el bien (art. 37) o para desafectarlo del régimen (art. 49, inc. a). No podemos empero confundir esa conformidad con el asentimiento o consentimiento del art. 1276/7.

El bien de familia es inejecutable por deudas posteriores a la constitución, aun en caso de concurso o quiebra. También es inembargable, pero la doctrina judicial y administrativa interpretó que el embargo se traba y queda en suspenso hasta tanto el inmueble deje de estar protegido por el bien de familia. Ello ocurrirá en el mismo instante de desafectar.

El legislador quiso proteger a la familia, como tal, independientemente del titular de dominio. Este es el leitmotiv de la ley. Por ello es congruente que el inmueble, cuando es transmitido a familiares como ocurre en la transmisión mortis causa, se transmita indisolublemente con el bien de familia. Para que no salga del patrimonio familiar es que está prohibido el legado testamentario sobre ese bien (art. 37). Asimismo, como entonces existía impuesto sucesorio, que podía obligar a vender el único bien y vivienda familiar para pagar tal impuesto, la ley eximió del mismo al bien de familia, con la sola condición de que los herederos no lo desafectarán durante los próximos cinco años (art. 40). Quedaba pues implícito que el inmueble pasa a los integrantes de la familia ligado a la institución de bien de familia.

Al dictarse la ley se la pensó sólo para la vivienda modesta y se estableció que sólo podía alcanzar a las que no superaren un mínimo que establecería periódicamente cada jurisdicción. En los últimos años prevaleció el concepto de incluir a todas las viviendas sin privilegio para pobres ni exclusión para ricos. El concepto de hogar se hizo valer para todas las familias. Así, tanto en Capital Federal, como en provincia de Buenos Aires, sólo subsiste el valor máximo admitido cuando se trata de un bien que no sea exclusivamente de vivienda, sino que alcance al inmueble cuyo destino sea también "explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente" (art. 41). Concordantemente el art. 39 declara inembargables los frutos del inmueble indispensables para satisfacer las necesidades de la familia, y limita todo embargo a la mitad de los frutos.

Nos falta analizar qué significa y qué efectos tiene la designación de beneficiarios en el instituto de bien de familia. Nada menos, pero también nada más, que establecer y anunciar quiénes forman el núcleo familiar. El titular de dominio constituye el bien de familia, pero debe justificar tener familia. Si no lo justificara o no lo declarara, todo el sistema quedaría desvalido. Cuando muere un miembro de la familia, puede y debe informar el hecho. Cuando nace un hijo, o cuando contrae matrimonio, el titular puede y debe informar la nueva composición de la familia. Según Guastavino, pueden invocar el derecho quienes nacieran después de la constitución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Bien de familia. Guastavino, Elías P., 2ª ed., pág. 174). La ley presume que no existen amiliares fuera de los beneficiarios, por lo menos así cabe inferir de la última parte del art. 49, inc. d), que autoriza desafectar de oficio cuando hayan muerto todos los beneficiarios .

Los beneficiarios no adquieren ningún otro derecho por formar parte del grupo familiar. El constituyente se declara también beneficiario a sí mismo. Todos los beneficiarios pueden oponer la calidad de bien de familia frente a un acreedor del titular (Guastavino, ob. cit., pág. 177). Para desafectar son llamados los titulares de dominio y no intervienen los beneficiarios. Las deudas por las que el inmueble responde, o deja de responder, son las del titular de dominio, y nada interesan los beneficiarios. La exención de impuesto a la herencia es al bien. Sin embargo pueden ser herederos quienes no son beneficiarios (colaterales de cuarto grado) y por otra parte pueden ser beneficiarios quienes no van a ser herederos (padres habiendo hijos). Y el esposo debe prestar conformidad con la desafectación del bien de familia constituida por el cónyuge casado.

Y ahora pasemos al problema más difícil e importante del instituto del bien de familia : su desafectación voluntaria u obligada por las partes, por el juez o de oficio por la autoridad de aplicación, y con ello llegamos al punto álgido de la consulta. El art. 49 de la ley fija las únicas causas de desafectación, y quiénes las disponen:

- a) El propietario, con conformidad del esposo/a. Prevé la falta o incapacidad del cónyuge.
- b) A solicitud de la mayoría de herederos, que debe incluir al cónyuge supérstite. Si hubiere menores interviene el Juez.
- c) También por mayoría de copropietarios, en caso de condominio. Se computa por proporción de dominio.
- d) A pedido de "cualquier interesado" cuando no subsistan los requisitos del art. 34 (inmueble que no exceda del valor admitido), art. 36 (existencia de familia) o art. 41 (que está habitado o explotado por la familia), o hubiesen fallecido todos los beneficiarios. Esto último equivale a decir que ya no hay familia. Dijimos que compete al titular informar quiénes forman la familia, instituyéndolos beneficiarios. Se presume que no son más que los indicados. El mismo inciso autoriza al órgano de aplicación (Registro de la Propiedad) a aplicar esa desafectación de oficio. Pero nos preguntamos si es lógico que el funcionario a cargo del órgano de aplicación, sea el director o el jefe en quien fue delegada la función, asuma la responsabilidad de declarar la desafectación de oficio, sin pedido de nadie, cuando el titular aún está en condición de agregar beneficiarios, y aclarar que su familia ha crecido, o de declarar que visto que el hijo falleció, ahora vive con una hermana o hermano. De resolverlo de oficio, podrá encontrarse con que se lo hace responsable de la pérdida de una única vivienda, único medio de vida y alojamiento de dos o más personas. Exactamente la misma responsabilidad asumirá el jefe del órgano de aplicación de bien de familia, que coincide de hecho, aunque no necesariamente, con el de registrador de inmuebles, cuando este pretende imponer una desafectación no imprescindible previo a dar curso a una registración, sea de venta, donación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o cualquier otra. Aquí podríamos encontrarlo ante el caso planteado en la consulta.

e) El último inciso declara que se desafectará en caso de expropiación, reivindicación, venta judicial autorizada por esta ley, o en caso de causa grave que lo justifique a juicio de la autoridad de aplicación.

Resulta muy interesante hacer notar que en ninguno de los casos compete al juez la desafectación. Interviene sólo en caso de plantearse en defensa de menores, incapaces o ausentes. La facultad del juez no es de desafectar, sino de ordenar el remate del bien de familia en los casos especialmente previstos por la ley, que son muy específicos y expuestos. La desafectación operará como consecuencia de la venta judicial y no como requisito previo.

La ley en su art. 37 expresa que el bien de familia no podrá ser enajenado. Dentro del contexto de la ley, no cabe interpretar otra cosa: que la prohibición es de enajenar en perjuicio de "la familia". El mismo Guastavino (pág. 281) dice: "El interés familiar - fórmula propia del orden público en esta materia" - . No aparece ninguna causa válida para oponerse a que un copropietario o un coheredero venda su parte a otro miembro de la misma familia. La intención de la ley no estará afectada. Esa es la práctica en el Registro de la Capital Federal, y suponemos que también en el de otras jurisdicciones. Las leyes deben aplicarse dentro de su contexto general y no es admisible que se haga una aplicación estricta de un párrafo aislado. Ello desvirtuaría su razón de ser, y en este caso desprotegería a la familia: esa misma familia que la ley quiso proteger. Aceptamos que sería beneficiosa una aclaración expresa, pero mientras tanto no es admisible la interpretación tan estricta que desvirtúe el fin. También se ha propuesto en varios congresos y jornadas notariales y registrales mejorar la ley: por ejemplo, sería necesario autorizar la sustitución de un bien por otro, trasladando los embargos existentes; mantener el bien de familia cuando sólo subsiste un cónyuge superviviente sin familiares que le ayuden a mantener su economía propia; extender el bien de familia al mobiliario del hogar y a automotores que constituyan el único ingreso de una familia, etcétera.

En apoyo de la tesis precedentemente planteada podemos invocar la Disposición Técnico - Registral N- 9 del 10/9/82 del Registro de Capital Federal que en su parte dispositiva dice: "No se entenderán comprendidos en la restricción del art. 37 de la ley 14394, los supuestos de transmisión de cuota parte o derechos hereditarios que se celebren entre los herederos del titular afectante al "Bien de Familia" o su cónyuge, sea que el acto y por cualquiera de las modalidades negociales previstas se haya celebrado en forma anterior, simultánea o posterior a la toma de razón de la declaratoria de herederos."

En los considerandos expresa que esas cesiones entre coherederos "contribuyen en muchos casos a consolidar la situación de quien en verdad continúa habitando el bien de familia" y por tanto de quien es el verdadero protagonista del "beneficio originario". Pone como condición que se trate de operaciones entre coherederos que tengan el vínculo del art. 36 de la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de bien de familia.

Es de destacar el informe previo a esa resolución en el que el asesor hace notar la similitud entre la cesión al coheredero o al hijo con la renuncia de herencia del art. 3345 del Cód. Civil y concluye que si los cedentes hubieran renunciado a la herencia en lugar de cederla nada, se hubiere observado y agrega, refiriéndose críticamente a la observación al título en ese caso: "es evidente que estamos dando una interpretación formalista y meramente exegética al art. 37."

En cuanto a la desafectación por no subsistir el núcleo familiar y la totalidad de beneficiarios, si bien hay jurisprudencia encontrada, cabe destacar el fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (jurisdicción en la que se encuentra el bien objeto de la presente consulta) de fecha 15/11/86 en autos "Cota, Néstor A. y otros c/Gionco de Rojas, María Susana s/desafectación". En ese fallo se recuerda que el art. 49 inc. d), in fine, establece "como causal de desafectación el fallecimiento de todos los beneficiarios" y mantiene el bien de familia a favor de la esposa divorciada y que vive sola sin los hijos, porque concluir que ya no existe familia "contraviene las finalidades de la afectación".

En el caso en consulta convendría probablemente formular algunas precisiones:

Si el testamento presentado en autos contuviera mejoras o legados, éstos no serán aplicables al inmueble constituido en bien de familia (art. 37 de la ley 14394).

Debe interpretarse que la donación de que habla la consulta, se refiere a una cesión gratuita de los derechos emergentes de la liquidación de la sociedad conyugal producida por el fallecimiento del otro cónyuge. Esto siempre que la sucesión no estuviera en condiciones de registrarse antes del acto transmisivo o de cesión. Sólo en este último caso tendríamos el supuesto de un "tracto abreviado".

Los valores máximos excluyentes de bien de familia han sido suprimidos para bienes destinados sólo a vivienda, tanto en Capital Federal (decreto 2080/80, art. 168) como en provincia de Buenos Aires (ley 9747 del 6/10/81 Y Disposición Técnico - Registral 14 de 1981, publicada en Boletín de Legislación del Colegio de Escribanos de Capital Federal N° 677).

La inclusión del cónyuge de la nueva titular de dominio en calidad de beneficiario, no tiene ninguna trascendencia mientras viva la constituyente, su hija actual titular de dominio, o la hija de ésta ya que subsistirá mientras tanto el bien de familia. La ampliación de la nomina de beneficiarios es un acto habitual para los Registros.

Para el supuesto caso de sobrevivir solamente el esposo de la hija convertida en única propietaria, recién entonces cabrá analizar si la familia de ésta y la de la madre es una misma o no. La tendencia de los organismos de aplicación y la jurisprudencia, como bien dice la sentencia citada de la corte provincial, "requiere un criterio interpretativo amplio de las normas" que tienden a la defensa del bien de familia.

CONCLUSIÓN: En el caso planteado, en que existe un bien de familia que ingresó a una sucesión, uno de los herederos y la cónyuge supérstite

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transmiten sus derechos a favor de la otra heredera, no han quedado afectados ni lesionados los intereses del núcleo familiar. Sigue existiendo una heredera titular de dominio, sigue habiendo un núcleo familiar, integrado por lo menos por la citada heredera, su hija y la madre, que es la cónyuge supérstite. No se presenta ninguna de las causales de desafectación de oficio. La titular podrá, por otra parte, informar que la familia ahora esta integrada por ella, su hija y su madre, y agregar a su esposo y otros hijos del matrimonio si los hubiere. La prohibición de enajenar no debe interpretarse como tal cuando ello no afecta los intereses de la familia, y en este caso la familia subsiste a pesar de variar parcialmente su constitución y la titularidad de dominio.

II. BOLETO POR ESCRITURA. Poder especial posterior. Desconexión. Falta de irrevocabilidad

DOCTRINA: Firmado un boleto por escritura en 1961, se otorga poder especial en 1968 que, por no hacer relación al negocio de 1961, aparece desligado incluso por sus cláusulas. Por ende, no puede juzgarse irrevocable.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la escribana Nilda L. Nostro de Seghetti, con un complemento del consejero Agustín O. Braschi, aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 20 de julio de 1988) (Expte.8717-V-1987).

ANTECEDENTES: En la consulta se expone que: 1) en fecha 16/3/61, se celebró por escritura pública, que en fotocopia se agrega, boleto de compraventa del inmueble que se menciona, entre varios titulares de dominio y una compradora que adquiere "en comisión"; 2) en fecha 19/4/68 los vendedores otorgan poder especial irrevocable, que en fotocopia también se agrega, para vender el inmueble en cuestión; 3) con posterioridad al otorgamiento del poder fallece uno de los mandantes; 4) se consulta si el mandato subsiste a pesar del fallecimiento del mandante, en razón de su irrevocabilidad (art. 1977, Cód. Civil), o por haber sido otorgado el mandato también en interés de la compradora (art. 1982, Cód. Civil).

CONSIDERACIONES: 1. Se trata de esclarecer si el mandato se ha otorgado en interés del mandante fallecido y de la compradora del inmueble (art. 1982, Cód. Civil).

II. Es innecesario para ello analizar si el poder es irrevocable, porque: 1) se afirma en la consulta que en vida no medió revocación; 2) irrevocable o revocable, si ha sido otorgado en interés del mandante y compradora subsiste (art. 1982, Cód. Civil) . De lo contrario ha cesado (art. 1963, inc. 3°, Cód. Civil).

III. Que se hubiese otorgado un mandato en interés común del mandante fallecido y de la compradora del inmueble no surge de la documentación agregada. Ello es así , porque: 1) el boleto de compraventa no surge ni