

Bien de familia

Dictamen elaborado por el escribano **MARIO G. SZMUCH** y aprobado en forma unánime por los miembros presentes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del día 25 de marzo de 2010.

Doctrina

- 1) La prohibición de enajenar el bien de familia no es absoluta, y tiene por finalidad evitar que el bien de familia salga del ámbito del grupo familiar.*
- 2) La enajenación sin previa desafectación que frustre la protección del interés familiar está comprendida en la prohibición del artículo 37 de la ley 14.394, mientras que la que tiende a “consolidar” el bien de familia, sea por acto entre vivos o mortis causa, debe ser admitida.*
- 3) La enajenación prohibida del bien de familia, es decir la que frustra la protección del interés familiar, es nula de nulidad relativa, por lo que puede ser confirmada, y la acción para obtener su declaración es prescriptible.*
- 4) No puede invocarse la nulidad por la nulidad misma; sólo debe apelarse a ella excepcionalmente, como última ratio, si no hay otro camino válido posible, y nunca como primer recurso a mano.*
- 5) La voluntad de desafectar el bien de familia puede ser expresa o tácita.*

Antecedentes

Por escritura del año 1994, una señora, viuda de sus primeras nupcias y casada en segundas, se reservó el usufructo vitalicio y donó a sus dos hijas de su primer matrimonio la nuda propiedad de un departamento. Al tiempo de la donación, las donatarias eran mayores de edad, casadas y capaces. El departamento estaba afectado al régimen de bien de familia, y era bien propio

de la donante respecto de sus dos maridos. El texto de la matriz de dicha escritura presenta una contradicción respecto del bien de familia: en una parte se lee que “(la) AFECTACIÓN queda subsistente” mientras que en otra, más adelante, resulta que “las Donatarias (...) solicitan cancelar la afectación a Bien de Familia que tiene el inmueble descrito no obstante de que como se expresó precedentemente son todos beneficiarios del mismo”. La escritura no contó con la conformidad del segundo marido de la donante. La inscripción del bien de familia se canceló en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Un colega observó dicho título por interpretar que, como el bien de familia no fue desafectado, el departamento no podría haber sido donado: el bien de familia es inenajenable; la donación sería nula por tener un objeto prohibido.

La consultante entiende que el título es inobjetable porque la transmisión fue hecha a favor de los beneficiarios del bien de familia, y porque transcurrieron ya más de diez años desde el acto, por lo que, tratándose de una nulidad meramente relativa, que protege el interés particular de los miembros de la familia, se habría producido la prescripción de la acción de nulidad o anulación.

Desarrollo

Desdoble el análisis en dos partes: **a)** bien de familia subsistente, y **b)** bien de familia extinguido.

a) Bien de familia subsistente

Si se interpretara que el bien de familia subsistió no obstante su cancelación registral y la donación de la nuda propiedad del inmueble con reserva de usufructo, el título no merecería objeción.

La prohibición de enajenar el bien de familia, establecida en el artículo 37 de la ley 14.394, no debe ser interpretada fuera del contexto de la ley ni desatendiendo la esfera de intereses que la institución pretende tutelar. Si bien la prohibición está literalmente establecida con carácter general, no es tal su alcance;

la interpretación de esta prohibición, para que sea razonable y armónica, debe hacerse a la luz de los intereses tutelados.

Dicha prohibición procura evitar que el bien de familia salga del ámbito del grupo familiar, a fin de que el inmueble pueda cumplir su función de satisfacer las necesidades de vivienda y sustento de la familia. Es con dicho alcance que la prohibición debe ser interpretada, y no en términos generales y abstractos, desconectados del bien jurídico tutelado.

La prohibición tutela el interés particular de los miembros de la familia designados por el propietario como beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la ley 14.394.

Coincidentemente con lo expresado hasta aquí, la propia autoridad administrativa de aplicación del bien de familia en esta demarcación ha reconocido el carácter relativo de la prohibición al dictar la Disposición Técnico Registral N° 9/82, que rige para los supuestos de transmisión *mortis causa* del bien de familia. De los considerandos de dicha disposición resultan argumentos aplicables al caso sometido a consulta:

Vista

La prohibición general prevista en el artículo 37 de la ley 14.394, y el dictamen adjunto a la presente, y

Considerando:

Que sin perjuicio de los conceptos utilizados en dicha norma legal, *no todos los supuestos que ofrece la realidad registral resultan comprendidos por la mencionada previsión, los que exceden así el marco previsto y frente a los cuales la autoridad de aplicación (artículo 42, ley 14.394; artículo 163 y concordantes del decreto 2080/80) del Régimen de Bien de Familia debe expedirse* en los casos en concreto que se presentan;

Que tal vez de los más habituales resulten aquellos vinculados con la situación dominial, e igualmente alteradora del círculo de “beneficiarios”, que se origina en todos los casos de muerte del titular o su cónyuge, con posterior registro de la declaratoria de herederos de la que resulta una pluralidad de titulares de dominio;

Que también es dable comprobar que en esos supuestos las transmisiones que se realizan los coherederos entre sí, de las

cuotas partes pertinentes, contribuyen en muchos casos a consolidar la situación de quien en verdad continúa habitando el bien de familia, y por tanto de quién es el verdadero protagonista del beneficio originario;

Que en consecuencia por cualesquiera de las vías negociales que es posible utilizar, durante el trámite sucesorio o *a posteriori* del mismo, sin que hubiere aún partición hereditaria, siempre que las operaciones sean entre coherederos que tengan el vínculo familiar del artículo 36, no cabe considerar que el supuesto de “transmisión de cuota o derecho” está alcanzado por la prohibición del artículo 37 ya mencionado. [El destacado me pertenece.]

La propia autoridad de aplicación reconoce que existen supuestos no comprendidos en la prohibición, y regula los supuestos más habituales, originados por la muerte del propietario o su cónyuge. No descarta la DTR otros supuestos que también escapan a la prohibición, pero que son menos habituales.

Lo relevante, para hacer valer o no la prohibición establecida, es determinar si la enajenación frustra el fin jurídico tutelado, o si, por el contrario, conduce a la satisfacción del mismo. Las enajenaciones que frustren la protección del interés familiar están comprendidas en la prohibición, mientras que las que tienden a “consolidar” el bien de familia deben ser admitidas.

En el presente caso, la transmisión fue otorgada a favor de las beneficiarias del bien de familia, no incorporándose al elenco de copropietarios ninguna persona extraña al círculo de beneficiarios. La enajenación no colocó al inmueble fuera del patrimonio familiar, no defraudó la finalidad tuitiva de la ley, sino que procuró simplificar su transmisión evitando el trámite del expediente sucesorio a las hijas de la donante, beneficiarias del bien de familia.

Además, el acto consolidó el bien de familia en el grupo familiar integrado por la propietaria donante y las beneficiarias donatarias: si no se hubiera donado, al fallecer la propietaria el inmueble habría quedado en situación de indivisión hereditaria, indivisión en la cual el cónyuge supérstite, que no fue designado beneficiario ni es el padre de las beneficiarias, tendría una cuota-parte. Es decir que sin la donación un sujeto extraño

al grupo familiar, en los términos del artículo 36 de la ley 14.394 tendría derechos con relación al inmueble afectado al régimen. Por lo tanto, la donación, al no violar la finalidad de la ley, sino más bien facilitarla, no debería acarrear a las partes del acto, integrantes de la familia, consecuencias desfavorables fundadas en la prohibición de enajenar.

El criterio actual del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal para los casos como el sometido a consulta es el siguiente: No es necesaria la desafectación del bien de familia en el supuesto de transmisión de padres a hijos, con o sin reserva de usufructo, a beneficiarios o entre beneficiarios que estuvieren en las condiciones del artículo 36 de la ley 14.394, o entre cónyuges divorciados mediante la cual uno de ellos adquiriere el dominio del inmueble afectado; estos supuestos sólo se admitirán si no hubieren medidas cautelares registradas sobre el inmueble; en el caso de transmisión de padres a hijos deberá declararse que no afecta la legítima y que la transmisión no constituye mejora testamentaria.

En todos estos casos de excepción, la transmisión tiene por objeto consolidar el bien de familia, hacerlo funcional en el seno familiar para la satisfacción de sus necesidades de vivienda y sustento.

Interpretar que en todos los casos la enajenación del bien de familia es un acto prohibido por la ley, que debe sancionarse con la nulidad, importa desentenderse por completo de los fines que la ley persigue. Tal interpretación es irrazonable, inarmónica y conduce a resultados perjudiciales, y por lo tanto disvaliosos, no útiles para defender el bien jurídico tutelado ni los intereses en juego. No puede invocarse ni hacerse jugar la nulidad por la nulidad misma; sólo debe apelarse a ella excepcionalmente, como *última ratio*, si no hay otro camino válido posible, y nunca como primer recurso a mano.

Si como mera hipótesis y ejercicio de imaginación admitiéramos que la enajenación del bien de familia es nula, por aplicación de lo previsto en los artículos 37 de la ley 14.394 y 18 del Código Civil, se trataría de una nulidad meramente *relativa*, establecida para proteger el interés particular de los beneficiarios del bien de familia.

De ninguna manera podría interpretarse que el interés

protegido es el general, dado que ni la conformidad del cónyuge del propietario ni la venia de la autoridad de aplicación ni la autoridad de los magistrados serían útiles para arrasar con el interés de toda la sociedad; conformidad, venia y autoridad que sí alcanzan para desafectar el bien de familia, conforme artículos 49 y 50 de la ley 14.394.

El interés en juego es el de la familia en los términos del artículo 36 de la ley 14.394, y no el de la sociedad en general, como ocurre en los casos de nulidad absoluta. Tratándose de una nulidad meramente relativa, el título por el cual se enajenó el inmueble podría ser confirmado por aquéllos en cuyo interés se estableció la pretendida nulidad.

Afirma BOSSERT que *“si bien el acto de disposición (sin previa desafectación) es nulo, la nulidad es relativa pues se ha establecido en interés de los beneficiarios, quienes podrían, en su caso, confirmar el acto (arg. artículos 1048 y 1060 del Código Civil). Ciertamente que la tutela legal atiende el interés familiar, pero este interés no es (...) de entidad tal que no admita su disponibilidad en las relaciones de familia.”*¹

Rebate así el nombrado autor la postura de GUASTAVINO, quien califica al acto de enajenación sin previa desafectación como nulo de nulidad absoluta en razón de la prohibición del objeto, y la posición de BORDA, para quien se estaría ante una incapacidad de derecho del titular del inmueble afectado para enajenarlo o gravarlo sin la conformidad del cónyuge.

A mi juicio, GUASTAVINO y BORDA yerran en la calificación: no se trata ni de una prohibición del objeto ni de una incapacidad de derecho del propietario, se trata de una auto-restricción de la facultad dispositiva del propietario, que tiene origen en el acto voluntario de afectación al régimen. Calificar la nulidad como absoluta parece una sanción desmedida, desproporcionada en relación con la protección que merecen los intereses concretos que están en juego.

En nuestro caso, la donación otorgada sin desafectar el bien de familia fue efectuada a favor de las hijas de la propietaria, todas mayores de edad y capaces, beneficiarias del bien de familia, por lo que la aceptación de la donación, si admitiéramos la hipótesis de la nulidad, comportaría a la vez, inexorablemente, la confirmación tácita de la enajenación del bien de familia.

1. BELLIUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Tomo 6, p. 305, § 14.

Ninguna de las beneficiarias donatarias, en cuyo interés se establece la supuesta nulidad, podría invocar la invalidez de la enajenación del bien de familia luego de haber aceptado la donación. Habiendo transcurrido ya más de diez años a contar desde la enajenación sin que nadie haya impugnado el acto, la acción para anular el acto está prescripta, sin perjuicio de la confirmación tácita del acto por parte de sus otorgantes.

Por último, la falta de la conformidad del cónyuge de la propietaria donante no constituye obstáculo para la eficacia del acto de enajenación, dado que la autoridad de aplicación consideró que el mismo no era necesario, conforme artículo 50 de la ley 14.394. Si el cónyuge no hubiera estado de acuerdo con el proceder de su esposa ni con el del Registro, podría haber recurrido en relación ante el juez de lo civil en turno. Habiendo transcurrido ya más de diez años desde el otorgamiento del acto, toda acción del cónyuge estaría prescripta.

Si bien la prescripción no corre entre cónyuges, sí operó respecto de las donatarias beneficiarias del bien de familia. Por otra parte, el Registro seguramente advirtió que:

- 1) el bien era propio de la donante,
- 2) las donatarias son a la vez las beneficiarias del bien de familia, y personas mayores y capaces,
- y 3) el cónyuge de la donante no es el padre de las mismas ni, por lo tanto, el encargado de tutelar el interés del grupo familiar integrado por la donante y las donatarias.

Todo ello seguramente pesó a la hora de admitir el Registro la desafectación sin la conformidad del cónyuge, conforme artículo 49 inciso a) de la ley 14.394.

b) Bien de familia extinguido

Y si se interpretara que el bien de familia se extinguió, el título tampoco merecería objeción.

La escritura presenta una redacción ambigua, pues en una parte de la matriz se lee que “(la) AFECTACIÓN *queda subsistente*”, mientras que más adelante se expresa que *las Donatarias (...) solicitan cancelar la afectación a Bien de Familia que tiene el*

inmueble descrito no obstante de que como se expresó precedentemente son todos beneficiarios del mismo". No obstante dicha contradicción, podría interpretarse que la desafectación operó igualmente, como requisito previo necesario para poder enajenar el inmueble.

Para arribar a tal conclusión tengo en cuenta que, a diferencia de la afectación al régimen, la desafectación al mismo no requiere de formulismos ni sacramentos o expresiones positivas (art. 918, C.C.), por lo que podría operar a través de la expresión tácita de la voluntad, que tiene tanta eficacia como la expresión positiva, pero que a diferencia de ella debe ser "buscada" y deducida de un conjunto de elementos objeto de un procedimiento interpretativo.

Admite la posibilidad de recurrir a la voluntad tácita para desafectar un inmueble del régimen Beatriz AREÁN, quien da como ejemplo cuando ambos cónyuges suscriben una promesa de venta.²

Conforme artículo 1145 del Código Civil, el consentimiento tácito resulta de hechos, o de actos que lo presupongan, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad.

Según el artículo 1146 del mismo Código, se presume el consentimiento tácito si una de las partes hiciera lo que no hubiera hecho, o no hiciera lo que hubiera hecho, si su intención fuese no contratar. De acuerdo al artículo 918 del mismo cuerpo, la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.

En nuestro caso, si supusiéramos que el bien de familia es inenajenable y que por lo tanto para su enajenación se requiere la previa desafectación, al haber donado la propietaria a sus hijas, quienes aceptaron, no cabe más que interpretar que la desafectación operó tácitamente, dado que la donación no sería compatible con la subsistencia y continuidad de la afectación. El principio de la buena fe (artículo 1198, C.C.) impone dicha interpretación.

2. AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Ed. Hammurabi, p. 410, numeral 476.

Conclusiones

El título no debe ser observado, en resguardo de lo cual puede invocarse:

- a) *Si se interpreta que el bien de familia subsiste*, que la prohibición de enajenar que establece el artículo 37 de la ley 14.394 no es absoluta, y tiene por finalidad la protección del interés del grupo familiar, por lo que la enajenación que “consolida” el bien de familia o refuerza tal protección no está prohibida.
- b) *Si se interpreta que el bien de familia se extinguió*, que la desafectación operó tácitamente por su incompatibilidad con el acto de enajenación, conforme artículos 918, 1145 y 1146 del Código Civil.