

## BIEN DE FAMILIA. PUBLICIDAD Y OPONIBILIDAD

*Por Luis Moisset de Espanés*

Sumario: I. Oponibilidad. II. Oponibilidad y publicidad registral. III. La constitución e inscripción del bien de familia: a) Solicitud judicial; b) Declaración efectuada ante el Registro; c) Constitución por instrumento notarial. IV. Un caso de la vida práctica. V. Conclusiones.

### I. Oponibilidad

En el campo del derecho tiene singular importancia el grado de "oponibilidad" de que gocen las situaciones susceptibles de ser protegidas por el orden jurídico.

Hablamos de "grado" de oponibilidad, porque aunque los titulares de derechos siempre tienen la pretensión de poder hacerlos valer frente a cualquiera, hay casos en los cuales esa oponibilidad no es absoluta, sino que sólo pueden esgrimirse frente a algunos, y carece de protección frente a otros a quienes les resultan "inoponibles".

Nos reducimos a enunciar esta característica, ya que la natural limitación que impone una nota a fallo, impide que nos extendamos en largas consideraciones sobre la oponibilidad, tema que ha sido objeto de excelentes tesis doctorales.

Desde nuestra cátedra hemos señalado en numerosas ocasiones que la oponibilidad de una situación jurídica suele quedar vinculada al hecho de que el resto de la comunidad tenga "conocimiento efectivo", o al menos "posibilidad de conocer" su existencia.

Así, por ejemplo, y desde muy antiguo, los derechos reales gozan de mayor oponibilidad, porque la posesión de la cosa crea en los demás la presunción de que existe un derecho; en cambio, en el campo de los derechos personales la relación sólo suele ser conocida por acreedor y deudor, y por ello resulta inoponible al resto de la comunidad. Sin embargo, cuando los terceros tienen conocimiento efectivo de la situación de deuda y, sin embargo, contratan con ese deudor relaciones que tienden a vulnerar créditos preexistentes, el acreedor afectado podrá oponer su derecho esgrimiendo la acción revocatoria o pauliana, y lograr que a su respecto no tenga efecto la adquisición que efectuó el tercero que, sin embargo, será "oponible" a cualquier otro.

## II. Oponibilidad y publicidad registral

Decíamos más arriba que el grado de oponibilidad tiene gran relación con el conocimiento efectivo o con la posibilidad de conocer. En este punto es donde el legislador interviene y procura crear medios técnicos que faciliten la "posibilidad de conocimiento".

Aparecen así los "registros", en los que se procura asentar constancia de situaciones o relaciones jurídicas, que pueden, por medio de la consulta del registro, ser conocidas por todos los interesados.

Se crea así, por vía de la publicidad registral, la posibilidad de conocer y con ella se genera la oponibilidad de las circunstancias que se incorporan al registro.

Los sistemas registrales varían de país a país, y de la técnica adoptada dependerá la forma de incorporación de los datos al registro y, por ende, la determinación del momento en que esos datos obtendrán la "oponibilidad" propia de la publicidad registral.

En el Código Civil redactado por Don Dalmacio Vélez Sársfield ya estaba contemplado el problema con relación a la hipoteca que, constituida por escritura pública, era menester que se la registrase, tomando razón de ella (art. 3134), no causando efectos respecto de terceros mientras no se hiciese pública su inscripción en los registros (art. 3135).

La idea básica del sistema era, pues, que se otorgaba oponibilidad, en razón de la inscripción que brindaba a los terceros la posibilidad de conocimiento. Pero también ya el Codificador había establecido en las normas del título de la hipoteca ciertas matizaciones que resulta de interés recordar, a saber:

a) Que el derecho, aunque todavía no estuviese inscripto, resultaba oponible a quienes tenían conocimiento efectivo de su constitución, como el escribano público y los testigos que participaron en el instrumento público, respecto a los cuales "la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada" (art. 3135 *in fine*).

b) El segundo matiz, establecido en el art. 3137 del Código, era la fijación de un plazo para la registración, y que la hipoteca tuviese efectos desde su constitución si era presentada dentro del término legal.

En resumen, se consideraba "inscripción" del derecho, con efectos frente a los terceros, a la realizada dentro del término legal, y se concedía efectos a la situación no registrada, frente a los que tenía conocimiento efectivo de su constitución.

Ése era el sistema vigente cuando en 1954 se incorporó el "bien de familia", por la ley 14.394.

### III. La constitución e inscripción del bien de familia

La "constitución" del régimen de bien de familia sobre un inmueble es fruto de la decisión libre y voluntaria del titular del bien, que puede elegir para ello diversas vías, mencionadas, aunque no de forma sistemática, en la ley 14.394.

En primer lugar, vemos que el art. 44 prevé que puede ser el resultado de una disposición testamentaria, hipótesis en la cual será la justicia la que eleve al Registro la petición de inscripción; en segundo lugar puede tratarse de una declaración de voluntad, de las que solemos calificar de "actos entre vivos", pero aquí, a su vez, podrá seguir distintas vías, a las que se alude en el art. 47, a saber:

a) Formular la petición directamente ante la autoridad administrativa;

b) Realizar la declaración ante un profesional, que intervendrá en el trámite posterior de inscripción, profesional que, aunque no lo diga la ley, que sólo hace referencia al monto máximo de sus honorarios, en nuestro sistema jurídico es el escribano público, encargado de dar forma instrumental a las declaraciones de voluntad de los particulares.

Elías Guastavino, en su ya clásica obra sobre "*Bien de familia*"<sup>1</sup>, ilustra la posibilidad de constituir el bien de familia en una escritura

<sup>1</sup> Véase 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, 2 tomos.

pública, citando las disposiciones de los decretos reglamentarios de la Capital Federal, y de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Chubut, La Pampa, Misiones, Neuquén, Salta y Santa Fe<sup>2</sup>. Agrega también como posibilidades el que se constituya el bien de familia en un acto de donación, o en una partición de bienes por el ascendiente, hipótesis ambas en las que se requerirá la forma de la escritura pública.

### **a) Solicitud judicial**

En el caso de que hubiese mediado un testamento, como acto constitutivo del bien de familia y, en consecuencia, sea el juez de la sucesión el que solicite se tome razón de la afectación del inmueble, esa solicitud logrará su publicidad y producirá efectos frente a terceros desde el día en que ingrese al Registro, cualquiera sea el tiempo que demore la tramitación interna del expediente.

A nuestro criterio será también oponible, luego de la incorporación del testamento al expediente judicial, a todos los que por esa vía tomaron "conocimiento efectivo" de la decisión de afectar al inmueble como bien de familia, que ha sido constituido por la voluntad del causante. Su carencia de publicidad registral en esta etapa no es óbice para que sea oponible la situación ya constituida a quienes la conocían. Se trata de la aplicación de principios generales, consagrados ya por el Código Civil, como hemos visto más arriba, y reproducidos en la ley registral 17.801, como lo analizaremos luego con más detenimiento.

### **b) Declaración efectuada ante el Registro**

Aquí debe considerarse como fecha de inscripción el momento en que se labra en el Registro el acta en que consta la voluntad del titular del inmueble de constituir el bien de familia. El pedido efectuado ante el Registro constituye la situación de "bien de familia" y, al mismo tiempo, coloca a todos los interesados en la "posibilidad de conocer", por lo que el bien de familia se hace oponible a cualquier crédito contraído con posterioridad a esa fecha.

<sup>2</sup> Ob. cit. en nota anterior, t. II, pág. 193.

### c) Constitución por instrumento notarial

La declaración efectuada ante el notario es constitutiva del bien de familia, pero como el art. 35 de la ley dice que "produce efecto a partir de su inscripción en el Registro correspondiente", cabe preguntarse: en la actualidad, en nuestro sistema jurídico, ¿desde cuándo deben considerarse "inscriptos" los actos celebrados por escritura pública?

Hemos mencionado ya las normas contenidas en el Código de Vélez, vinculadas con la hipoteca, pero no podemos olvidar que todo el sistema de publicidad registral fue reformado sustancialmente en 1968, en virtud primero de la reforma que la ley 17.711 introdujo al art. 2505, y luego por la sanción de la ley 17.801. Allí encontraremos las normas que brindarán solución a nuestro problema.

Algún tribunal de la Capital Federal ha dicho que: "La constitución del bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente (conf. art. 35 ley 14.394)", agregando: "la solución de la norma es plenamente aplicable respecto de las relaciones con los terceros, ya que ello responde al sistema de publicidad registral, lo que corresponde no sólo a esta institución, sino a la transmisión o constitución de derechos reales"<sup>3</sup>.

Aunque estas afirmaciones resultan básicamente correctas, creemos conveniente indagar algo más.

En primer lugar debemos tener en cuenta muy especialmente que la afectación de un inmueble al régimen del bien de familia significa "limitar" el contenido del derecho real de dominio, ya que desde ese momento el bien dejará de integrar la garantía común de los acreedores.

Recordemos que el régimen de publicidad registral tiene como fin primordial permitir que los interesados puedan "averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas" (art. 22, ley 17.801), y a tal fin prevé la expedición de certificados que acreditan la situación jurídica del bien. Además, cuando alguien procura por vía notarial realizar un acto por el que disponga de sus bienes, o en el que establezca alguna "limitación", como el someterlo al régimen del bien de familia, el escribano que va a autorizar ese documento debe solicitar a tal fin un certificado en el que constará el

<sup>3</sup> Cám. Civ. Capital, Sala F, 30 de noviembre de 1987, "Khabbaz (suc.)", JA, 1988-II-246.

acto que se piensa celebrar, y que se marginará, provocando lo que registralmente suele denominarse "bloqueo", lo que concede a partir de ese momento preferencia al acto, si se realiza dentro de los plazos previstos por la ley (arts. 23, 24 y 25, ley 17.801).

En el Código, y en materia de hipotecas, la fecha de "inscripción", a partir de la cual el derecho producía efectos contra terceros, era la fecha de la escritura, si se inscribía dentro de los plazos legales. Ahora se ha avanzado un paso más, y la fecha de la "inscripción", cuando el escribano solicitó el certificado con "reserva de prioridad", será la fecha de expedición del certificado.

¿Razones? Esta técnica, que muchos consideran propia del derecho registral argentino, tiende a proteger los "negocios jurídicos" en gestación, desde el momento en que se comunica al Registro su futura existencia, ya que toda persona con interés legítimo "podrá conocer" la modificación que se pretende introducir a la situación de derecho real. Se procura por esta vía, de manera equilibrada, atender tanto a los intereses del constituyente, como a los intereses del crédito.

#### **IV. Un caso de la vida práctica**

Un matrimonio desea cobijar su vivienda bajo el régimen del bien de familia; recurre a un escribano, que obtiene en el Registro el certificado N° 57.232, en el que se informa que no hay inhibiciones y que el inmueble no está afectado por gravámenes, razón por la cual el 30 de noviembre de 1992 autoriza la escritura pública correspondiente, que ingresa al Registro el 22 de diciembre, y de la que se toma razón de manera definitiva el 20 de agosto de 1993.

El 14 de diciembre de 1992, es decir después de constituido el inmueble en bien de familia por escritura que gozaba de la reserva de prioridad concedida por el certificado correspondiente, el dueño se compromete como fiador solidario ante el Banco de la Nación Argentina.

Incumplida la deuda, el Banco lo ejecuta y en primera instancia se ordena llevar adelante la sentencia contra el inmueble, por considerar que la deuda, que data de la fecha de la fianza, es decir del 14 de diciembre de 1992, es "anterior" a la "inscripción" del bien, en agosto de 1993.

En la alzada, con excelente criterio, se rectifica el error, aplicando con acierto lo dispuesto por el art. 5° de la ley 17.801, cuando establece que las escrituras presentadas en término "se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación".

La Cámara Federal sustenta su doctrina en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>4</sup> que, a nuestro criterio, es el que ha tomado el camino correcto, aunque no ignoramos que algún tribunal provincial se ha pronunciado en sentido contrario<sup>5</sup>.

En efecto, como hemos dicho más arriba, desde el momento en que se expidió el certificado y se lo marginó, los futuros acreedores pueden conocer la existencia del trámite de constitución e inscripción del bien de familia, y si no tomaron los recaudos necesarios para averiguarlos, esa incuria no puede en manera alguna serles beneficiosa.

## V. Conclusiones

1. Cuando la Constitución del bien de familia se efectúa en instrumento notarial, y la escritura es presentada dentro del plazo fijado en el art. 5° de la ley 17.801, la "inscripción" requerida por la ley 14.394 coincide con la fecha de celebración del acto, y no con la de su presentación al Registro, ni con la de "registración definitiva".

2. Si la constitución del bien de familia se efectúa administrativamente, la "inscripción" requerida es la del acta en que consta esa declaración, y no la "registración definitiva".

3. La protección que concede la "inscripción", en un régimen de publicidad registral, surge de la "posibilidad de conocer".

<sup>4</sup> "Carrizo, José Ángel - incidente de levantamiento de embargo en los autos 'Rodríguez, Armando c/ Carrizo, José Ángel'", 10 de setiembre de 1985, *Fallos*, t. 307, vol. II, pág. 1647. Hay también un resumen en *Zeus*, t. 40, R-27 (6793).

<sup>5</sup> Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala 2ª, "Licha, A. c/ Vidaechea, M. A.", *Zeus*, t. 60, J-266 (8993): *Hechos*: En el caso se solicitó certificado por una escribana, y durante el plazo de validez del certificado, pero antes de que se presentase la escritura al Registro, ingresó el embargo. *Doctrina*: Se consideró que la deuda era "anterior" a la inscripción y se hizo lugar al embargo.