

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Méndez Costa, María Josefa, Régimen legal dei matrimonio civil, Ediciones Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1987.

Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, Ed. Astrea, 3ra. ed., Buenos Aires, 1987.

Zannoni, Eduardo A. y Bossert, Gustavo A, Manual de Derecho de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988.

Trabajos

Capparelli, Julio César, "El derecho de habitación del cónyuge inocente y del enfermo en caso de separación personal o divorcio", en LL, 1989 - A, pág. 897

Rocca, Ival, "Locación familiar imperativa", en LL, 1987 - C, pág. 802

Medina, Graciela, "Derechos sucesorios y la separación personal por alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o drogadicción", en ED, 1992 - C, pág. 863.

Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, "Derecho alimentario entre cónyuges separados de hecho", (comentario a fallo), en LL, 1988 - C, pág. 863.

Venini, Juan Carlos y Venini, Guillermina, "La protección de la vivienda familiar", en JA, 1989 - IV, pág. 691.

Vidal Taquini, Carlos H., "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", en Rev. del Notariado, N° 743, setiembre - octubre de 1975, pág. 1531.

Jurisprudencia

Fallo N° 17.602, en JA, 1955 - IV, pág. 353.

Fallo en JA, 1990 - I, pág. 471.

Fallo en LL, 1977 - D, pág. 373.

BIEN DE FAMILIA. DIVORCIO: ¿CAUSAL DE DESAFECTACIÓN?. BIEN DE FAMILIA, DIVORCIO Y GANANCIALIDAD. DERECHO COMPARADO(*)(375)

MYRIAM S. PALACIO Y OCTAVIO J. GILLO

CONCLUSIONES

I. El divorcio no es causa autónoma de desafectación ya que no aparece entre las contempladas taxativamente en el art. 49 de la ley 14394.

II. El sistema de bien de familia tiene su propio régimen contemplado por la ley específica. Una vez pronunciado el divorcio, el destino del bien de familia debe resolverse más por las reglas propias del régimen del bien de familia caracterizado por la indisponibilidad y la indivisibilidad que por las reglas disolutorias de la sociedad conyugal.

III. Los intereses tutelados a tener en cuenta por la jurisprudencia son: habitación y existencia de hijos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. En otros países como Costa Rica y Venezuela, el divorcio es causa de desafectación del bien de familia.

V. Posibilidad de desafectación:

- 1) Por acuerdo de los cónyuges: se aplica el inc. c) del art. 49 a una hipótesis de unanimidad de condóminos;
- 2) Desafectación por voluntad del constituyente y autorización judicial: el art. 49 ofrece tres vías, incs. d), c) y a). En esta hipótesis se adecuarían el inc. d) y el a);
- 3) Desafectación por voluntad del cónyuge no constituyente y autorización judicial: esta figura es inadmisibles.

VI. Consecuencias de la no desafectación:

- 1) Bien de familia en condominio;
- 2) Adjudicación del bien de familia en la hijuela de uno de los cónyuges divorciados.

VII. El bien de familia ganancial durante el trámite de juicio de divorcio:

Mientras no se haya dictado la sentencia de divorcio el régimen del bien de familia se mantiene sin modificaciones.

I. EL DIVORCIO NO ES CAUSA AUTÓNOMA DE DESAFECTACIÓN

La separación personal o el divorcio vincular por sí solos no son causas autónomas de desafectación del bien de familia. En un fallo publicado en El Derecho, t. 127, se sostiene que cuando ambos cónyuges han sido culpables del divorcio, no existiendo hijos ni mediando entre los divorciados deber de asistencia, si la esposa tiene un inmueble propio y cuenta con ingresos para proveer a su mantenimiento, la solicitud de desafectación del inmueble ganancial formulada por el marido no debía subordinarse a la invocación y demostración de situaciones que tornasen procedente el reclamo y revelasen que la oposición de la esposa era injustificada. Bastaron las particularidades fácticas antes señaladas para que resultase viable la extinción del bien de familia requerida por el cónyuge divorciado.

En el fallo citado, sin embargo, no bastó al marido solicitante de la desafectación invocar el divorcio. El órgano judicial entró a examinar si dadas las particularidades de la causa, estaba afectado el interés o núcleo familiar, concluyendo que no se apreciaba ninguno para tutelar.

Al respecto cabe recordar que el bien de familia tiene por fin tutelar dos aspectos; uno de tipo social: la vivienda como sede de la familia, y otro de tipo económico o patrimonial: mantener una porción del patrimonio familiar sustraída del tráfico inmobiliario, entendiéndose a resguardo de posibles embargos o ejecuciones por deudas, siempre que éstas sean posteriores a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su constitución.

Continuando con el fallo citado, en el supuesto fáctico no existían hijos ni mediaba entre los divorciados deber asistencial; ambos habían sido culpables del divorcio y la esposa tenía un inmueble propio y contaba con ingresos para proveer a su mantenimiento. Una segunda orientación es que el hecho de no ser el divorcio causa autónoma de cancelación no impide que, divorciados los cónyuges, el esposo instituyente del bien de familia pida la extinción, debiendo dirimirse judicialmente la controversia en caso de discordancia conyugal. Una tercera regla general es que mientras perdure el régimen del bien de familia queda excluido de las normas ordinarias de liquidación y partición de la sociedad conyugal.

Se ha expresado, coincidentemente en doctrina, que el sistema del bien de familia tiene su régimen propio contemplado en la ley específica, que no permite se le apliquen normas particionarias de la liquidación de la sociedad conyugal luego del divorcio.

II. OBJETO DEL INSTITUTO DEL BIEN DE FAMILIA

La familia y el bien de familia tienen, en nuestro país, rango constitucional. La familia, amparada por la figura incorporada de modo general por la ley 14394, no es la "pequeña familia" constituida por los padres y los hijos menores de edad; prueba de ello es que se incorpora a los ascendientes y descendientes (mayores o menores, legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, pues la ley no distingue) y, a falta de éstos, a los parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive que convivieren con el constituyente. Es decir, el ordenamiento nacional recepta un criterio intermedio, que incorpora no solo al pequeño grupo, sino a otras personas a las cuales el legislador ha estimado justo proteger. Si bien la convivencia con el constituyente es un presupuesto para ser beneficiario en el caso de los colaterales, no lo es en el supuesto del cónyuge, ascendientes y descendientes, pues el art. 41 de la ley 14394 dispone que "el propietario o su familia, estarán obligados a habitar el bien". La conjunción disyuntiva "o" indica que el sometimiento al régimen sólo exige que allí vivan, bien sea el propietario, bien sea su familia (o ambas conjuntamente). ¿Qué pasa con el divorcio?. En el plano sociológico, el divorcio debilita los vínculos y en el normológico hace cesar el deber de convivencia. Pero reiteramos que el divorcio en sí mismo no es causa de desafectación del bien de familia, ya que no aparece entre las contempladas taxativamente en el art. 49 de la ley 14394. El bien de familia no es particionable como el resto de los bienes que componen el acervo de la sociedad conyugal una vez pronunciado el divorcio, el destino del bien de familia debe resolverse más por las reglas propias del régimen del bien de familia, caracterizado por la indisponibilidad y la indivisibilidad, que por las reglas disolutorias de la sociedad conyugal.

Hay para el derecho un interés de dimensión familiar, que deriva de la suma de intereses o preocupaciones recíprocas que, normalmente, de acuerdo con lo que debe ser la familia, deben existir entre los miembros que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

componen. La existencia de este interés es el que justifica la normativa relativa a la protección habitacional del cónyuge, y la jurisprudencia reiterada, que difiere la liquidación del único inmueble ganancial donde asienta el hogar conyugal.

La afectación debe mantenerse en caso de divorcio o separación de cuerpos, en beneficio del cónyuge al cual se le atribuya el uso de la vivienda, especialmente si se le confiere la custodia de los hijos.

El derecho venezolano, como veremos más adelante, acepta como causal de extinción el caso de divorcio, en los casos de culpabilidad mutua e inexistencia de hijos.

Dado el principio mayoritariamente aceptado de la continuidad del régimen de indivisión, la doctrina ha elaborado diversas soluciones para no violar el derecho de propiedad del cónyuge:

a) Desafectación del bien de familia a instancia de ambos cónyuges;

b) Adjudicación del bien de familia en la hijuela de socio de uno de los esposos (al preferir al que queda con la custodia de los otros beneficiarios), compensando al otro cónyuge con otros bienes;

c) Condominio de los esposos sobre el bien de familia, por la imposibilidad de integrar con otros gananciales la cuota del no adjudicatario, y compensación para el excluido en la forma que mejor establezca el equilibrio patrimonial.

La cuestión es: ¿qué pasa con el único bien inmueble de la sociedad conyugal, de origen ganancial, sede del hogar conyugal y asiento de hijos menores o incapaces, afectado a bien de familia, luego de pronunciada la sentencia de divorcio?.

La desafectación integra un sistema exclusivo específico dispuesto en el art. 49 de la ley 14394; el divorcio del propietario o de los cónyuges condóminos, en el supuesto de un ganancial adquirido conjuntamente por ambos, no se encuentra incluido entre las causales legalmente previstas.

III. POSIBILIDADES DE DESAFECTACIÓN

1) Desafectación por acuerdo de los cónyuges

Los cónyuges (ahora condóminos, aunque originariamente no lo hayan sido) pueden acordar la desafectación del bien de familia, proceder de conformidad y obtener la misma. Se aplica el inc. c) del art. 49 a una hipótesis de unanimidad de condóminos. (Nota: Es sabido que la tesis que sostiene que la disolución de la llamada sociedad conyugal produce el nacimiento del condominio o la copropiedad de los cónyuges sobre los bienes gananciales, no goza de unanimidad doctrinaria. Para quienes entienden que no hay indivisión y que continúa la gestión de cada divorciado sobre los gananciales de su titularidad hasta la partición, la desafectación de común acuerdo se basaría en el inc. a) del art. 49). Se ha resuelto que el consentimiento para la enajenación lleva implícito el consentimiento para la desafectación, en un caso de sociedad conyugal vigente. La desafectación deberá ser siempre previa a la venta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) Desafectación por voluntad del constituyente y autorización judicial

El art. 49 ofrecería tres vías para discutir su aplicación a la figura indicada: incs. d), c) y a). El inc. d), que considera la falta de beneficiarios o el incumplimiento sobreviniente de los requisitos de valor del inmueble y de su habitación o explotación por aquéllos, permitiría la desafectación, de darse las circunstancias a que atiende. El inc. c) no se adecua a la hipótesis en una interpretación gramatical estricta porque no habría mayoría de copartícipes.

No obstante, Guastavino explica que la desafectación del bien de familia en condominio está supletoriamente regida por el art. 2706 del Cód. Civil, de manera que, en caso de empate entre los titulares y si no prefieren la decisión por la suerte o por árbitros, el juez decidirá sumariamente a solicitud de cualquiera de los condóminos. El inc. a) es aplicable en lo que se refiere a la eficacia de la autorización judicial porque "propietario" es el constituyente del bien de familia, S1 las expresiones "a falta del cónyuge" o "si éste fuera incapaz se interpretan extensivamente a la negativa u oposición del consorte del titular originario. El razonamiento sería el mismo con que la facultad Judicial de autorizar los actos comprendidos en el art. 1277 del Cód. Civil ha sido doctrinaria y jurisprudencialmente extendida del supuesto expresamente previsto a los de incapacidad o simple ausencia del cónyuge del disponente, y al de imposibilidad demostrada de obtener su pronunciamiento, situación que se presenta frecuentemente entre los esposos separados de hecho. Mazzinghi admite que se proceda a la desafectación del bien de familia con autorización judicial.

3) ¿Desafectación por voluntad del cónyuge no constituyente y autorización judicial?

La figura del interrogante resulta inadmisibile: es obvio que el inc. a) del art. 49 se refiere al "propietario" original del inmueble, promotor de la afectación. Por una parte, la desafectación hace ejecutable el inmueble por las obligaciones contraídas por el dueño durante la vigencia del régimen del bien de familia, de manera que puede repercutir negativamente sobre ambos esposos disminuyendo los gananciales.

La pretensión del cónyuge no constituyente, basada en su carácter de condómino actual, que se respaldara en el inc. c) del art. 49 y en el art. 2706 del Cód. Civil, es apta para conformar un ejercicio abusivo de su derecho de acuerdo con los términos del art. 1071 del mismo.

IV. CONSECUENCIAS DE LA SUBSISTENCIA DE LA AFECTACIÓN

Dada la no desafectación ipso jure por el divorcio y la no concurrencia de los supuestos analizados que permitan conseguirla, subsiste la afectación del inmueble al régimen de bien de familia con las posibilidades que se enumeran a continuación.

I. Bien de familia en condominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El condominio, determinado por la disolución de la sociedad conyugal continua si los cónyuges no resuelven adjudicar el inmueble en la hijuela particionaria de uno de ellos, o si hacerlo resulta imposible, por no haber otros gananciales suficientes para integrar la del no adjudicatario.

a) Habitación y / o explotación del inmueble

Por hipótesis, los cónyuges no cohabitan. Es necesario que acuerden cuál de los dos continuará en la habitación del inmueble o el juez debe decidirlo. La guarda de los hijos judicialmente conferida es decisiva. Si ambos esposos conviven con beneficiarios, la opción ha de inclinarse hacia el titular constituyente. A falta de beneficiarios distintos de los esposos, cuadra recurrir a pautas distintas (la inocencia del divorcio e incluso la mayor necesidad habitacional). Guastavino señala que la afectación subsiste a pesar de que no haya hijos del matrimonio, puesto que el divorcio no es causal autónoma de caducidad. El inmueble destinado a explotación quedará de preferencia a cargo de aquel que se encuentre en mejores condiciones para continuarla.

b) Administración

En el bien de familia - habitación, la gestión conjunta puede resultar conflictiva o, al menos, poco práctica. El art. 2706 del Cód. Civil ofrece una referencia razonable también para esta cuestión. El juez, al encarar la elección del cónyuge que continuará habitando en el inmueble, apreciará que la facultad de administrarlo acompaña al derecho habitacional.

c) Compensación del cónyuge excluido del bien de familia

Se reconoce al cónyuge, excluido del uso o de la explotación del bien de familia, una compensación por su privación, conforme con los principios y reglas de las recompensas entre esposos.

II. Adjudicación del bien de familia en la hijuela de uno de los cónyuges divorciados

El inmueble bien de familia puede ser adjudicado en la hijuela de uno de los divorciados cuando pueda formarse la cuota de su consorte con otros gananciales, sea la partición efectuada privada o judicialmente. El inmueble entra sin desafectación en el patrimonio del nuevo titular si originariamente era un ganancial en condominio.

a) Desafectación parcial subjetiva

La adjudicación del bien de familia en la hijuela del consorte no constituyente determina una desafectación parcial subjetiva del inmueble. La desafectación es "parcial" y "subjetiva", porque se produce solamente con respecto al primitivo propietario que queda desplazado del dominio sobre la cosa y de su cualidad de beneficiario, manteniéndose la afectación para el nuevo titular y los beneficiarios que continúen en la habitación o explotación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Inexigencia de requisitos formales

No se exige la constitución del bien de familia nuevamente. La sola inscripción del dominio a su nombre es suficiente para la oponibilidad del régimen.

c) Cuestiones sobre la inembargabilidad del bien de familia

Dos cuestiones de interés plantea la nueva titularidad, a saber: si al producirse la desafectación con respecto al constituyente, el inmueble viene a ser embargable por las deudas contraídas por éste durante el período en que se encontraba inscrito a su nombre y bajo el régimen del bien de familia, y si es embargable por las deudas del adjudicatario anteriores a la inscripción a su nombre. La respuesta afirmativa a las dos cuestiones provocaría prácticamente la desafectación al poner fin, de hecho, a una de sus características definitorias, aunque se adecue a los resultados de una inscripción originaria e inicial. Pero es que no se producen tales resultados porque no hay discontinuidad en la afectación: el inmueble era y sigue siendo una cosa fuera del comercio sin que el desplazamiento patrimonial lo sustraiga a esta cualidad. Además, el nuevo propietario no es un extraño sino un beneficiario ab initio y sus acreedores no contaban con ese bien que no formaba parte del patrimonio de su deudor al contraerse la obligación. La transmisión de la titularidad del cónyuge constituyente al cónyuge adjudicatario es una sucesión inter vivos cuya fuente es la partición, sin cambio en la afectación al régimen de bien de familia y, consiguientemente, en su inembargabilidad por las deudas posteriores del que ahora es desplazado, y sin que se configure una nueva constitución, con respecto al adjudicatario, que pueda dar lugar a la embargabilidad por sus deudas anteriores a la adquisición, derivada del dominio sobre la cosa objeto del bien de familia.

III. El bien de familia ganancial durante el trámite del juicio de divorcio

Mientras no se haya dictado la sentencia de divorcio, el régimen del bien de familia se mantiene sin modificaciones continuando el vigente hasta la iniciación del proceso y la subsiguiente notificación de la demanda, en su caso. La promoción de la instancia judicial puede, no obstante, repercutir sobre la habitación en el inmueble y su administración.

IV. Divorcio. Bien de familia. Derecho comparado

1) Costa Rica

Su Código de Familia contiene previsiones especiales sobre las consecuencias del divorcio sobre el "inmueble destinado a habitación familiar", protegido por un régimen especial de disposición y embargabilidad y excepciones impositivas.

La afectación cesa, entre otras causas, por separación judicialmente o por divorcios pero puede disponerse la continuación por convenio de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cónyuges mientras haya hijos menores.

2) Venezuela

Regula la figura análoga que denomina "hogar". Su legislación dispone que, en caso de divorcio o de separación judicial de cuerpos, conservará el derecho al hogar aquel a quien se atribuya la guarda de los hijos. Cuando no existan hijos, el hogar quedará extinguido; sin embargo, si hubiera descendientes y el hogar hubiera sido constituido también a favor de ellos, les corresponderá el derecho al hogar. En los casos de separación de cuerpos convertida en divorcio, los interesados decidirán lo relativo al hogar en el escrito de separación, sin perjuicio de los demás beneficiarios. Si no hubiere acuerdo, el juez determinará cuál de ellos gozará del hogar o lo declarará extinguido, según las circunstancias.

TEMAS DE DERECHO PRIVADO

I. TEMAS DE DERECHO PRIVADO VII(*) (376) (Primera parte)

Tema: RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL
--

Relatores: PROFESORES DOCTOR MARCELO U. SALERNO, DOCTOR ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, DOCTOR ATILIO A. ALTERINI.

Coordinador: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI

Fecha: 16 DE AGOSTO DE 1994

DIRECTOR DEI DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO. - Iniciamos hoy un nuevo ciclo de mesas redondas.

Ustedes saben que todos los años este ciclo lo realiza el Departamento de derecho Privado, y hoy tenemos la gran fortuna de comenzar el séptimo ciclo consecutivo de mesas redondas. Cada uno de los ciclos se publica, ya se han publicado cinco; el sexto, que corresponde al año pasado, está en prensa, o sea que ésta ha de ser la séptima publicación que hará el Departamento con libros anuales.

Aparte de esa publicación, de circuito cerrado porque la llevamos al Congreso y se reparte entre los señores profesores, los contenidos de estas mesas redondas se difunden en la Revista del Notariado, fraccionados en dos o tres números, lo que obedece a dos razones. Por de pronto, por el gran prestigio académico de que goza la Revista del Notariado, y además, el gran esfuerzo que demanda la publicación, cuya importancia, a ninguno de ustedes escapa, es posible gracias a la asistencia técnica del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Son episodios que implican grandes esfuerzos personales y erogaciones patrimoniales. La Facultad es un poco beneficiaria de la energía personal y patrimonial del Colegio de Escribanos.