

BIEN DE FAMILIA Y QUIEBRA. PARTICULARIDADES DE DOS SISTEMAS EN COLISION.

Por Carlos Alberto Anta.

Publicado en: Revista Doctrina Societaria y Concursal. Editorial Errepar n° 231
Febrero 2007. T. XIX, páginas 96/114.

SUMARIO: I. Orígenes y notas relevantes del instituto.- II. Duración de la afectación.- III. Límite temporal. Acreedores anteriores y posteriores. IV. El conflicto en el marco de la quiebra: la interpretación de dos posturas antagónicas.- V. Liquidación en beneficio de todos los acreedores. VI.- Liquidación en beneficio de los acreedores anteriores.- VII. La impronta de la quiebra por sobre el límite temporal.- VIII. Abstrac.-

1. Orígenes y notas relevantes del instituto.

Es principio general del derecho y emana del art. 2311 del Código Civil, aquel que sostiene que el patrimonio del deudor, es prenda común de sus acreedores.

Como sucede con gran parte de los principios que rigen el derecho actual, aquel admite excepciones, una de las cuales en el caso particular que aquí se trata, se concreta por medio del instituto del "bien de familia". Es a través de la constitución de esa tutela que el art. 14 bis de la Carta Magna Nacional traduce la protección del inmueble familiar frente a la agresión de los acreedores.

Entre sus antecedentes legislativos pueden citarse las leyes 10.284 de 1917 y 10.650 reformada por ley 11.173 de 1921. La primera creó un régimen especial para inmuebles donados por el gobierno con destino a la producción agrícola, sin por ello descartar un alcance más amplio a través del art. 13, mediante el cual todo propietario de un "terreno rural o urbano" podía designarlo ante la autoridad judicial como "lote de hogar". A partir de su anotación en el registro respectivo, aun cuando estuviera limitado en cuanto al valor del terreno el bien no podía ser embargado, vendido ni concedido sino a otra familia con permiso previo del Poder Ejecutivo (arts. 1 y 2).

La ley 10.650, reformada en 1921 por la ley 11.173 dio origen al denominado "hogar ferroviario", siendo éste un régimen de préstamos garantizados con hipoteca y seguro de vida del empleado prestatario, organizado a su vez por la caja de jubilaciones respectiva y con destino a la adquisición de una vivienda particular. Esta vivienda era el objeto de una declaración de inembargabilidad que duraría la vida del prestatario, su esposa o hijos menores.

Empero lo cierto es que el "bien de familia" como tal nació durante la vigencia de la Constitución de 1949, a través del art. 37.II.3 que consagraba entre los derechos especiales reconocidos a la familia, la garantía que el Estado debería procurar respecto del bien donde aquella residía, con arreglo a lo que una ley especial determinase. Esto fue luego concretado a partir de la sanción de la ley 14.394, de fecha 14/12/1954, a tenor de la reglamentación del instituto que emana de los arts. 34 a 50.

Tras la derogación de aquella Constitución Nacional, con la reforma de 1957, se introdujo el art. 14 *bis*, cuya parte final incluye la garantía antes señalada a través de la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda digna.

La legislatura a partir de esta incorporación en el plexo constitucional ya no habría de vincular la protección del instituto a la profesión del sujeto beneficiado, sino que el alcance habría de ser mayor al dado en normativas anteriores.

Históricamente, prestigiosa jurisprudencia ha admitido que el bien de familia posee en nuestra legislación rango constitucional (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1°, 22/2/1985, LL:1986-A-495).

Y con la sanción del nuevo plexo normativo en 1994, por aplicación del art. 75 inciso 22 de ese cuerpo legal se reconoce jerarquía constitucional también a los tratados allí enumerados, complementarios de los derechos y garantías por ellos indicados.

Posee un doble objetivo: el económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio en el seno de la familia; y el social, en cuanto propende a su mantenimiento bajo un mismo techo.

Se lo ha definido como una institución jurídica que concierne a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado directamente por los beneficiarios, limitando su valor, que por destinarse al servicio de la familia, es de restringida disponibilidad, está desgravado impositivamente y subsiste en la afectación aún después del fallecimiento del constituyente (Guastavino, Elías P. *“Derecho de Familia Patrimonial: Bien de Familia”* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984 T. I. p. 92).

Si bien para cierta doctrina el bien goza de inembargabilidad lo cierto es que en rigor, bien puede obtenerse el dictado de la orden judicial mediante la cual se disponga su embargo preventivo, pues aquel bien en todo caso no podrá ser ejecutado, hasta tanto no desaparezcan las causales que dieron origen a la afectación. Es decir, aún cuando el bien se halle inscripto bajo la tutela de la ley 14.394 nada impide que el acreedor embargante, trabe la medida en el registro respectivo; medida que para ser ejecutada deberá aguardar a que se produzca la desafectación por los motivos que sean.

En virtud de este instituto toda persona, voluntaria y unilateralmente puede respecto de la totalidad de su patrimonio, desafectar un bien inmueble urbano o rural sustrayéndolo de la acción de sus acreedores, hecho que se traduce en la inembargabilidad del bien.

En razón de la finalidad protectora del núcleo familiar, da origen a una fuerte limitación de las facultades jurídicas de aquél, al tiempo que resulta inejecutable por los acreedores de fecha posterior a la constitución, genera beneficios impositivos así como también reducción de honorarios profesionales, es transmisible por causa de muerte y subsiste mientras no concurran algunas de las causales de desafectación enumeradas taxativamente por la ley (Areán, Beatriz *“Bien de familia”* Bs. As. Ed. Hammurabi, 2001, p. 20)

En sentido concordante, es el núcleo familiar el objeto que la normativa apuntada tiene en miras al establecer este tipo de protección que posee, como ya dijimos, raigambre constitucional (art. 14 *bis* CN).

2. Duración de la afectación.

Es de tal fuerza la idea conceptual que postula esta normativa que aún en el caso de fallecimiento de uno de los condóminos, la afectación no cae.

Ciertamente, el cuerpo normativo de este instituto tiene como finalidad la protección del núcleo familiar y que esto no se vea vulnerado con el fallecimiento de alguno de sus integrantes.

Tiene expresado la jurisprudencia al respecto que si bien es cierto que a los fines de la ley 14.394 se entiende por *familia* la constituida por el propietario con alguna de las personas mencionadas en su art. 36, no lo es menos que a los efectos del art. 49 inc. “d” del mencionado cuerpo normativo, la falta de subsistencia del grupo familiar sólo puede ser invocada como causal de desafectación cuando aquel ha desaparecido a raíz de la extinción de los vínculos jurídicos que ligaban a sus integrantes, más *en caso de fallecimiento, deberán haber muerto todos los*

beneficiarios como expresamente lo exige el citado art. 49, para que ella proceda (nótese la itálica que no aparece en el original; Com:E, 20.11.1991 "*Sirota Victor c/ Sirota Salomón s/ ordinario s/ incidente de embargo*").

Encarna esa finalidad tuitiva el hecho que el bien raíz se transmite a los herederos en las mismas condiciones en que se encontraba en cabeza del constituyente y una vez desaparecidos todos ellos, la afectación ya no podrá mantenerse.

Desde esta perspectiva, el régimen apuntado tutela el interés de la familia en su conjunto y no un mero interés individual, y considerando la trascendencia que la protección de ese valor importa para el buen orden social, se puede afirmar que en las normas que organizan al régimen se halla comprometido el orden público ("*Código Civil. Comentado, anotado y concordado*", dirigido por Belluscio, Augusto C. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986. T. VI, p. 291 párag. 7 y su cita).

Con sustento en la predicha tesis, se ha sostenido, que la actitud silente del titular registral del inmueble frente a la cautela solicitada, nada predica, pues el beneficio no se halla otorgado solamente a ella, sino a todos los sujetos que encuadran en la ley 14394 (art. 39) designados en el momento de la constitución. Por tal razón se ha considerado procedente declarar de oficio la oponibilidad de la afectación al régimen de bien de familia del inmueble embargado a una deuda posterior, aun cuando mediara silencio del deudor (arg. Com:E, 31.5.2000 "*Caja de Crédito Villa Real SA c/ Klim, Elisabeth s/ ejecutivo*").

Por tales motivos, el instituto funciona como medio para garantizar la protección que el ordenamiento civil reconoce a la familia como núcleo primario de toda sociedad. Resulta pues una adecuada tutela, aún frente a situaciones de insolvencia patrimonial con las particularidades que el plexo normativo circunscribe a cada caso y que aquí trataremos de desmenuzar. En otras palabras, las características expuestas se ligan armónicamente con el art. 38 de la ley 14.394 y los incisos 2 y 7 del art. 108 LCQ para el caso concreto del proceso universal de la quiebra del constituyente, sobre cuyas consecuencias habremos de profundizar.

3. Límite temporal. Acreedores anteriores y posteriores.

Por aplicación del art. 38 de la ley 14.394 se permite a los acreedores de fecha anterior a la constitución que puedan embargar y ejecutar el bien, aun en caso de concurso o quiebra.

¿Cómo se establece esta línea divisoria?

El instituto, que contempla una ventaja jurídico patrimonial el favor del titular con el fin de permitirle proteger el inmueble-hogar de su familia, no admite la distorsión del fin perseguido en perjuicio de sus deudores; lo cual se podría concretar por ejemplo, tras admitir la inscripción del bien de familia con efecto retroactivo.

Por ello, la ley 14.394 a través del art. 34 y siguientes, impone que el instituto producirá efectos desde la fecha de su inscripción y sólo respecto de las deudas constituidas con posterioridad a la vigencia *erga omnes* del sometimiento del inmueble al régimen jurídico del bien de familia.

Es la norma del art. 35 de la ley citada la que establece que la constitución produce efectos a partir de la inscripción en el registro inmobiliario correspondiente.

Puede afirmarse que la obligatoriedad de la inscripción registral persigue también la debida publicidad respecto del patrimonio del titular en favor de sus eventuales deudores. Esta se formaliza mediante acta constitutiva en la dirección del registro, por escritura pública o acta judicial, como se admite en algunas provincias.

En cuanto a los efectos, estos comienzan a correr desde la inscripción de la escritura pública. Para el caso, la afectación del inmueble por escritura pública y su inscripción en el plazo legal registral tiene efecto retroactivo, resultando inejecutable por una deuda contraída entre su constitución y su inscripción. Aquella afectación se

producirá entonces, desde el momento en que se ingresa la solicitud del informe para estos fines al Registro Público, toda vez que su inscripción es al solo efecto de culminar el trámite que comenzó con sus actos preparatorios (ST Entre Ríos, 22.4.2003 “*Ojeda, Graciela A. c/ Russo de Vaschchuk, Rosa M*” DJ, 2004-1-313, 2333-S)

Aún cuando el art. 35 dispone que los efectos se producen “a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente” una correcta armonización de las normas de juego permite interpretar que la aludida inscripción es consecuencia de un procedimiento previo que también es oponible a terceros (Cciv. y Com. Rosario, Sala I, 23.5.2003 “*Bitar, Miguel y otra*” LL. Litoral, 2004-577).

A partir de ese momento, puede sostenerse que emerge cierta línea divisoria entre la oponibilidad y la inoponibilidad del bien de familia. Por derivación de este acto registral, la normativa vigente que regula el instituto del bien de familia establece un doble orden de acreedores, a saber: anteriores y posteriores.

Ahora bien: si el hecho o acto generador de la responsabilidad es anterior a la inscripción como bien de familia, la afectación deviene inoponible al acreedor, con independencia de la fecha en que operó el vencimiento, toda vez que la ley 14.394 no funda la distinción en el momento en que la deuda se tornó exigible, por lo que es dable interpretar que se refiere a la fecha de su constitución o nacimiento (Com:A, 8/5/97 “*Nabel, Marcelo s/ quiebra*”, dictamen Fiscal n°76865; íd:B, 17.5.95 “*Lloyds Bank c/ Keszti, Alfredo s/ petición de desafectación de bien de familia*”).

En el ámbito contractual habrá de estarse a la fecha en que se celebró el contrato y no a aquella en que se produjo el incumplimiento de las obligaciones que nacieron con éste.

Para el caso inverso, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, será la fecha en que el acto ilícito -generador de aquella- se produjo, momento que recién quedará establecido en la sentencia que al efecto se dicte y cualquiera haya sido el tiempo transcurrido.

Con criterio de equilibrio la noción de “deudas posteriores” sobre la que otorga indemnidad la ley 14.394 a través del art. 38, debe interpretarse referida temporalmente al nacimiento de la obligación y no a su vencimiento o a la fecha desde la cual ésta se hizo exigible, toda vez que de lo contrario se prestaría al fraude a los acreedores.

A los efectos de determinar si un crédito es anterior o no a la afectación, es menester tener presente la fecha del hecho o acto jurídico generador, sin importar la fecha del pronunciamiento que se limita a reconocer la obligación preexistente (CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 18.2.2003 “*Malkovic, Ana M. s/ quiebra*” LL Litoral, 2004-1131).

Una solución diversa implicaría, de suyo, admitir un proceder notoriamente fraudulento en perjuicio de aquellos acreedores que tuvieron en miras la existencia y disponibilidad de ese activo, aun no afecto a la tutela de la ley 14.394.

No es la mora en el cumplimiento de la obligación sino la causa generadora o el título basamento de dicha relación jurídica, los que deben ser anteriores a la inscripción.

Añádese que si el hecho generador de la responsabilidad es anterior al sometimiento del inmueble al régimen de bien de familia, la afectación deviene inoponible al acreedor, sin importar la fecha del pronunciamiento que lo reconoció, ya que deberá tenerse en cuenta el acto que le dio origen al crédito y las legítimas expectativas de los otorgantes (Civ:A, 21.11.2003 “*Viceconte, Francisco V. c/ Gerpe, Gerpe, José*” DJ, 2004-1-425).

En el caso específico de deudas instrumentadas en saldos deudores de cuenta corriente bancaria, las posturas al respecto no son pacíficas.

Por un lado se sostiene que la circunstancia que la determinación del saldo deudor de cuenta corriente bancaria sea posterior a la afectación, no torna oponible la inscripción al acreedor si el contrato es de fecha anterior, pues es usual que durante su ejecución el cliente realice operaciones de crédito estrechamente vinculadas al servicio de caja que presta la cuenta, de modo que la legítima expectativa del banco de agredir bienes de su cliente se generó con la celebración del contrato (Com:E, 15.7.2004 “*Banco Itaú Buen Ayre c. Semino Alejandro C. y otros*” DJ, 2004.3.1283).

En sentido coadyuvante, se ha dicho que no impide admitir la inoponibilidad el limitado ámbito cognoscitivo del juicio ejecutivo, pues el análisis de la causa del título no esta referido a la dilucidación de ese proceso sino del incidente que resuelve la inoponibilidad del beneficio (Com:B, 23.2.1989 “*Motoroma SA c/ Boschiero de Bellosi, Paula s/ ejecutivo*”). Bien se ha dicho en tal sentido que resulta inoponible al banco accionante la inscripción registral como “bien de familia” de determinado inmueble, cuando la contratación (...) en cuyo marco se originó el crédito reclamado, se celebró con antelación a la constitución de aquel (...), no obstante a lo expuesto, la circunstancia de que haya transcurrido largo lapso entre la aludida contratación y el nacimiento de la obligación, en que se basa la acción ejecutiva (Com:B, 17.5.1995 “*Lloyds Bank BLSA LTD. c/ Ketszti, Alfredo s/ preparación de la vía ejecutiva s/ petición de desafectación del bien de familia*”).

Contrariamente, se ha resuelto que la constitución de un inmueble como bien de familia obsta a su embargo y posterior remate, toda vez que la fecha de inscripción sea anterior al cierre de la cuenta corriente que dio origen al certificado ejecutado (del voto en disidencia del Dr. Ramírez en Com:E, 15.7.2004 “*Banco Itaú Buen Ayre c. Semino Alejandro C. y otros*” DJ, 2004.3.1283). *Ad maiorem* se agrega que inscripto el bien de familia como tal con anterioridad a la expedición del certificado de saldo deudor que se ejecutó, pero con posterioridad a la firma del contrato de cuenta corriente bancaria, debe admitirse su oponibilidad toda vez que al momento de la apertura de aquella no existía deuda exigible, pues dentro del marco del proceso ejecutivo, en el que se encuentra vedado indagar la composición del saldo, no resulta posible establecer el origen temporal de cada uno de sus componentes (Com:C, 9.3.2004 “*Banco del Buen Ayre c/ Gluj, Perla E*” DJ, 2004-2-434; *id:íd*, 23.4.2004 “*Lloyds TSB Bank PLC c. Jovenich, Miriam A.*” LL, 2004-D-999) pues es solo con el cierre de esta última que se cristaliza el saldo definitivo que equivale al monto de la obligación de restituir que pesa sobre el cuentacorrentista (Com:C, 9.3.2004 “*Banco del Buen Ayre c/ Gluj Perla E*” DJ, 2004-2-434).

Como puede apreciarse la primera de las soluciones se funda en la fecha de la firma del contrato entre el cuentacorrentista y el banco, hecho que genera la relación comercial entre ambos y que de ser anterior al bien de familia constituido como tal hacer repercutirá en su inoponibilidad; y la segunda, focaliza al cierre de la cuenta como hecho generador de la obligación, evidentemente posterior a la fecha del contrato y muchas veces anterior a la afectación del bien de quien se sabe, en rigor, que en cualquier momento puede caer en mora por el impago de sus saldos deudores.

Otro supuesto digno de ser mencionado lo configura el caso de los cheques de pago diferido. En esta hipótesis, si la inscripción fue realizada con posterioridad al libramiento del cheque emitido con tales alcances, aunque con anterioridad a su fecha de vencimiento, la inscripción será inoponible pues, siendo esta deuda de nacimiento anterior a aquella inscripción, la propiedad responde frente al crédito reclamado (Ccivil. y Com. Mercedes, Sala I, 11.5.2004 “*Balde, Juan C. c/ Langan, Oscar T*”, LLBA, 2004-760).

Y habrá que cotejar en el supuesto de las refinanciaciones por deudas contraídas con anterioridad a la inscripción, si se produjo o no novación de aquellas, pues caso contrario se tratará aún del mismo crédito impago (CApel. Concepción del

Uruguay, Sala Civil y Comercial, 20.6.2003 “*Municipalidad de San José c/ Politti de Pinkas, Perla R*” LL Litoral, 2004-647).

Corren entonces por carriles claramente diferentes la fecha de nacimiento de la obligación y la fecha en que queda constituida la mora en el cumplimiento frente a la inscripción registral, siendo la primera de estas la que hará caer la tutela ante el cobro forzoso del crédito por vía judicial.

En síntesis, la jurisprudencia mayoritaria admite que a este fin interesa la fecha en que se constituyó o nació la obligación y no la de su vencimiento (Com:B, 21.10.1981 “*Banco de Galicia y Buenos Aires c/ Ingeniería Vial Cavaro S.A. y otro*”, ED: 130-330; Civ:A, 11.5.2004 “*Bonder, Teresa I c/ Adamo, Daniel*” DJ, 2004-2-733) ya sea en forma contractual o extracontractual, sin importar la fecha en que la mora por incumplimiento o el hecho ilícito se han exteriorizado, sino cuando se han generado.

Mas, la distinción entre deudas anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción no resulta procedente en todos los casos.

Para las obligaciones originadas en tasas o impuestos que graven al inmueble, constituidos como gravámenes de acuerdo a lo previsto por el art. 37 de la ley 14.394, aquella pauta temporal no predica sobre la oponibilidad de la registración.

Otro tanto ocurre con los créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca conforme cuanto fluye del art. 38 in fine de la ley citada.

E igual solución es a la que se arriba para el caso de las expensas comunes.

En todos estos supuestos, los titulares de tales acreencias gozan de un derecho de ejecución, frente a lo cual no obsta a la vía indicada, que las deudas hayan emergido con anterioridad o posterioridad.

La pauta que hará embargable y ejecutable al bien raíz no estará dada por las fechas de ambos actos (inscripción y nacimiento de la obligación) sino antes bien, por el tipo de deuda de que se trata.

En esas condiciones, en la ley 14.394 se establece la inejecutabilidad del bien por deudas posteriores a su inscripción (art. 38). A renglón seguido se dispone que los gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 37 -previa conformidad del cónyuge- constituyan una clara excepción a la regla.

En resumen, la prelación de ciertas deudas por sobre otras no se genera sólo como consecuencia de una circunstancia temporal, sino que como hemos observado hasta aquí, puede fundarse en la naturaleza de la obligación, tal el caso de las obligaciones *propter rem* que surgen del art. 38 de la ley 14.394 (CCiv. y Com. de Junín, 11.8.1993 “*Carrizo Alberto s/ quiebra*” ED, 155-124) o cuando se han contraído atendiendo al mismo interés que la institución protege, esto es, el familiar en orden a lo previsto por el art. 37 de la citada ley.

Al respecto Guastavino explica que dos son los elementos considerados por la ley 14.394 para fijar la extensión de la inembargabilidad: 1) la fecha del crédito; 2) su naturaleza o causa. El bien de familia en el derecho argentino es inembargable por las deudas contraídas después de su constitución, y es embargable y ejecutable por las anteriores. Se exceptúan de la inembargabilidad las obligaciones provenientes de impuestos y tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a la ley 14.394 y los créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca (art. 38 ley 14.394), a los que se asimilan, en razón de su naturaleza, las deudas por expensas comunes. Los créditos y derechos anteriores conservan la ejecutabilidad respecto del bien de familia cualquiera sea la naturaleza o causa de la obligación. Por el contrario, para los créditos posteriores a la inscripción debe atenderse, en los supuestos ya señalados, a la naturaleza o causa de la obligación (Guastavino, Elías P. “*Derecho de Familia Patrimonial: Bien de Familia*”. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984 T. I. p. 504).

Lo expuesto hasta aquí siempre en referencia a una situación *in bonis*.

Mas, en el contexto de un proceso de liquidación como la falencia, los supuestos que habrán de ponderarse se tornan exponencialmente más complejos.

4. El conflicto en el marco de la quiebra: la interpretación de dos posturas antagónicas.

Las leyes no siempre prevén todas las hipótesis que la realidad termina por llevar a los estrados judiciales para que el conflicto sea dilucidado. Es la función del magistrado desentrañar el complejo esquema que ronda a una figura tan particular como la descripta, para encontrar luego la solución que mejor respuesta brinde a la concreta circunstancia.

Ha sido ardua la tarea desplegada en torno al instituto del “bien de familia” y en especial, en el marco jurídico que se genera, tras el dictado de la sentencia de quiebra del constituyente.

A fuer de congruente, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación tras reiterar su utilización que las pautas hermenéuticas que debe apreciarse su coherencia con el sistema con que está engarzada la norma; cuanto que no puede admitirse en el intérprete un estado de indiferencia respecto del resultado, y que las leyes deben guardar armonía con el orden jurídico restante y con las garantías de la Constitución (Fallos:324:2107 y 2153).

De allí entonces que se imponga realizar un análisis del objeto litigioso que, alejado de todo prejuicio sobre la existencia de campos impermeables a esta disciplina incipiente, responda a criterios de realidad, procurando dar pleno efecto y vigor a la tutela constitucional mediante una interpretación que debe ser amplia, de tal suerte que no se recorten posibilidades y pretensiones en función de la naturaleza del derecho representado (arg. Gozaíni, Osvaldo A. "*Tutela de los derechos de incidencia colectiva*", LL 12.04.05)

Es principio conocido que la ley no debe interpretarse sólo conforme a la literalidad de sus vocablos, sino con arreglo a su significado jurídico profundo, puesto que por encima de lo que parece decir, debe indagarse lo que verdaderamente dice en conexión con el resto del ordenamiento jurídico (CSNJ, 6.4.93 "*Manquillan SA Cía. Financiera s/ quiebra s/ inc. de verificación por Liporace, Francisco*").

Enseña Fargossi que se trata de la confluencia de dos sistemas, y que emerge la necesidad de priorizar uno de ellos, optando por uno de los bienes jurídicos tutelados. Puntualiza la utilización del vocablo “sistemas” en el sentido de una categoría de derechos compuesto por un sistema coordinado y gradual de normas, una de naturaleza instrumental y otra de orden material que procuren un tutelamiento diferenciado. Básicamente, el régimen concursal tiende, más allá de su carácter inquisitivo o publicístico, a la satisfacción de los intereses vinculados con las obligaciones de contenido patrimonial derivadas de las nociones de obligación, contrato y propiedad. El derecho de familia y, particularmente, la obligación alimentaria excede cualquier campo de mero contenido patrimonial, para enhebrarse con principios estrictamente vinculados con la estructuración del cuerpo social. Ello adquiere significación especial por la protección constitucional que, en nuestro medio, le viene dada por los convenios internacionales a que se refiere el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional (Fargosi, Horacio P "*Régimen concursal – Derecho de Familia*" en LL 2003-A-266).

Partiendo de una hipótesis de máxima y otra de mínima, aparecen dos posiciones antagónicas para describir.

En la primera, al tratarse de acreedores (todos ellos) anteriores a la constitución, el bien será desafectado y entrará en el proceso de liquidación de la quiebra; en la segunda, por ser todos estos acreedores posteriores a la constitución

del bien de familia, el instituto protegerá al inmueble en su máxima extensión habida cuenta el carácter inembargable que irrumpe en la letra del art. 108 inc. 2 LCQ.

Empero aquí, la cuestión no siempre corre por carriles tan extremos y de fácil solución.

El problema se agudiza cuando acreedores anteriores y posteriores confluyen al expediente de la quiebra en menor o mayor medida.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han postulado hipótesis contrarias y no por ello con sustento lógico en referencia a un tema como este, por demás interesante.

5. Liquidación en beneficio de todos los acreedores.

La postura que tal vez, mayores adhesiones que hasta ahora ha recibido es la que sostiene que el bien ingresa a la liquidación en beneficio de todos los acreedores.

Al respecto se ha sostenido que "el proceso de quiebra implica una ejecución colectiva de los acreedores. En tales condiciones, inoponible el *bien de familia* a los acreedores individuales por título anterior a su constitución (Com:D, 12.7.1974 "*Bank of America*" - ED:58:258; 23.5.1978 "*Sansonetti*"), igual conclusión se impone para los acreedores en sede concursal, si ellos fueran preexistentes al establecimiento del régimen de amparo, sea esto así respecto de todos los verificados o de alguno de entre ellos. Pero entonces ocurre que desafectado el inmueble del régimen de amparo -en virtud de existir cuando menos algún acreedor de causa o título anterior a la constitución del bien de familia- queda desafectado para con todos (o en favor de todos) los acreedores verificados. Es que la situación concursal importa un fenómeno universal que impone apreciar igualitariamente la situación de los acreedores. Y en todo caso tal efecto vendría a producirse fatalmente: realizado el bien sólo en favor de algunos de los acreedores verificados -es decir, de entre todos ellos, los que tuvieran título o causa del crédito anterior a la constitución del bien de familia- el remanente sería una suma de dinero que no habría de 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 cualquiera de los acreedores, cualquiera fuere 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 (el subrayado no aparece en el original, Com:D, 5.3.1979 "*Acon Felicitó "El Palacio del Sueo s/ quiebra"*).

O expuesto en otros términos: siendo la situación concursal un fenómeno universal, la naturaleza del proceso exige un trato igualitario de todos los acreedores. Por tal razón, si el bien de familia resulta inoponible a los acreedores por título anterior a su constitución, igual conclusión debe predicarse según esta postura, respecto de los acreedores verificados si al menos uno de ellos fuera preexistente – por la causa o título de la acreencia- al régimen de excepción referido, caso en el cual el bien debería quedar desafectado a favor de todos (Com:E, 18.12.2000 "*Khanis Pablo s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por consorcio de propietarios de la calle Panamá 982/84/86/88*"), debiendo integrarse la cosa afectada al activo a liquidar, previa desafectación del régimen de excepción previsto por la ley 14.394 (dictamen del Fiscal n° 62.228, Com:D, 21.5.1990 "*Battaglino, Ricardo s/ quiebra*", íd:A, 19.11.1993 "*Pirillo s/ quiebra. s/ incidente de venta*"; íd:B, 7.2.1994 "*Guidi de Rabi s/ quiebra*"; íd:C, 21.4.1994 "*Fontaiña Parga s/ quiebra. s/ incidente de apelación*"; íd:D, 4.12.1995 "*Caparra, Bautista s/ quiebra*"; íd:E, 26.6.1997 "*López, Carlos s/ quiebra s/ incidente de realización de bienes*").

El bien de familia cuya constitución sea inoponible a un solo acreedor queda sujeto al desapoderamiento consecuencia del concurso. Toda vez 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 (el subrayado no aparece en el original, Com:D, 12.3.01 "*Horigian, Alberto s/ quiebra s/ incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble*").

Esta tesis pone de relevancia la situación concursal y antes bien la falencial, como hecho generador de la subrogación que se produce a favor de una masa de acreedores –antes titulares de créditos individuales- que por efecto de la sentencia de quiebra pasan a conformar una entidad que en conjunto encuentra representación en la actuación del síndico, como funcionario del proceso.

Por consecuencia del decreto de quiebra, que da origen a la masa falencial de acreedores, ya no se priorizará la individualidad de los créditos. A contrario *sensu*, aquella sentencia (dictada en los términos del art. 88 LCQ) impondrá, según esta línea argumentativa, la liquidación del bien y la distribución de su producido entre todos los acreedores por la mera existencia de un crédito anterior a la inscripción como bien de familia.

Una vez producida la desafectación, el inmueble quedará incluido en el desapoderamiento y, conforme con las reglas generales responderá por todas las deudas de su titular: porque como se ha postulado, la pérdida de la inembargabilidad e inejecutabilidad es total y plena y no sólo relativa a los créditos de causa o título anterior a la afectación (Com:B, 31.3.1987 "*Establecimientos Betcebe SCA*"; íd:íd, 26.6.2003 "*Massera, Emilio Eduardo s/ quiebra*").

Juegan en este supuesto los arts. 1 y 32 LCQ.

Consultan esta postura autores tales como Héctor Cámara ("*El concurso preventivo y la quiebra*", T. III, Bs. As. Depalma, 1982, T. III p. 2040, con opinión coincidente de Bouzat, Luis "*El bien de familia y el desapoderamiento*" Rev. Jus n° 9, p. 5), Osvaldo Mafia ("*Derecho concursal*" T. II, Bs. As. Depalma, 1988, p. 522) al igual que Antonio Tonón ("*Derecho concursal*" Bs. As. Depalma, 1988 p. 125)

Asimismo han seguido esta línea –hasta ahora- la mayoría de la Salas de la Cámara Comercial de la Capital Federal al igual que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ("*Kloster, Luis Leopoldo*" 9.5.1995; ED. 165-45 a 47)

6. Liquidación en beneficio de los acreedores anteriores.

En sentido encontrado, se ha postulado que sólo corresponde la liquidación del bien en beneficio de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a su constitución.

Esta postura señala la falta de acción persecutoria de los acreedores posteriores aún frente al estado falencial del deudor así como la necesaria formación de una masa conformada por los acreedores anteriores a la inscripción del bien bajo el régimen de tutela de la ley 14.394.

Porque, tal como explica Heredia (Heredia, Pablo D. "*Tratado Exegético de Derecho Concursal: Ley 24.522 y sus modificatorias. Comentada, anotada y concordada*" Ed. Ábaco. Bs. As. 2000-2005 T. III, p. 1022):

(a) producido el remate por la ejecución del acreedor anterior, si existe un remanente se entrega al fallido, preservando su "prioridad excluyente" sobre el bien de familia, sobre la base del principio de subrogación real que para operar y ser tal, no necesariamente debe resultar de modo expreso de la ley, y que traslada al numerario la misma afectación que tenía el inmueble.

Recuerda el citado autor que la subrogación real es un instituto que juega en distintos sectores del derecho cuando un bien que se incorpora al patrimonio de alguien sigue la suerte jurídica del bien reemplazado cuyo lugar viene a ocupar (Llambías, Jorge J. "*Tratado de derecho civil, obligaciones*" Ed. Perrot. Bs. As.

1967 T. I, p. 594, párrafo 489 y nota 20 fundada en doctrina de Bonnecase y Baudry-Lacantinerie allí citada). En tales supuestos, el privilegio se desplaza de un “asiento básico” a un “asiento subsidiario” (Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. “*Derecho de las obligaciones*” Ed. Platense. La Plata, 1972. T. II Vol. U) y consiste en que el bien subrogado entra en el patrimonio gravado con los mismos derechos, o si se prefiere, con la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado. El nuevo bien tendrá la condición jurídica que el antiguo (Bonnecase y Baudry-Lacantinerie. “*Traité théorique et pratique de droit civil*”, Paris, 1926, T. III, p. 776 y 777, nro. 379 y p. 779, nro. 381, cit. por LLambías, J. ob. cit “*Obligaciones*” Ed. Perrot, Bs. As. 1967, T. I, p. 594 y 595, n° 489 esp. nota 20, citados por Heredia, ob cit. p. 1024);

(b) representa un caso atípico de patrimonio especializado (Salerno, Marcelo. “*El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor*” Abeledo-Perrot Bs. As., 1974 p. 178 y 179, n° 219) y si bien la formación de una masa separada no es una consecuencia prevista por la ley, tampoco resulta prohibida sino necesaria para no hacer caer en saco roto el art. 38 de la ley 14.394. De este artículo se desprende que el bien de familia es inejecutable para los acreedores posteriores a su inscripción, aún en caso de quiebra del constituyente propietario y que, en las mismas condiciones, los únicos acreedores que pueden pedir su desafectación y posterior realización son los anteriores a la inscripción;

(c) la norma establece un tratamiento diferenciado entre los acreedores del deudor común quebrado, permitiendo a unos, lo que impide a otros. Con ese lineamiento, si para el supuesto en que no existan acreedores anteriores a su inscripción, los posteriores (conocedores del estado del bien amparado en la protección de la ley 14.394) no pueden agredir ni pretender que se liquide el bien en el proceso de quiebra; mal podría pretenderse que con la sola presencia de uno de aquellos, estos últimos mejoren una posición que caso contrario, no tendrían. En efecto, establece el art. 38 de la ley 14.394 que el bien de familia no es ejecutable o embargable ni aun en caso de concurso o quiebra por deudas posteriores a su inscripción. La norma encuentra su razón de ser en el hecho que los acreedores anteriores a esa oportunidad efectivamente tuvieron o debieron tener en miras, al contratar con el deudor, el inmueble en cuestión así como la situación legal que lo amparaba en aquella oportunidad. Con anterioridad a la inscripción del bien bajo el régimen de la ley 14.394 –esto es ante el Registro de la Propiedad- la situación en la cual se encontraban aquellos acreedores a los que se pretende amparar estaba dada por la clara presencia del inmueble que integraba la prenda común en ese entonces (art. 2311Civ.) Ello aún cuando se trate de un solo acreedor (Com:A, 21.3.1987, ED 123-516; íd:D, 5.3.1979, LL 1979-B-359; Porcel, Roberto J. “*El bien de familia y la quiebra*”, LL 1989-B-734) tema que ha suscitado fundadas discrepancias (Kemelmajer de Carlucci, Aida – Parellada, Carlos – Flores, Graciela M. “*Bien de familia y quiebra*” RDCO, 1984-467; Lettieri, Carlos A. “*Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente*” ED 115-885; Sajón, Jaime V. “*El bien de familia y la quiebra*” ED 95-923);

(d) no existe violación del principio de la *par conditio creditorum*, sino confirmación de que ese principio no es absoluto (art. 1 LCQ);

(e) la pluralidad de masas es una regla del derecho moderno, que no significa escindir un patrimonio, sino desprender ciertos bienes, para darles una determinada afectación. Tampoco implica la formación de un concurso especial, ni la creación de un privilegio para los acreedores anteriores a la constitución del bien de familia, sino simplemente el reconocimiento –que proviene de la propia ley- de una oponibilidad u inoponibilidad a una afectación (Truffat, Edgardo Daniel “*Otra vez sobre el bien de familia y la quiebra*” ED. 3.11.1995) y esto no es una creación jurisprudencial, sino que es la aplicación al caso del régimen fijado por la ley 14.394 (Com:D, 12.3.2001

“*Horigian, Alberto G. s/ quiebra s/ incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble*”, Dictámen de la Fiscalía de Cámara).

(f) el desapropio del bien de familia en beneficio de todos los acreedores, sin distinguir los anteriores a su constitución de los posteriores, significa lisa y llanamente quitar de operatividad al art. 38 de la ley 14.394, y vaciarlo de contenido;

(g) el art. 38 de la ley 14.394 admite la subsistencia del bien de familia aún en caso de quiebra del constituyente, estableciendo un solo régimen –fundado en la distinción de los créditos según sean sus causas anteriores o posteriores a la inscripción respectiva- aplicable tanto al supuesto del deudor *in bonis*, cuanto en la hipótesis de que estuviera concursado. Es así que la situación que se presenta en un proceso universal cuando concurren simultáneamente acreedores anteriores y posteriores a la referida inscripción, se encuentra expresamente regulada en el mencionado texto (cotejar disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López en Fallos:326:275);

(h) autorizar el ingreso del remanente a la masa concursal implica mejorar injustificadamente la posición de los acreedores cuyos créditos son de causa posterior a la constitución del bien de familia quienes, en virtud de esa afectación, no podrían legítimamente considerar el inmueble como parte integrante de la garantía de sus acreencias. En ese aspecto, la decisión (contraria crea), sin base legal de ningún tipo, una suerte de privilegio (inverso) para sobre dichos acreedores trocando en embargable y ejecutable para ellos aquello que no lo era de conformidad con el precepto legal (cotejar disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López en Fallos:326:275).

(i) ha señalado el juez Monti que una interpretación que atienda a los fines tuitivos que gobiernan la institución del bien de familia, impone mantener el bien al margen del desapoderamiento, admitiendo su ejecutabilidad sólo para satisfacer los créditos de fecha anterior a su constitución y únicamente en la medida de esos créditos. De manera que un eventual remanente no podría mejorar la garantía con que contaron los acreedores posteriores a la inscripción (Monti, José Luis “*Reflexiones sobre el bien de familia y su oponibilidad en la quiebra del titular*” Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 23, p. 87).

A lo cual cabe agregar que:

(i) esta tesis pone mayor énfasis y relevancia en el hecho que la subrogación ya no se produce sobre la masa falencial representada por el síndico, sino en la que afecta el dinerario tras la liquidación del bien y la formación de una masa de afectación entre –únicamente- aquellos acreedores anteriores a la constitución del bien de familia;

(ii) si bien no puede perderse de vista que tras el decreto se produce una suerte de subrogación real a favor de la masa de acreedores (mas no con los alcances que postula la anterior tesis), a través de la cual aquellos ven satisfechos el impago de sus créditos con la liquidación de los bienes que conforman el patrimonio del cesante, no puede soslayarse, en cuanto aquí interesa destacar, que no todos ellos tuvieron la expectativa de cobrarse mediante la ejecución del bien cobijado con el instituto del bien de familia;

(iii) quienes ingresaron en la vida comercial del deudor con posterioridad a su inscripción bajo ese instituto ya sabían de antemano que la residencia del fallido se encontraba exceptuada de aquella eventual agresión.

Esta afirmación contempla correctamente el supuesto de responsabilidad contractual, en donde el acreedor al entablar la relación crediticia con su contraparte tiene una chance de investigar cómo se encuentra conformado su patrimonio, eventual prenda de la acreencia ante el incumplimiento.

Reconozco que la solución que otorga esta tesis no da idéntica respuesta que para el caso de la responsabilidad extracontractual a poco de ver que esta postura, no contempla la hipótesis de acreedores por obligaciones con ese origen legal. Sucede ello porque en rigor estos acreedores por hechos ilícitos se vinculan con el deudor no por la propia decisión sino por la mera ocurrencia de aquel hecho dañoso, claro ejemplo de lo dificultoso que implica siquiera pretender resolver todos los supuestos que la realidad trae al laboratorio.

Sin embargo, aún cuando no parezca ello justo, quienes se vieron perjudicados por la concurrencia de un hecho ilícito, a su vez hecho generador de una responsabilidad extracontractual por parte del quebrado, no podrán agredir tampoco ese bien ya tutelado;

(iv) una solución contraria implicaría lisa y llanamente desatender la letra de la ley y fundamentalmente permitiría ubicar a estos acreedores, posteriores, en una situación de igualdad con aquellos anteriores; beneficio éste último que no es consecuencia concreta del derecho vigente;

(v) el interés que persigue la protección de la ley 14.394 obedece a un mandato de jerarquía constitucional a tenor de cuanto emerge del art. 14 de la Carta Magna, carácter que la ley de quebrantos no posee;

(vi) surge la necesidad de establecer una suerte de ventaja entre un régimen y el otro, so pena vulnerar el interés de la familia frente a la necesidad de satisfacer las acreencias de quienes poseen créditos fidedignos pero que, no contienen la única causa determinante para resultar oponibles a la inscripción, esto es que se traten de deudas anteriores o las denominadas *propter rem*;

(vii) los objetivos de la quiebra, esto es la liquidación de los bienes del fallido y la posterior distribución del producido en forma igualitaria entre todos sus acreedores verificados, como respuesta a los principios de universalidad e igualdad que consultan los arts. 1 y 32 LCQ, no son absolutos.

El principio de universalidad que emana del art. 1 LCQ posee como límite la barrera del art. 108 LCQ en tanto quedan exceptuados de la liquidación forzosa los bienes necesarios para la subsistencia del fallido y de su grupo familiar.

De su lado, el segundo principio se explica a través de una igualdad proporcional entre acreedores ubicados en un mismo plano; o, dicho de otro modo, en idénticas condiciones.

Porque (a) la **garantía de igualdad** significa "la misma ley para todos"; ello entendido no como una igualdad de hecho sino de derecho que sitúa a todos los habitantes en el mismo plano legal (cfr. Bielsa, Rafael "*Derecho Constitucional*" Buenos Aires, Ed. Depalma, 1954, p. 192/3) (b) y esa garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas (Fallos: 210:849; 310:943).

Tal extremo es el configurado en el subexámine desde que unos y otros pretensos acreedores ejercen sus derechos de forma distinta, en orden a la distinta forma en que han ingresado en contacto con el fallido y cual ha sido el origen temporal de sus créditos, desde que y esto es lo importante, el principio de igualdad no descarta la discriminación o la concesión de beneficios a cierta clase, en la medida en que obedezcan a una causa razonable (cfr. Ekmekdjian, Miguel Angel "*Tratado de derecho constitucional*" Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, T. II, p. 139 y sgtes.).

Esto último aparece frente a la valla temporal en que cada acreencia tuvo origen. Aquí la causa razonable radica en la tempestividad de los créditos y el nacimiento de las obligaciones, ora anteriores a la afectación, ora tras su inscripción registral. O expresado de distinto modo, los acreedores no se hallan en pie de igualdad, puesto que, en rigor, contrataron con el deudor en condiciones diferentes y, respectivamente, las asumieron. Podría decirse que, en cierto modo, asumieron

diferente grado de riesgo (unos tuvieron en miras el inmueble como eventual prenda suya, y los otros no) (Com:D, 12.3.2001 "*Horigian, Alberto G. s/ quiebra s/ incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble*", Dictamen de la Fiscalía de Cámara).

Síguese de ello entonces que, establecida la posibilidad de que se otorgue distinto trato a categorías de individuos en tanto sean razonables, es decir, que no se nieguen a unos lo que se concede a otros en igual circunstancias; se exterioriza la difícil tarea jurisdiccional de determinar que se entiende por igual y que criterios o pautas se utilizan para igualar o diferenciar (Gelli, María A. "*Constitución de la Nación Argentina*", Ed. La Ley, 2003, p.136). Piénsese para el caso, cuanto la propia normativa concursal dispone para las distintas graduaciones que exhiben ciertos créditos, lo que conlleva a la diferenciación entre acreedores quirografarios y privilegiados y dentro de éstos los distintos rangos que la ley prevé, dando ocasión a trámites como el concurso especial reglado por el art. 209 LCQ, el pronto pago del art. 16, o la continuación de los contratos que exhiben prestaciones pendientes recíprocas del art. 20 LCQ.

(viii) el bien excluido del desapoderamiento lo es con efecto suspensivo. Debe aguardarse a la oportunidad en que aparezca el crédito que se generó con anterioridad; se trata de una posibilidad de liquidación condicional, latente, a la espera del hecho desencadenante de su ingreso entre los bienes liquidables. Sin embargo, el producido del remate, no podría ser distribuido entre aquellos acreedores posteriores a su inscripción;

(ix) esto no implica que se lo pueda calificar de privilegio, contrariamente a lo sostenido por cierto sector de la doctrina, sino que se trataría de un supuesto especial de desapoderamiento restringido en relación a determinados casos, como entiende otra corriente; o lo que es igual, la ley 14.394 no avala la oponibilidad del bien de familia a los acreedores posteriores a la afectación, por el contrario, impone la solución inversa de que, precisamente, a ellos les sea oponible el instituto "aún en caso de concurso o quiebra" (cfr. art. 38; Com:D, 12.3.2001 "*Horigian, Alberto G. s/ quiebra s/ incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble*", Dictámen de la Fiscalía de Cámara).

(x) la referencia al inc. *e* del art. 49 de la ley 14.394 que suele citarse en beneficio de la postura que propugna la distribución de lo producido entre todos los acreedores, no resultaría acertada por contemplar supuestos disímiles a los que pretende amparar. Repárese que la propia ley dispone la desafectación cuando se trata de ejecución autorizada por esa ley, que sólo la autoriza para ciertos acreedores. En suma, la norma se refiere puntualmente a la cancelación en el registro, que no podría ser de otra forma, por cuanto no puede imponerse la afectación del inmueble como bien de familia a quien lo ha adquirido en subasta.

7. La impronta de la quiebra por sobre el límite temporal.

Por ciertas particularidades que presenta el proceso falencial, la secuencia procesal tendiente a la liquidación de bienes, en lo que aquí interesa queda delineada por el trámite que prevén los arts. 107, 108, 116, 118, 119, 120 y finalmente por el art. 236 LCQ.

El art. 107 introduce el concepto de **desapoderamiento** que implica la pérdida de los bienes derechos y acciones del fallido así como de su libre administración y disposición, aunque conservando su titularidad hasta el momento de la venta forzada, en orden a lo previsto por el capítulo VI sección I de la LCQ.

Los **bienes** sujetos a este procedimiento serán aquellos existentes en el patrimonio del fallido a la fecha de declaración del quebranto y los posteriores que sean adquiridos hasta su rehabilitación de acuerdo a la previsión del art. 107 LCQ.

A este acotado universo de bienes sujetos a la liquidación forzosa deben **añadirse** todos aquellos que reingresen por consecuencia de las acciones revocatorias que la sindicatura o los acreedores encaucen en los términos de los arts. 118, 119 y 120. Se trata en este supuesto de todos los bienes que durante el periodo de sospecha hayan salido del acervo y que sean posteriormente recuperados en razón de aquellas acciones.

En esta línea, habrán de **restarse** los bienes que por regla del art. 108 LCQ se encuentran excluidos.

Entre estos últimos aparece el instituto del “bien de familia” excluido por aplicación de la normativa especial que lo regula. Esto sucede aún cuando en rigor, la afectación bajo la referida tutela, no implica el ejercicio de un acto de disposición; porque el acto tiende concretamente a la conservación del bien afectado en el patrimonio de su titular, sin provocar su salida. Por la misma razón adherimos a la segunda de las posturas antes señaladas, desde que el bien no reingresa al patrimonio del deudor fallido, porque nunca salió de él; simplemente pierde la tutela de la inscripción bajo el régimen del bien de familia, y pasa a ser agredido por aquellos acreedores anteriores a ese acto.

Trascartón, declarada la quiebra del constituyente el límite temporal de retroacción que pone en juego la posibilidad de desafectación y posterior ejecución del bien (que como se dijo permanece en el patrimonio del deudor, pero bajo la protección de la ley 14.394), estará dado por la fecha de **cesación de pagos**.

Confluyen aquí dos presupuestos: la existencia de acreedores anteriores y posteriores a la afectación o que ésta se haya producido durante el periodo de sospecha. Veamos ambas posibilidades.

A. La determinación de la calidad de los acreedores.

Para que se produzca la desafectación (para beneficio de uno o de todos los acreedores, según la tesis que se adopte) deberá ponderarse si existen créditos de causa o título anterior a la afectación del inmueble. Estos extremos surgirán del cotejo del informe individual cuya confección le ha sido encomendada a la sindicatura en los términos del art. 35 LCQ y que permitirá establecer aquel requisito en la resolución verificatoria general del art. 36 LCQ (por remisión del art. 200 LCQ) que dicte el juez.

A ello habrá de sumarse en todo caso, cuanto se desprenda de los incidentes de verificación iniciados con posterioridad a la fecha establecida para insinuarse en los términos del art. 32 LCQ, de acuerdo a la vía incidental en orden a lo previsto por el art. 56 y 280 LCQ (en su nueva redacción de acuerdo a la ley 26.086) o de los trámites que surjan en sede originaria en orden a lo previsto por el art. 21 inc. 2 y 3 LCQ (reformado también por ley 26.086) valiendo el pronunciamiento que allí se dicte como título verificatorio en la quiebra.

En rigor, al ejercer el acreedor la opción el art. 21 inc. 2 LCQ de continuar el proceso de conocimiento, mientras dure su trámite cabe considerar al crédito allí reclamado como condicional (arg. art. 220 inc. 2° LCQ) por estar subordinado a la decisión de un tribunal (Com:D, 27.9.2006 “*Camisur S.A. s/ concurso preventivo s/ queja*”).

Ínterin, y hasta tanto no pueda establecerse aquella ocurrencia, el bien quedará fuera de los efectos del desapoderamiento y permanecerá bajo la tutela familiar.

B. La influencia del periodo de sospecha.

Para que la oponibilidad del bien de familia permanezca vigente, tras el decreto de quiebra, aquel debe haberse inscripto con anterioridad a la fecha de cesación de pagos (art. 115 LCQ). Es decir, la inscripción, acto formal mediante el cual nace el beneficio, no debe haberse producido dentro del periodo de sospecha

regulado por el art. 116 LCQ o dentro del plazo máximo de retroacción (los dos años anteriores a la fecha del decreto). Caso contrario, el acto de inscripción resultará ineficaz y no podrá oponerse a la masa de acreedores que se origina tras el dictado de la sentencia del art. 88 LCQ y es representada por el funcionario sindical. De tratarse de un concurso preventivo devenido en falencia (quiebra indirecta: art. 77 inc. 2° por remisión a los arts. 46, 47, 48 inc. 2 y 5, 51, 54, 61 y 63) el período de sospecha se retrotraerá a los dos años anteriores contados desde la fecha de presentación en concurso preventivo (cfr. art. 116 LCQ) y surtirá iguales efectos con la excepción de haberse producido la constitución del bien de familia con autorización del juez del concurso, previa vista al síndico, de acuerdo a los términos que emanan del art. 16 LCQ.

Sobre el punto la doctrina no es uniforme (Sajón, Jaime V. “*El bien de familia y la quiebra*” ED. T. 95 p. 923; Kemelmajer de Carlucci, Aida – Parellada, Carlos – Flores, Graciela M. “*Bien de familia y quiebra*” RDCO, 1984, p. 479; En contra: Lettieri, Carlos A. “*Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente*” ED 115-886 y 888)

Una primera corriente considera que si el acto fue llevado a cabo dentro del periodo de sospecha, el acto podría ser considerado inmerso en el supuesto del art. 118 inc. 1° LCQ. La calificación de acto gratuito le cabría por haber sido efectuado en el periodo de sospecha y por ende resultaría, en orden a lo previsto por aquella norma, un acto ineficaz de pleno derecho.

Esta postura con fundamento en el periodo de sospecha, determina que si la inscripción del bien bajo el régimen de la ley 14.394 es posterior a la fecha de cesación de pagos establecida por resolución judicial firme, el inmueble se halla sujeto al desapoderamiento.

Caso contrario, si la fecha inicial del periodo de sospecha es posterior a dicho acto constitutivo, y se presenta siquiera un acreedor anterior, éste podría perseguir la realización del bien mediante la acción individual del caso (Sajón, Jaime “*El bien de familia y la quiebra*” ED, 95-925). En el sentido expuesto se sostuvo que “inscripto un inmueble bajo el régimen de la ley 14394 como bien de familia, con antelación de más de un año respecto de la presunta fecha de cesación de pagos, el hecho de que puedan existir acreedores por créditos anteriores y también posteriores a dicha inscripción, no obsta a que se mantengan vigentes las disposiciones de la ley referida, que excluyen de ejecución a los inmuebles de pertenencia de quienes se acogieron a sus beneficios. Los acreedores cuya acción respecto del inmueble no esta enervada por las disposiciones de la ley de referencia, pueden ejecutar en forma individual dicho bien, que en cambio no debe ser ejecutado en la quiebra para satisfacer acreencias cuya acción puede no hacerse valer contra ese inmueble. (Com: Sala Integrada, Herrera Figueroa - Argeri – Warchavsky, 18.07.1975 “*Pranche Borucki, Mariano s/ quiebra*”)

Esta corriente no es pacífica y la principal crítica que puede sostenerse lo hace con fundamento en que esta suerte de acto revocable, sujeto a la fijación del periodo de sospecha, aparecería tras una primera mirada, como contraria a la propia letra de la ley concursal (que con asiento en los arts. 32 y 125) no permite a ningún acreedor de causa o título anterior ejecutar en forma individual al fallido.

Una segunda corriente postula que la constitución del bien de familia no puede subsumirse en la hipótesis prevista por el art. 118 LCQ, por ser esta norma legal de interpretación restrictiva en virtud de la cual no corresponde a ninguno de los casos enumerados en forma taxativa en los incisos 1 a 3.

Empero, estas dos circunstancias habrán de enfrentar también un límite temporal: el de la rehabilitación del fallido, por consecuencia del mecanismo que tiene basamento legal en el art. 236 LCQ.

Conforme los términos del art. 236 LCQ la **inhabilitación** del fallido cesa de pleno derecho al año de la fecha del decreto de quiebra, lo cual trae aparejado el cese de la afectación al activo concursal de lo que adquiriera. De resultas de ello y de acuerdo a la letra de los arts. 107 y 104 LCQ el activo del concurso existente no comprende lo que se adquiriera después de la rehabilitación (Com:B, 31.3.98 "*Rey, Luis s/quiebra s/Incidente de apelación*").

Por derivación de lo expuesto, si se generará el ingreso de sumas de dinero por consecuencia de la liquidación del bien antes amparado bajo el régimen del bien de familia, deberá observarse que: (i) si ese ingreso es anterior a la rehabilitación pertenecerán a la masa (ya sea en su totalidad, o sólo a los acreedores anteriores a la inscripción) y; (ii) si es posterior pertenecerán al ex-fallido como bienes nuevos.

No se escapa a mi atención que previamente referí que el bien nunca salió del patrimonio del fallido sino que se encontraba dentro de él pero "protegido" por la tutela del bien de familia. Como consecuencia de lo expuesto, bien podría cuestionarse que se trata del "ingreso" *lato sensu* de "nuevos bienes" porque en todo caso estaríamos frente a bienes –reitero- ya conocidos con anterioridad a la rehabilitación y por ende susceptibles de ser agredidos por la masa. Pero lo cierto es que para uno u otro caso ya no se considerará pertinente la aplicación del art. 1266 Cciv, visto que el recupero del dinero por parte del fallido será consecuencia de su rehabilitación y el ingreso en la masa lo será por causa de la postura que no admite la subrogación real de la afectación sobre las sumas dinerarias obtenidas por derivación de la subasta del bien afectado.

Desde otro espectro no será necesario el levantamiento de la anotación del "bien de familia" (arts. 37 y 38) bien entendido que el producido de la subasta sólo podrá ser destinado a solventar el crédito en cuestión. De modo que, en el caso de existir un remanente en la liquidación de un bien hipotecado (por ejemplo), éste debiera quedar a disposición de los titulares del bien, pues su afectación subsiste *erga omnes* –salvo la inoponibilidad a un crédito privilegiado anteriormente contraído al bien de familia- situación que no debería verse alterada siquiera por la falencia, en orden a lo previsto por el art. 38 primera parte (arg. Com:C, 8.02.2005 "*Berón Rubén Darío s/ quiebra*").

Dentro de este contexto, habrá que considerarse cada caso en concreto y decidir según hubieran acaecido los hechos puestos en conocimiento del juzgador.

8. Abstrac.

La interpretación que se propicia es una ecuación jurídica que consagra el resultado pretendido por el legislador y la finalidad de las propias normas, satisfaciendo así la estructura lógica que debe reinar en todo sistema normativo.

En este sentido, tiene dicho nuestro máximo Tribunal que es menester evitar darle a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (LL:1988-C, 392).

Se trata de la correlación entre dos marcos legales de orden público, elemento caracterizante éste último que conlleva una difícil solución. Es que por tratarse de dos órdenes legales que trascienden el mero interés particular, para dar paso al interés falencial y al familiar, tales circunstancias impiden otorgar sin más, preferencia de una por sobre la otra normativa.

Deben pues conjugarse dos normas ubicadas en planos idénticos, de tal forma que una no quite el contenido de la otra y la deja vacua de sentido, cualquiera ella sea.

Para el caso, la imposibilidad de ejecutar el bien de familia por deudas posteriores a su inscripción aún en caso de quiebra o concurso emerge del referido art. 38 de la ley 14.398. A ello cabe sumar que la exclusión del bien de familia del

proceso de desapoderamiento se alza como derecho vigente a tenor de cuanto emerge del art. 108 inc. 2 y 7 LCQ.

Caso contrario, de permitir que por efecto de la quiebra (supuesto contemplado en la normativa previamente indicada) acreedores posteriores a la inscripción (aún aglomerados en la masa de acreedores de la falencia) puedan cobrar sus créditos con el producido remanente de la subasta del bien ejecutado por el acreedor anterior implicaría una clara tergiversación del contenido legal que se desprende de acuerdo a la tesis aquí expuesta del art. 38; norma que veda claramente esa posibilidad aún en caso de quiebra.

La situación que se produciría de aceptar esa postura sería tanto como permitir que los acreedores posteriores (por causa de la quiebra) sean favorecidos y en sentido inverso, con una vía de ejecución que la legislatura no les ha concedido, ni en forma genérica o particular (a través del art. 38) ni en forma general (en la LCQ).

En esta línea argumentativa, y aún cuando es cierto que la constitución del bien de familia no puede efectuarse sino con base en un inmueble, nada obsta a que (i) la suma de dinero que emerja como remanente de la subasta sirva para comprar otro bien y afectarlo al instituto o que (ii) nada de ello sea hecho, pues esa suma de dinero proveniente de un bien excluido del desapoderamiento también seguirá la suerte del principal.

Finalmente, cada caso puntual habrá de ser analizado a la luz de toda una serie de particularidades que atraviesan a ambos institutos, alguna de las cuales se ha intentado ilustrar en esta presentación.