

BIEN DE FAMILIA Y QUIEBRA

1. Introducción.

La cuestión en torno a los efectos del bien de familia en la quiebra, es un tema que ha venido dividiendo a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace varios años.

El problema más arduo que se presenta en este aspecto, es el relativo a la interpretación del art. 38 de la ley 14.394.

Si bien esta norma es categórica en cuanto a que el bien de familia no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, aún en el caso de concurso o quiebra, deja sin resolver el problema que se presenta cuando en una misma quiebra coexisten acreedores anteriores y posteriores a la inscripción.

Al respecto se han gestado dos posturas mayoritarias, aunque con algunos matices o variantes dentro de cada una de ellas.

Así, para algunos autores, la existencia de acreedores anteriores a la inscripción del bien de familia, implica, mediando quiebra de su titular, la desafectación del bien en beneficio de todos los acreedores, anteriores y posteriores, en virtud del principio de la *pars conditio creditorum*.

Otra corriente sostiene, en cambio, que en tales casos debe disponerse la formación de una masa separada, integrada por el bien de familia y los acreedores anteriores a la inscripción a quienes esta última les resulta inoponible. Dentro de esta corriente, a su vez se discute si el producido de la ejecución del bien de familia debería entregársele al fallido, o si por el contrario debe ingresar a la masa formada por el resto de sus bienes desapoderados y los acreedores posteriores al bien de familia.

A la par de esta problemática, de suyo la más trascendente, se presentan otras cuestiones de no menor interés que también abordaremos en los capítulos restantes.

2. El bien de familia. Noción y fundamento.

La institución del bien de familia es una figura creada por la ley 14.394, la cual posee una innegable trascendencia social, a tal punto que su amparo ha sido receptado incluso por la Constitución Nacional en su art. 14 bis.

Dicho instituto intenta proteger a la vivienda que constituye el hogar de la familia contra la acción de los acreedores del titular del bien, pues de ese modo se protege a la familia misma.

Como bien se ha dicho, el régimen del bien de familia tiende a poner a ésta al abrigo de las vicisitudes económicas de los malos negocios para proteger la vivienda o el sustento del núcleo familiar.¹

La Ley de Concursos y Quiebras (la "LCQ"), en tanto, carece de normas explícitas acerca del instituto en estudio.

¹. CNCiv, sala G, ED, 96-639.

Sin embargo, la inembargabilidad del bien de familia, impuesta por la ley 14.394 tiene repercusión en la quiebra del titular fallido, por cuanto dicha inembargabilidad, de conformidad con lo establecido en el art. 108 incs. 2 y 7 de la LCQ, viene a excluir al bien de familia de los efectos del desapoderamiento.

No obstante ello, dicha exclusión es relativa, ya que, como se dijo, el bien de familia podría ser objeto de desapoderamiento en caso de existir acreedores anteriores a su inscripción como tal.

3. Los efectos de la quiebra sobre el bien de familia. Los criterios en pugna.

Como ya se mencionara, existen dos posturas mayoritarias aunque con diferentes matices dentro de cada una de ellas, aportados por la diversidad de autores que abordaron la problemática, y las soluciones jurisdiccionales que se fueron gestando con el correr de los años.

Una de las posturas mayoritarias, a la que adhieren, entre otros, Bouzat², Porcel³, Tonón⁴ y Maffia⁵, afirma que basta que uno solo de los acreedores sea anterior a la inscripción del bien de familia para que proceda la ejecución en favor de todos; y, para que el monto liquidado ingrese a la masa para ser distribuido conforme a la regla de la "*ius parit conditio creditorum*".

Según los autores que defienden esta tesis, conforme el art. 49 inc. e) de la ley 14.394, la venta judicial del inmueble ordenada en virtud de la existencia de acreedores anteriores a la inscripción, provoca la "desafectación" del bien de familia, y por lo tanto todos los acreedores, no ya únicamente los anteriores, pueden cobrarse del producido de la ejecución.

Bajo tales circunstancias, agregan, el ingreso a la masa de la totalidad de lo producido para su distribución a prorrata entre todos los acreedores de la quiebra deviene, además, una solución acorde a la regla de la *pars conditio creditorum* que impera en los procesos de ejecución colectiva.

Así, Bouzat sostiene que si uno o varios acreedores se encontraban habilitados para embargar y vender el bien por serle inoponible su incorporación al régimen de la ley 14.394, idénticas facultades asisten a la masa, en tanto como consecuencia del concurso y del desapoderamiento del deudor, se ha operado en favor de ella una subrogación en los derechos de los acreedores individualmente considerados.⁶

Apuntalando esa tesis, Lettieri insiste en que la situación concursal importa un fenómeno universal que impone apreciar igualitariamente a todos los acreedores.⁷

Quizá fue Porcel, quien con mayor rigurosidad argumental, ha expresado los fundamentos en que se apoya esta teoría. Para este autor, las razones por las cuales, en caso de existir acreedores anteriores a la inscripción, la totalidad del bien debe ingresar directamente a la masa concursal, serían las siguientes:

² . BOUZAT, Luis Francisco, *El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra*, Rev. Jus. La Plata, 1967 N° 9, p. 5.

³ . PORCEL, Roberto José, *El bien de familia y la quiebra*, LL, 1989-B-734.

⁴ . TONÓN, *Derecho concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 125.

⁵ . MAFFÍA, Osvaldo, *Derecho concursal*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 522.

⁶ . BOUZAT, Luis Francisco, *El bien de familia ...*, cit., Revista Jus, 1967, n. 9, p. 5.

⁷ . LETTIERI, Carlos, *Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente*, ED 115-886.

- (i) no obstante el bien de familia en principio no es susceptible de desapoderamiento, una vez que un acreedor con título anterior a la afectación del inmueble ha verificado su crédito en la quiebra, el bien de familia se vuelve susceptible de desapoderamiento;
- (ii) al ordenarse la venta del inmueble en virtud de la existencia de al menos un acreedor anterior, ya no cumple con el objetivo social que persigue el régimen tutelar, razón por la cual se activa la desafectación establecida en el inc. d) del art. 49 de la ley 14.394;
- (iii) ni la ley de quiebras, ni la ley 14.394 confieren a los acreedores anteriores a la inscripción un verdadero privilegio que autorice a formar una masa separada como si se tratara de una suerte de concurso especial;
- (iv) si tratándose de un deudor *in bonis*, se acepta que si el bien de familia es objeto de ejecución individual, el remanente que resulte de su venta, en caso de existir, pueda ser perseguido por cualquier acreedor, ya que el beneficio no se traslada a ninguna suma de dinero, en el supuesto de ejecución colectiva, como no existe en este caso ninguno de los privilegios que establece la ley para poner a un acreedor en situación preferencial respecto de otro, ni bien desafectado el inmueble pasa a integrar el acervo concursal, cumpliéndose así con la premisa de igualdad que rige en los procesos concursales respecto de los acreedores por imperio de lo normado en el art. 129 de la ley de concursos;
- (v) no es acertado el argumento según el cual de este modo se beneficia a acreedores posteriores a la afectación que no tuvieron en miras la garantía del bien cuando otorgaron el crédito, toda vez que en otros casos la ley de quiebras autoriza el ingreso de nuevos bienes a la masa concursal que no fueron tenidos en cuenta originariamente por los acreedores al contratar; tal el caso por ejemplo, de lo que ocurre con los legados y donaciones, o los actos contemplados en el cap. II, secc. III, del título III de la ley de quiebras, etcétera.

Cabe destacar que en esta teoría se enrolaban, hasta no hace mucho tiempo⁸, la totalidad de las salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la cual venía reiteradamente sosteniendo que “...la circunstancia de que su constitución sea inoponible a uno o varios acreedores del instituyente, en razón de ser los títulos de éstos anteriores a la afectación, torna imperativa la incorporación del inmueble a la masa de bienes sujetos a la ejecución concursal ... de modo que si uno o varios acreedores se encontraban habilitados para embargar y vender el bien por serles inoponible su incorporación al régimen de la ley 14.394, idénticas facultades asisten a la masa como consecuencia del concursamiento y desapoderamiento del deudor ... es que como

⁸. Aclaremos esto por cuanto a partir del dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara in re “Horigian” (que más adelante se cita), la Sala A cambió de postura. Así, en un fallo de esa sala de fecha 24.08.04 (autos caratulados “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, publicado en LA LEY 2005-A, 139), se resolvió adoptar la teoría de las masas separadas pero con la salvedad de que el remanente una vez producido el bien de familia y desinteresados los acreedores anteriores a la inscripción, debe ingresar al activo distribuible en la quiebra: “Corresponde confirmar la sentencia que declaró inoponible respecto de la quiebra la afectación de un inmueble del fallido como bien de familia ante la existencia de acreedores anteriores a dicha afectación y aun cuando el producido del bien debe ser distribuido entre dichos acreedores, sin que ello implique que el eventual remanente de la venta una vez satisfechos sus créditos deba quedar excluido del activo distribuible en la quiebra pues el fallido se halla desapoderado de sus bienes desde la declaración de falencia”.

consecuencia del principio concursal de universalidad y de igualdad de los acreedores en la quiebra, desafectado el bien por un acreedor legitimado a tal fin, cesa absolutamente la protección legal.⁹

Dicha postura, ha sido receptada también, por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.¹⁰

La otra opinión mayoritaria postula la formación de masas separadas, en virtud de la cual, el bien de familia conformará una masa separada integrada únicamente con los acreedores anteriores a la inscripción, a los cuales la misma resulta inoponible.

No obstante, aquí las aguas también están divididas. Así, para algunos autores, de existir un remanente luego de ejecutado el bien de familia, éste será de propiedad del fallido por aplicación analógica del art. 1266 del Cód. Civil, y porque el hecho de la quiebra no puede beneficiar a los acreedores que carecían de la facultad de ejecutar el inmueble, extendiendo la garantía patrimonial del deudor a bienes que antes no le respondían e ignorando el texto expreso del art. 38 de la ley 14.394.

Suscriben esta tesis, aunque con algunos matices, autores como Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Medina¹¹ y Guastavino¹²; y ha sido recogida en algunos precedentes jurisprudenciales, como el fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín del 11 de agosto de 1993, in re “Carrizo, Alberto”¹³, un fallo de la Sala Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de

⁹. Sala A, 31/03/1987, “Establecimientos Betedebe S.C.A. s/quiebra v. Tuculet Dumas de Barillatti, Blanca H. y otros”, JA 1987-IV-127; Sala A, “Pirillo s/quiebra”, 19/11/1993; Sala A, 23/09/2002, “Consortio de Propietarios Formosa 56 c. Jergis, Samuel J.”, L.L. 2003-B, 722; Sala B, 7/2/94, “Guidi de Rabi s/quiebra”; Sala B, 26/06/2003, “Massera, Emilio E., SJA”, 24/3/2004, JA 2004-I-34; Sala C, “Fontañina Pargas s/quiebra”; Sala D, L.L. 1979-B-359; Sala C, “Allmetal S.C.A. s/quiebra v. Quillon, Pedro s/ordinario”, Dict. Fiscal n. 76499; Sala D, 05/03/1979, “Acon Felicito ‘El Palacio del sueño’ s/ quiebra”, L.L. 1979-B, 359; Sala D, 12/03/2001, “Horigian, Alberto G. s/quiebra s/inc. de desafectación y eventual realización de bien inmueble”, L.L. 2001-E, 247 - DJ 2001-3, 588, con nota de Darío J. Graziabile, ED del 22/08/2001, p. 6; Sala D, 25/11/2002, “Zaglul de Said, Nélica s/quiebra”; Sala E, 26/6/97, “López, Carlos s/q. s/inc. de realización de bienes”.

¹⁰. SCBA, 9/5/95, “Kloster, Luis s/conc. prev.”, JA 1995-IV-58, donde se formuló el siguiente razonamiento: (i) es innegable la importancia social del instituto del “bien de familia” y los elevados propósitos tendientes al amparo de la familia y su vivienda; (ii) no obstante, la misma ley 14.394 excluye al “bien de familia” de su esfera de protección cuando las deudas son anteriores a su constitución como tal; (iii) mediando quiebra, rigen al efecto las normas falenciales, que también son de importancia social e institucional, orientadas por principios generales que en el moderno derecho comercial tienden tanto a la protección de los créditos como a la continuidad de la empresa, recuperación patrimonial del concursado de buena fe, etc.; así como entran en juego otros principios como el de la universalidad del patrimonio, y el de la *pars conditio creditoris*; (iv) la afectación e inscripción del “bien de familia” no otorga a los acreedores anteriores privilegio alguno, sino inoponibilidad de sus efectos, esto es, tienen éstos la simple prerrogativa de iniciar sus acciones individuales contra dicho bien, y lo cierto es que al formar parte de la masa, quedan en un pie de igualdad con los demás acreedores; (v) si el bien puede ser embargado por algunos acreedores, sustrayéndolo de la protección de la ley 14.394, al perder su posición de bien inembargable (art. 112 inc. 2º ley citada), no puede éste estar comprendido en el desapoderamiento previsto en el art. 111 de dicha ley.

¹¹. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La protección jurídica de la vivienda familiar*, p. 135 y sgtes., Ed. Hammurabi, Bs. As. 1995; KEMELMAJER DE CARLUCCI, PARELLADA y FLORES, *Bien de familia y quiebra*, RDCO, n. 100, ps. 467 y ss.

¹². GUASTAVINO, Elías P., *Concurrencia de acreedores anteriores y posteriores a la inscripción del bien de familia en la quiebra del titular del dominio. El tema en la Corte Suprema de la Nación*, ED, 169-236.

¹³. Donde se sostuvo que “si existe un acreedor anterior a la constitución del bien de familia, se debe formar una masa especial con los acreedores legitimados para ejecutarla” (del voto la mayoría).

Concepción del Uruguay¹⁴; y el ya famoso pronunciamiento de la sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro en el caso “Kipperband”¹⁵.

Para otros autores, como Truffat¹⁶ por ejemplo, una vez ejecutado el inmueble y satisfechos los acreedores anteriores a la inscripción del bien de familia, los restantes acreedores pueden concurrir a prorrata sobre el eventual remanente de su producido, por cuanto el art. 38 de la ley 14.394 no priva a los acreedores posteriores del derecho a cobrar sobre el saldo.

En sintonía con esta tesitura se encuentra Belluscio¹⁷, para quien la inembargabilidad que ostentaba el bien de familia ejecutado no se traslada al dinero.

En línea con estos argumentos, Cámara sostiene que realizado el bien de familia sólo en favor de los acreedores con título o causa anterior, el remanente sería una suma de dinero que no debiera ser entregada al fallido justamente por su calidad de tal, y para la cual no podría ser pretendido el privilegio de estar exenta de persecución por los demás acreedores concurrentes, fuera cual fuese la fecha de su acreencia, ya que lo puesto *extra commercium* por la ley 14.394 es el inmueble en cuanto asiento humano y no su valor pecuniario; con lo cual al quedar desafectado el bien de familia para algún acreedor anterior, cuando menos, queda desafectado para con todos (o en favor de todos) los acreedores verificados.¹⁸

A la misma solución arriba Porcel, afirmando que al ingresar en el desapoderamiento y subastar el inmueble ya no existe interés tutelable y la propia ley 14.394 implícitamente admite que los acreedores posteriores ejecuten el saldo aun estando el deudor *in bonis*.¹⁹

Para Fragapane, lo que resulta relevante a los efectos de que los acreedores posteriores puedan agredir o no el remanente del producido del bien de familia, es el momento de la rehabilitación (art. 236 LCQ), ya que extinguido el bien de familia, las sumas "remanentes" ingresan al patrimonio del fallido "ex novo", como bienes futuros, de donde el hecho de que los nuevos bienes vengán a incrementar ese patrimonio desvalido "en beneficio del resto de los acreedores, depende de que ese ingreso sea anterior al cese de la inhabilitación, es decir, dentro del período en que rige el desapoderamiento.²⁰

En otras palabras, Fragapane considera a las sumas remanentes -una vez desinteresados los acreedores anteriores y los gastos de justicia-, como nuevos bienes que ingresan al patrimonio del

¹⁴. En un fallo del 18/11/2002, “Grupo Goldaracena Hnos. S.A.C. s/actuaciones con motivo de la quiebra”, en el que resolvió que “quien demuestre que su crédito es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, puede solicitar la formación de un concurso especial, quedando el eventual saldo remanente para el fallido.”

¹⁵. CCC San Isidro, sala 1ª, 03/02/1997, "Kipperband, Jacobo v. Registro de la Propiedad Inmueble de la Prov. de Buenos Aires", JA 1997-III-78, con nota de Elías P. Guastavino, LLBA 1997-530; donde se admitió la sustitución del bien de familia, constituido sobre un inmueble del fallido, con el objeto de que el síndico vendiera el referido inmueble para pagar a los acreedores a quienes éste es inoponible y con el resto del producido se adquiriera otro que se colocara en el lugar del bien a enajenar.

¹⁶. TRUFFAT, Daniel, *El bien de familia y la quiebra, brevísimas reseñas sobre diversas posturas doctrinarias, y, también, alguna opinión personal* (ED, 155-117).

¹⁷. En *Código Civil comentado*, dirigido por BELLUSCIO y coordinado por ZANNONI, t. 6, pág. 316 -opinión del director de la obra-

¹⁸. CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, t. III, ps. 2040 y ss.; C. Nac. Com., sala D, LL 1979-B-359

¹⁹. PORCEL, Roberto José, *El bien ...*, cit.

²⁰. FRAGAPANE, Héctor R. - MAUNA DE FRAGAPANE, Patricia, *El remate del bien de familia en la quiebra y la distribución del producido*, LL Gran Cuyo, 1998-40.

fallido, los cuales corresponderán a este último o al acervo falencial, según que aquél esté o no rehabilitado a la fecha en que los mismos se determinen.

Este es también el nuevo criterio que sobre la materia adopta la Fiscal de la Cámara Nacional en lo Comercial.²¹

En una postura extrema y aislada se hallan Florit - Rossi, para quienes los principios de universalidad e igualdad imponen que la existencia de créditos posteriores impiden también cobrarse a los anteriores. No obstante, se ha criticado con razón tal postura por cuanto deja sin contenido posible al art. 38 de la ley 14.394 y favorece el fraude a la ley. Como bien se ha apuntado, desde esta perspectiva nunca se substaría el bien y no existiría el problema de distribución de fondos objeto del presente estudio.²²

También en un posición aislada, e incluso olvidada, ha quedado Sajón, para quien cuando la fecha de inicio del estado de cesación de pagos firme es anterior a la inscripción como bien de familia, el inmueble se halla sujeto al desapoderamiento; mientras que, si tal fecha inicial es posterior y existe algún acreedor anterior a ella, éste puede perseguir la realización del bien mediante acción individual. Esta postura supedita la solución a la fijación del período de sospecha asimilando la afectación a un acto ineficaz de pleno derecho.²³

4. Nuestra opinión.

Por nuestra parte, adelantamos, adherimos al criterio que postulan Kemelmajer, Parellada, Medina y Guastavino, pues creemos que es el que mejor responde a la finalidad tuitiva y al espíritu de la ley 14.394.

No nos parece que el principio de la *pars conditio creditorum* constituya una regla absoluta que obligue a equiparar la situación de los acreedores posteriores a la inscripción con la de los anteriores a la misma.

Por el contrario, la misma ley de quiebras, sobre todo en su última reforma, hace aún mayor hincapié en las diferencias que existen entre los acreedores, alentando al deudor a conferirles un trato distinto de acuerdo a las diferentes clases de las que se trate (v.gr., mediante la categorización de los acreedores quirografarios y la posibilidad de hacerles propuestas de acuerdo diferenciadas).

Y si bien es cierto que la ley 14.394 no tiene por virtud crear un privilegio legal, no menos cierto es, que ésta organiza un régimen de oponibilidad e inoponibilidad que no puede ser desconocido.

La norma del art. 38 de la ley 14.394 es, en tal sentido, categórica: el bien de familia es oponible a los acreedores posteriores a su inscripción aún en caso de quiebra.

²¹. Así, en el dictamen emitido en autos "Horigian" (cit.), menciona como fundamentos de esta postura los siguientes: (i) el fallido se halla desapoderado de sus bienes desde la declaración de falencia, por lo que el saldo de la venta de un bien suyo mal podría serle asignado, ya que ello contradiría las reglas referidas al desapoderamiento; (ii) el art. 38 de la ley 14.394 impide a los acreedores "posteriores" atacar el bien afectado al beneficio; mas no los priva del derecho a cobrar sobre el saldo; (iii) así las cosas, tal remanente, que ya no está abarcado por la protección derivada del instituto del bien de familia, debe pasar a integrar el activo concursal, ya que la protección que genera el instituto del bien de familia abarca sólo a la vivienda, mas no al dinero producido por su enajenación.

²². FRAGAPANE, Héctor R. - MAUNA DE FRAGAPANE, Patricia, *El remate...*, cit.

²³. SAJÓN, Jaime, *El bien de familia y la quiebra*, ED, 95-925.

De modo que, como bien decía García Martínez, “si el legislador sanciona normas que lo contradicen o restringen en forma concreta [el principio de igualdad concursal] no cabe colocar el principio por encima de la norma y debe aplicarse ésta.”²⁴

Esta oponibilidad, además, se traduce en una inembargabilidad, que, a los efectos de la quiebra, lo excluye del desapoderamiento según expresa previsión legal concursal del art. 108, incs. 2º y 7º, de la ley 24.522.

Se trata, por ende, de una excepción al sistema concursal que surge de la propia ley especial (la ley 14.394), y que, como tal, prevalece sobre el principio según el cual no debe distinguirse entre acreedores de igual grado sobre la base de prioridades temporales.²⁵

Además, no parece justo ni razonable admitir que ciertos acreedores para quienes un inmueble del deudor era inembargable, posteriormente sean beneficiados por el producido de la ejecución de ese mismo inmueble iniciada por acreedores que sí tenían por ley ese derecho.

Tales acreedores posteriores a la inscripción, nunca podrán alegar que tuvieron en cuenta el bien de familia como patrimonio del deudor al tiempo de otorgarle crédito.

Con lo cual, de lo contrario, se estaría beneficiando a quienes no lo esperaban y disminuyendo la garantía de quienes sí contemplaron la existencia del bien.

Por otra parte, la entrega al fallido del remanente para la adquisición de un nuevo inmueble bajo el amparo del bien de familia, o la encomienda al síndico de tal trámite, es la solución que mejor se ajusta tanto al texto como al espíritu de la ley 14.394, y que subsiste aún cuando el titular o los titulares del bien de familia se encuentran en quiebra, como expresamente lo establece el art. 38 de la citada normativa.

Razones de equidad abonan esta tesitura. En efecto, ante la indeterminación que afecta a la norma y atendiendo a sus particulares circunstancias, la solución propuesta evita que se configure una situación de desprotección absoluta de quien, en su momento, buscó y obtuvo el amparo de una ley de profundas implicancias sociales.

Vista la cuestión desde otro ángulo, la conclusión resulta igualmente idéntica, ya que requerir que el remanente del producido de la venta se termine incorporando a la masa concursal en beneficio de los acreedores posteriores, también puede significar un exigencia desmedida cuando el deudor puede aplicar el mismo a adquirir otro bien de familia de valor inferior, y cuando de ese modo se beneficiaría a quienes cuyos derechos la ley en ningún caso buscó poner por encima del amparo de la vivienda familiar.²⁶

²⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *La igualdad de los acreedores en los concursos*, LL, 1981-B-1024.

²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, PARELLADA Y FLORES, *Bien de familia ...*, cit.

²⁶ Como bien dijo Guastavino, “en la hermenéutica del régimen del bien de familia ha de atenderse más que a la redacción legal del texto -interpretación exegetica-, a la índole misma de la institución, a las causas sociales que le dieron origen y al contenido permanente e intrínseco que le han conferido un lugar en la sistemática civil de los pueblos -interpretación finalista-” (GUASTAVINO, Elías P., *Bien de Familia*, segunda edición actualizada, t. II, p. 385, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 198).

Es que la sanción de la ley 14.394 importó el reconocimiento de la familia como unidad esencial necesitada de protección legal, y para la consecución de tales fines impuso una serie de sacrificios: (i) la indisponibilidad del bien como privación del interés del propio titular; (ii) la desgravación impositiva, como la renuncia del interés fiscal del Estado; y (iii) la oponibilidad del bien de familia a los acreedores posteriores a la inscripción, aún en caso de quiebra.²⁷

En síntesis, para nosotros, la protección de la vivienda familiar siempre debe prevalecer por sobre el interés de los acreedores posteriores a la inscripción del bien de familia, quienes nunca computaron ese bien como prenda común.

5. Otras cuestiones controvertidas sobre el bien de familia en el marco de procesos falenciales.

5.1. Sujetos legitimados en el trámite de desafectación del bien de familia en el proceso falencial.

Otra de las cuestiones controvertidas con relación al bien de familia en la quiebra, es el relativo al sujeto legitimado para instar la desafectación en caso de existencia de acreedores anteriores a la inscripción.

Así, en un caso, la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial, resolvió que el síndico tiene una legitimidad procesal originaria para requerir la desafectación como bien de familia de un inmueble del fallido, hecho que halla fundamentación en el principio básico de la quiebra, por el cual la apertura del procedimiento concursal importa la necesaria sustitución de los acreedores singulares por el órgano concursal, en todas las acciones que tienen por finalidad la realización de la garantía patrimonial en interés de la masa, a efectos de que la ejecución colectiva adquiera especial eficacia e intensidad, por el mayor campo de aplicación y por la facilitación de su ejercicio.²⁸

En cambio, en sentido contrario, otros tribunales han sostenido que para que el bien de familia ingrese a la masa, es necesaria la exteriorización expresa de la voluntad del acreedor preexistente, ya que ni el síndico ni el resto de los acreedores pueden acreditar interés legítimo para atraer hacia el concurso el bien excluido.²⁹

En ese mismo sentido, también se sostuvo que no corresponde desafectar un bien de familia a pedido del síndico de una quiebra, invocando la conformidad de un acreedor cuya acreencia se había originado antes de la inscripción pero sin hacer valer su derecho -en el caso, acreedor prendario que no había solicitado la desafectación en la ejecución especial y verificó su crédito como quirografario en la quiebra-, pues de tal modo se beneficia a los acreedores que no ostentaban ese derecho invocando el criterio igualitario de los acreedores concursales, principio que debe ceder ante la existencia de la norma del art. 38 de la ley 14.394 de mayor jerarquía que las normas contenidas en la ley de concursos.³⁰

Entre la doctrina, quien se ha ocupado de la cuestión fue Esparza, para quien el síndico no se encuentra legitimado para instar la desafectación del bien de familia, ya que ello no se encuentra

²⁷. GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, cit., t. I, 125.

²⁸. CNCom, Sala A, ED, 123-516.

²⁹. CCC de Azul, 15/04/1992, "Piñel, Jorge L."

³⁰. STEntreRíos, 14/09/2004, "Larrate Hnos. S.H. y otros s/conc. prev.", LLLitoral 2005 (marzo), 154.

previsto en el ordenamiento específico (art. 49 de la ley 14.394) y no es parte interesada según dicha norma.³¹

5.2. Bien de familia e ineficacia concursal.

Otra de las cuestiones debatidas con relación a la constitución del bien de familia y la quiebra, es si la misma puede caer o no bajo la sanción de la ineficacia concursal cuando fue realizada dentro del período de sospecha.

En este punto, es importante recordar que la ley 24.522 prevé en los artículos 115 a 124 los efectos sobre los actos perjudiciales a los acreedores.

Ahora bien, ¿puede considerarse que la constitución del bien de familia se encuentra alcanzada por estos efectos?

Dando respuesta a este interrogante, autores como Molina Sandoval, Junyent Bas y Grillo, han dicho que esta hipótesis no es subsumible en el régimen de la ineficacia concursal y que la solución debe ser buscada conforme a las propias normas de oponibilidad de dicha protección.³²

Por su parte, Porcelli es terminante en cuanto a que la constitución del bien de familia no es alcanzado por los efectos del período de sospecha, afirmando que la propia ley que regula el régimen tutelar, en su artículo 38, dispone que “el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra” y que “esta indicación expresa y pergeñada de la ley, no puede ser pasada por alto, para justificar la inclusión del bien dentro de los actos ineficaces del período de sospecha.”

Además, el autor antes señalado, también sustenta su postura afirmando que tampoco surge de la propia ley de quiebras, que la afectación del inmueble como bien de familia, sea uno de los actos ineficaces de pleno derecho, razón por la cual, no cabe incluirlo como tal.³³

En igual sentido, la jurisprudencia ha entendido que la fecha de cesación de pagos es irrelevante para evaluar la oponibilidad de la inscripción como bien de familia³⁴, y también ha dicho que no es uno de los supuestos subsumibles en los previstos en el artículo 118 de la LCQ.³⁵

³¹. ESPARZA, Gustavo A., *Desafectación del bien de familia en la quiebra. Algunas observaciones en materia de legitimación en procesos concursales*, JA, 2004-I-37.

³². JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sistema de ineficacia concursal – La retroacción en la quiebra”, pág. 410, ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2002; Grillo, Horacio Augusto, “Período de Sospecha en la legislación concursal”, pág. 240, ed. Astrea, 2da edición actualizada y ampliada, Bs. As. 2001.

³³. PORCELLI, Roberto J., *El bien de familia y la quiebra (alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal*, LL, 1989-B-734.

³⁴. En tal sentido se ha resuelto que “debe revocarse la resolución del a quo que dispuso desafectar como bien familia a un inmueble de propiedad del fallido por ser la fecha de cesación de pagos del deudor anterior a esta afectación, pues la constitución del inmueble como bien de familia sólo resulta inoponible a los créditos de fecha anterior a esta afectación” (CNCom, Sala C, 22/8/03, “Barbutto, Enrique s/ quiebra”, LL, 14/01/04,4); y que “a los fines de evaluar la oponibilidad de la inscripción del bien de familia en la quiebra, es irrelevante la fecha de cesación de pagos, pues debe meritarse la existencia de algún crédito verificado de causa o título anterior a la fecha de la mentada inscripción” (del dictamen del fiscal que la CNCom, Sala A, hace suyo, 23/9/02, “Consorcio de Propietarios Formosa 56 c. Jergis, Samuel J”, LL 2003-B,722).

³⁵. Al respecto se resolvió que “la afectación a bien de familia no es un acto de disposición, en tanto tiende a la conservación del bien afectado en el patrimonio de su titular. Tampoco se trata de hipótesis subsumible en el art. 122

Sin embargo, otros autores sostienen que los acreedores posteriores a la afectación, eventualmente podrán cuestionar tal constitución por ineficaz, en los términos de los arts. 118 y 119 de la LCQ.³⁶

En el mismo orden de ideas, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, comentando un fallo de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, que había resuelto que si la fecha de cesación de pagos determinada por resolución judicial era anterior a la inscripción del bien de familia, la afectación era ineficaz³⁷, dijo que esta es la tesis que mejor concilia los principios concursales con la finalidad del bien de familia, que no es defraudar a los acreedores anteriores, sino mantener incólume el patrimonio de futuras deudas. Además, aclara con relación a los supuestos contemplados en el artículo 122 de la ley 19.551 (actual artículo 118 de la ley 24.522), que bajo la expresión “actos a título gratuito”, la ley no sólo contempla las donaciones, sino aquellos actos que, siendo en sí mismos lícitos, provocan una disminución en la garantía común, sin contravalor respectivo, en beneficio de un tercero y por voluntad exclusiva del deudor; es decir, que no configuran actos necesarios.³⁸

En sentido concordante, Heredia puntualiza que “en caso de quiebra del constituyente, la operatividad de esta última disposición, en cuanto establece la inembargabilidad e inejecutabilidad del bien afectado como bien de familia, supone que la inscripción no se hubiera efectuado dentro del denominado ‘período de sospecha’, pues de lo contrario su registro como tal resulta ineficaz (inoponible) frente a los acreedores concursales, ya que la afectación sería un acto a título gratuito que queda aprehendido por lo dispuesto por el art. 118 inc. 2º”.³⁹

5.3. La revisión de la subsistencia de los requisitos del bien de familia por el Juez de la quiebra.

En cierto caso, que tramitó por ante la Justicia Nacional en lo Comercial⁴⁰, el Juez de Primera Instancia dispuso la desafectación de un inmueble que había sido inscripto como bien de familia 10 años antes de la fecha del crédito más antiguo de la quiebra.

En dicho pronunciamiento se sostuvo que el art. 34 de la ley 14.394 prevé que “cualquier persona puede constituir (como bien de familia) un inmueble... cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia, según las pautas que se establezcan reglamentariamente”, y que como ese “...tope valorativo ... no está reglamentado ... corresponde al tribunal valorarlo ...”, concluyendo que “las características del bien en cuestión “... lo excluyen *per se*’ del régimen...”.⁴¹

de la ley de concursos pues no corresponde a ninguno de los casos allí enumerados en forma taxativa” (CNCom, Sala D, 5/3/79 “Ancón, Felicitó”).

³⁶. Confr., ESPARZA, Gustavo, *Apuntes sobre bien de familia y concurso preventivo a propósito de un fallo*, JA 2003-I-95.

³⁷. Fallo del 23/12/86, *in re* “Metalúrgica Santo Tome SA”, Zeus, 45-J-277.

³⁸. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, *Protección Jurídica ...*, cit. pág. 154.

³⁹. HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 3, pág. 1014.

⁴⁰. Autos caratulados: “Issahar Zadeh, Jaime F. s/quiebra”, de trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 21, Secretaría N° 42, resolución de fecha 16 de noviembre de 1999.

⁴¹. El Juez había meritulado que dadas las características del bien en cuestión (compuesto por (i) una unidad funcional que en el vigésimo quinto piso del edificio cuenta con una superficie cubierta de 252,61 m2 y un balcón de 35,85 m2,

La Cámara revocó esa decisión, considerando que si bien conforme al art. 34 de la ley 14.394 "toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente", no es menos cierto que "el dec. nacional 2080/80 suprimió los topes máximos de los valores de los inmuebles que pueden constituirse como bienes de familia, que habían sido instituidos por el dec. nacional 2513/60 y luego por el dec. nacional 3091/73; y que a diferencia de lo considerado por el tribunal de primera instancia, "apreciase que en el caso es innecesario examinar la legitimidad de esas normas ... Porque, como se dijo, teniendo en cuenta las fechas en las que se originaron las acreencias verificadas en autos y la fecha en la que se produjo la cesación de pagos del fallido, no procede desafectar del régimen de bien de familia un inmueble del deudor que aparece regularmente inscripto en el mismo en el año 1981" y por cuanto "no hay base legal en autos que habilite una indagación relativa al valor del inmueble en cuestión, orientada a lograr su desafectación de ese régimen."⁴²

Cabe señalar que en el pronunciamiento de Primera Instancia luego revocado, el Juez había fundado la decisión en un ya viejo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1987/09/01), dictado in re "Magnasco de Bicchi, María C. y otro c. Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica"⁴³, en el cual se hizo lugar a un recurso de hecho presentado contra la resolución de la sala G de la Cámara Civil que había rechazado el levantamiento de un bien de familia solicitado por coherederos contra la cónyuge por ser el inmueble de considerable valor.

En los considerandos de este último fallo, la Corte había considerado arbitraria la decisión de la sala G de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, que no había hecho lugar a la desafectación, con fundamento en que el Registro de la Propiedad Inmueble había en su momento admitido la inscripción del bien de familia pese al valor del mismo, pues sostiene que ello conduce, en ese caso en particular, a convalidar un ejercicio antifuncional de un derecho, que estaría dado por el mantenimiento a ultranza de la afectación del inmueble a favor exclusivo de un solo heredero y en perjuicio de los restantes, y que ese es un efecto no querido por la ley, máxime cuando con la porción hereditaria que le correspondía el cónyuge supérstite podía adquirir otro bien adecuado a sus necesidades de sustento y vivienda.

También la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recientemente resolvió, esta vez en el marco de un proceso falencial, desafectar un inmueble inscripto como bien de familia por considerar que excedía las necesidades de sustento y vivienda de la familia.⁴⁴

No obstante, en este último caso, se dispuso separar del producido un 20% para ser entregado al titular del inmueble, a los efectos de que adquiriera un nuevo bien bajo el mismo régimen, por considerar que con dichas sumas podía obtener una vivienda acorde a sus necesidades.

en el vigésimo sexto piso de dicho edificio consta de una superficie cubierta de 75,35 m², una superficie semicubierta de 3,32 m², una superficie descubierta de 61,90 m² y un balcón de 36,61 m², y en la planta azotea consta de una superficie descubierta de 99,85 m²; (ii) una unidad complementaria que consta de una superficie de 5,91 m²; y (iii) dos unidades funcionales -que se utilizan como cocheras- que constan de 21,03 m² y 6,41 m².), excedía las necesidades de sustento y vivienda de la familia, por entonces conformada por la esposa del fallido y sus dos hijos.

⁴². CNCom, Sala D, 12/08/2003, "Issahar Zadeh, Jaime F. s/quiebra", LA LEY 2004-B, 798, con nota de Edgardo M. Alberti.

⁴³. Publicado en LA LEY 1988-E, 414, con nota de FAZIO DE BELLO, Marta E., *Bien de familia. Desafectación*.

⁴⁴. SCBA, 14/04/2004, "Cuenca, Daniela B. P. s/quiebra", Sup. CyQ 2004 (noviembre), 70.

Aquí, la Corte provincial sostuvo que si bien en la Provincia de Buenos Aires no existen normas reglamentarias que establezcan valores inmobiliarios fijos por encima de los cuales las viviendas no puedan ser incluidas en el régimen de la ley 14.394; ese vacío normativo no era óbice para que se pondere si se cumple con el recaudo del art. 34 de la ley 14.394, sino que, por el contrario, brinda mayor libertad al juez para la tarea de analizar en cada caso particular si la propiedad de que se trate abastece o supera las necesidades de la familia que la habita, siendo de aplicación también la doctrina del abuso del derecho como forma efectiva de eliminar el ejercicio antifuncional de esta esencial prerrogativa.

Sobre la base de esas ideas, se consideró que el inmueble de la fallida superaba las necesidades de vivienda del núcleo familiar, integrado únicamente por esta última y su esposo, y teniendo en cuenta las características del bien, que calificó como "suntuario", entendida en el sentido de "desproporcionada" con relación a las necesidades de habitación de sus moradores.⁴⁵

Por nuestra parte, consideramos que si bien es cierto que el inmueble no debe exceder en su valor las necesidades de sustento o de vivienda, ello depende de la "condición social" de sus habitantes, razón por la cual, y ante las dificultades obvias en establecer cuál sería en cada caso el justo valor máximo admisible y no incurrir en posibles arbitrariedades, resulta mucho más conveniente y acorde a la finalidad de la institución, permitir su afectación cualquiera sea su valor⁴⁶, que es la solución que rige en la Capital Federal a partir del dictado del decreto 2080/80, que sustituye a la ley 17.417, y que reglamenta la ley 17.801 de registro, cuyo art. 168 establece que: "Se admitirá la constitución de inmueble en bien de familia, cualquiera sea su valuación fiscal, siempre que estuviera destinada a vivienda del constituyente o su familia o cuando además de ese destino, se llevare a cabo actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución".

Por otra parte, resulta cuanto menos dudoso que el Juez tenga facultades para revisar la afectación de un inmueble como bien de familia oportuna y legalmente autorizada por la autoridad administrativa correspondiente, al menos si no media alteración de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al momento de su inscripción, ni se invoca la existencia de vicios en el acto constitutivo.

Es que, supeditar *sine die* a un posterior contralor judicial la eficacia del acto constitutivo del bien de familia, conduciría a una situación de precariedad a tal acto que muy posiblemente haría que el instituto quedara rápidamente desvirtuado, en razón de su consecuente inestabilidad.

⁴⁵. Se trataba de un inmueble de más de quinientos metros de superficie cubierta con cuatro dormitorios, cinco baños y dos comedores -entre otras espaciosas dependencias- en la casa principal, una vivienda anexa completa y un quincho separado, con un valor actual cercano al millón de pesos.

⁴⁶. Esta ha sido, además, la recomendación de la "XVII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble", realizada en la ciudad de La Plata durante el mes de junio de 1980, donde se puntualizó que "los topes se erigen en un escollo muchas veces arbitrario e injusto que atenta contra el claro principio que tuvo en mira el legislador al sancionar el régimen protector del bien de familia", "creándose inequitativas categorías familiares que no se compadecen con la institución" (en Reuniones Nacionales de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble y Congresos Nacionales de Derecho Registral, 1979/1983, t. II, p. 25). Por su parte, la Ley 9747 de la Provincia de Buenos Aires, dictada en el año 1981, dispuso que a los efectos de la constitución del Bien de Familia establecido por la ley 14.394 se admitirá todo inmueble, cualquiera sea su valuación fiscal, siempre que su destino fuese el de vivienda del constituyente y su familia, o cuando además de ese destino, se llevare actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o beneficiarios de la institución. Tal reglamentación, al igual que la del Dcto. 2080/80, hacen eco del criterio que propugna la facilitación del acceso al bien de familia que ya enunciaba Mustapich en el año 1956 y que hoy es compartido por la mayoría de la doctrina (ver, por ejemplo, MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, t. II, n° 379).

Ha de reputarse pues, que, la existencia de los requisitos legales para la constitución del bien de familia, sólo puede juzgarse al momento de la constitución, y que dicho juzgamiento sólo compete a la autoridad administrativa pertinente (art. 42 y ctes. Ley 14.394, en nuestro ámbito, el Director del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal). Sólo cuando se hayan producido alteraciones sustanciales del *status quo* imperante al tiempo de la constitución del bien, podrán los jueces autorizar la desafectación, si esas alteraciones implican que han dejado de existir los requisitos exigidos para su inscripción.

De lo contrario, es decir, si la situación de hecho no se ha modificado, no puede el juez disponer la desafectación, ya que importaría una intromisión indebida y no autorizada del Poder Judicial en lo que constituye una esfera de actuación reservada exclusivamente al Poder Ejecutivo.

5.4. La denuncia del bien de familia como activo concursal.

En algún caso, un Juez de Primera Instancia del Fuero Comercial de la Capital Federal, ordenó la desafectación de un bien de familia en razón de que el concursado, luego fallido, declaró como “activo concursal” el 50% indiviso del inmueble en cuestión al tiempo de cumplir con los requisitos para la apertura del concurso previstos en el art. 11 de la Ley 24.522.

La Cámara de Apelaciones⁴⁷ revocó ese pronunciamiento, advirtiendo que: (i) la denuncia del inmueble por el deudor al peticionar la apertura de su concurso preventivo, no pudo implicar mecánicamente la desafectación del mismo como bien de familia, ya que la ley no atribuye ese efecto a dicha manifestación unilateral del entonces concursado; (ii) máxime no existió ninguna intervención al respecto de parte del resto de los beneficiarios del bien de familia; (iii) no existe deuda alguna del fallido de causa o título anterior a la inscripción del inmueble como bien de familia; ni se percibe la existencia de "gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca".

Por nuestra parte, no podemos sino compartir la decisión de la Cámara, ya que las causales de desafectación están claramente previstas en el art. 49 de la ley 14.394, enumeración taxativa entre las que no se encuentra la mera denuncia del bien en un proceso concursal, sobre todo cuando en el curso del mismo se había aclarado reiteradamente que se trataba de un bien de familia.

Por otro lado, y además de que la voluntad de desafectación tiene que se emitida en forma expresa e inequívoca (y ello no puede inferirse de la mera denuncia de la existencia del bien de familia), tratándose de un bien dividido en condominio, el inc. 3 del art. 49 de la ley 14.394, requiere la conformidad de la mayoría de los condóminos, y en el caso el concursado, luego fallido, poseía tan sólo el 50% indiviso.

⁴⁷. CNCom, sala D, 2002/02/25, “M., M. H.”, LA LEY 2002-E, 660, con nota de MEDINA, Graciela, *El bien de familia en condominio, la quiebra y el divorcio del fallido*.