

## ¿PUEDE EL JUEZ DESAFECTAR EL BIEN DE FAMILIA?

Por **Wolfram Lüthy**

Entre los antecedentes de nuestro bien de familia, habitualmente encontramos referencia al *Homestead* anglosajón y a algunas medidas de inembargabilidad en nuestra legislación.

Pedro Néstor Sagües, en un artículo del 16/3/1997, publicado en La Nación, cita una referencia a las *Bases*, de Alberdi.

Efectivamente, en el capítulo XI de *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Juan Bautista Alberdi transcribe el artículo 9 de la sección 15 de la Constitución de California de 1849, que dice: “Para completar la santidad de la familia (semillero del Estado y de la República, medio único y fecundo de población y de regeneración social) la legislatura protegerá por ley (son sus hermosas palabras) cierta porción del hogar doméstico y otros bienes de toda cabeza de familia, a fin de evitar su venta forzosa.”

Aquella ley californiana pretendió evitar la “venta forzosa”.

Nuestros legisladores, al dictar la ley 14394, hablaron de inembargabilidad, lo que constituye un trámite previo a la venta forzosa. A pesar de ello, por vía administrativa y judicial, se interpretó que el bien de familia podía embargarse, pero no ejecutarse la venta forzosa, salvo los casos expresamente autorizados por la misma ley que creó el bien de familia.

La ley en sí no parecía contener mayores dudas de interpretación en su práctica diaria. Quedó muy aclarado que se necesitaban uno o más titulares de dominio, que entre éstos y los beneficiarios hubiera relación de familia dentro del concepto de la misma ley en su artículo 36, o sea esposos, ascendientes y descendientes. Sólo en caso de no existir éstos, entraba un colateral consanguíneo conviviente de 2º y 3º grados. Varias provincias admiten como familia a ambos padres de un hijo, probable-

mente porque no quiere diferenciarse al hijo extramatrimonial, al haber desaparecido otras diferencias de éstos con los llamados legítimos. Recordemos que ya las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (Partida 4º Título XIV), legislaba sobre las uniones no matrimoniales (barraganería). En la provincia de Buenos Aires (ley 9747 de 1981) y en la ciudad de Buenos Aires (decreto 2080/1980, art. 168), además de otras jurisdicciones, no existe tope para incluir vivienda en bien de familia.

El art. 37 de la misma ley 14394 establece que se puede hipotecar el bien de familia con conformidad conyugal; aquí cabe intervención judicial. No olvidemos que ese consentimiento no es el de los arts. 1276 y 1277 del Código Civil.

En su art. 38 la ley aclara, asimismo, que el bien de familia no cubre de deudas, tasas o impuestos del inmueble afectado, ni deudas provenientes de obligaciones anteriores a la constitución del bien de familia. Y se considera anterior la firma de una garantía por locación, aun cuando la deuda o atraso sea posterior.

¿Cómo sabe el Registro de la Propiedad Inmueble, que es autoridad de aplicación, si la deuda es de las no cubiertas por el bien de familia?

Simplemente porque el juez así lo declara en el fallo que ordena la venta forzosa. Si no lo dijera, el órgano registral de aplicación debería pedir la aclaración. Si no lo hiciera registraría un documento viciado de nulidad absoluta y manifiesta, cosa que le está vedada conforme la ley 17801, en su art. 9, inciso a.

En ninguno de estos casos es necesario desafectar el bien de familia para realizar la venta forzosa. La desafectación se realiza de oficio cuando ingresa la venta forzosa al Registro, con aclaración de la causa por la cual pudo hacerse la venta.

La desafectación del bien de familia es más compleja que la afectación y trae más complicaciones en su aplicación. Debe verse quién desafecta, con qué requisitos y en favor de quién. El art. 49 de la ley 14394 lo detalla con precisión. En el Registro tienen previsto y han hecho experiencia en muchas variantes acerca de la necesidad de conformidad conyugal: en principio, es necesario en el bien ganancial o cuando se constituyó siendo casado. Se mantiene el bien de familia en caso de sucesión a favor de ascendientes o descendientes y cónyuge del causante.

Surgen dudas que nos interesa aquí analizar cuando un juez resuelve la desafectación.

El mismo art. 49, en su inciso a) establece que se admitirá la desafectación sin conformidad conyugal en caso de incapacidad de éste, siempre que el interés familiar no resulte comprometido. Es similar a la oposición a hipotecar del art. 37.

En caso de haber incapaces o de oponerse el cónyuge sobreviviente de una sucesión, el juez, en determinados casos, puede autorizarlo (inciso b).

Cuando hay condominio, se requiere mayoría de copropietarios en la proporción del condominio (inciso c).

Finalmente, se desafecta “de oficio o a instancia de cualquier interesado, cuando no subsistieran los requisitos previstos en los arts. 34, 36 y 41 o hubiesen fallecido todos los beneficiarios (inciso d). Se entiende que los titulares de dominio siempre son beneficiarios si se mantienen las condiciones necesarias.

Cabe preguntarse aquí qué funcionario del Registro asumirá la responsabilidad de una desafectación de oficio, si el caso no es más que evidente, como por ejemplo que los copropietarios no fueren parientes dentro de la exigencia de la ley de bien de fa-

milia. La instancia de “cualquier interesado” es demasiado amplia para poder ser tomada en cuenta.

Debemos analizar si existe algún tercero interesado en desafectar. Dijimos que el tercero que tiene un crédito que permite ejecutar el bien a pesar de la existencia del bien de familia no necesita desafectar, por lo que no es “cualquier interesado”.

Con todo, con cierta frecuencia en juicios por cobro de pesos en que se puede pedir directamente el remate, los letrados piden la desafectación del bien de familia, como si ello fuera necesario para proseguir la acción.

Cuando se les hace lugar, crean una situación anómala en que el acreedor con facultad para rematar rebaja su mejor derecho al nivel de todos los demás acreedores que no tenían hasta el momento derecho a exigir la venta forzosa.

Encontramos en la práctica que ese deudor, en la ejecución autorizada (ej.: deuda anterior), paga su deuda en la víspera del remate, lo que es bastante frecuente.

¿Qué hace dicho deudor entonces con el bien de familia?

Pide se deje sin efecto la desafectación reviviendo retroactivamente la afectación. Si lo consigue, cosa que también hemos visto, pudo haberse obligado en el interin exhibiendo un certificado o informe libre de bien de familia.

Si no lo consigue, volverá a afectar. Quedarán beneficiados viejos acreedores que antes de la desafectación no tenían acción, y que no intervinieron en el juicio en que se desafectó. Todo ello fue causado por una innecesaria desafectación.

¿Quién responde por los daños causados al deudor?

Buscando explicaciones a esa -para el actor- innecesaria desafectación, sólo la ubicamos en el art. 965 del Código Civil en el capítulo del Fraude en los Actos Jurídicos, cuando dice: “La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos.”

La otra posibilidad es asimilar la desafectación judicial a la nulidad del art. 1048 del Código Civil cuando declara: “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.”

En ninguno de los casos, el actor que tiene un derecho al que no puede oponérsele el bien de familia puede obtener un beneficio para terceros que nada han solicitado.

Si la autoridad de aplicación hace lugar a tales desafectaciones, estará anotando documentos a los que el art. 9, inciso a) de la ley 17801, ordena rechazar.

Esc. Wolfram LÜTHY