

# ¿Es posible sustituir un bien de familia?\*

Miguel Á. Luverá

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Examen de la cuestión. 3. El control de legalidad. 4. Conclusión.

## 1. Introducción

El artículo 35 de la Ley 14.394 prescribe: “La constitución del ‘bien de familia’ produce efecto a partir de su inscripción en el registro inmobiliario correspondiente”. Es decir, el bien de familia queda constituido por su inscripción en el registro inmobiliario, produciéndose a partir de ese momento los efectos de inembargabilidad e inejecutabilidad por deudas anteriores a la fecha en que se efectuó el registro. Y también, a partir de su afectación, el inmueble queda fuera del comercio, no autorizando la ley citada (art. 37)<sup>1</sup> al propietario del inmueble afectado a bien de familia enajenarlo (art. 37, Ley 14.394); pero si desea gravarlo, podrá hacerlo, solamente le será requerido el asentimiento de su cónyuge o, en su defecto, autorización judicial.

Dado que el inmueble queda afectado al régimen a partir de su inscripción, la Ley 14.394 no otorga expresamente, al propietario de un inmueble afectado como bien de familia que necesita trasladar su hogar por razones personales, sustituir esa protección y trasladarla al otro inmueble.

En ese sentido, el registrador, conforme a las facultades de calificación previstas en el ordenamiento registral (Ley 17.801), deberá rechazar la pretendida sustitución y dejará abierta al solicitante la vía recursiva por ante el Director del Registro Inmobiliario.

Los tribunales de la ciudad de Rosario, frente a un recurso de recalificación interpuesto por un propietario, resolvieron que “corresponde hacer lugar al pedido de sustitución de bien de familia con efecto retroactivo, si no carece de motivación axiológica, ni existen elementos que permitan suponer una alteración perjudicial de la situación jurídica de los terceros, ni tampoco de los beneficiarios”<sup>2</sup>.

\* Especial para *Revista del Notariado*.

1. Artículo 37, Ley 14.394: “El ‘bien de familia’ no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge; si este se opusiere, faltare o fuese incapaz, solo podrá autorizarse el gravamen cuando mediare causa grave o manifiesta utilidad para la familia”.

2. CCiv. y Com. Rosario, Sala Primera, 23/10/2002, autos “Gil, Alberto s/ recurso de recalificación” 29.275, Zeus, t. 91-R-575.

## 2. Examen de la cuestión

En su momento, la doctrina emitió opinión al respecto al decir que la Ley 14.394 no ha incluido normas que contemplen este problema, lo que ha provocado preocupación y vacilaciones al respecto.

Luis Moisset de Espanés, parafraseando a Elías P. Guastavino<sup>3</sup>, hace referencia “[...] al caso de las sumas correspondientes al pago de un seguro en caso de destrucción del inmueble por un siniestro, y aunque recuerda que en otros sistemas esas sumas serían inembargables, frente al silencio de la Ley 14.394, y estima que esa protección no será aplicable en nuestro país”; encontrándonos frente a una insuficiencia legal que corresponde sea corregida mediante una reforma legislativa, en especial, cuando nos encontramos frente a la venta de un inmueble con el propósito de adquirir un nuevo hogar.

Con similar criterio lo expresa Alejandro Borda quien propicia la reforma legislativa en cuanto a la posibilidad de la subrogación real del *bien de familia*, expresando razones puntuales que justificarían su admisibilidad, pero insistiendo siempre en que deberá serlo a través de una reforma legal expresa<sup>4</sup>.

La prestigiosa ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la subrogación quizá podría fundarse en lo que, en materia de sociedad conyugal, dispone el artículo 1266 del Código Civil<sup>5</sup>, aunque piensa que la solución sería dudosa<sup>6</sup> y entonces se inclina, al igual que los antes nombrados, hacia la opción de que la pretendida subrogación opere a través de una reforma legislativa y así propone el modelo contenido en la ley uruguaya.

Por su parte, Luis Moisset de Espanés considera que es el juez, en su labor de interpretación –tal lo prevé el artículo 16 del Código Civil<sup>7</sup>–, quien debe dar la solución recurriendo a los principios de leyes análogas<sup>8</sup>; y entiende que la solución brindada por el tribunal rosarino fue la correcta, teniendo en cuenta el fin tuitivo de la institución y que, en el caso concreto, tal lo había expresado el sentenciante: “no carece de motivación axiológica, ni existen elementos que permitan suponer una alteración perjudicial de la situación jurídica de los terceros, ni tampoco de los beneficiarios”.

Ahora bien, ¿la calificación que debe efectuar el registrador lo habilita sin más a autorizar la subrogación real, tal como

3. GUASTAVINO, Elías P., *Bien de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, tomo II, n° 478, p. 253, 2ª edic.

4. BORDA, Alejandro, “La sustitución de un bien de familia. Necesidad de una reforma legislativa”, *La Ley*, 1991-E-387.

5. Ver nota extendida en p. 53.

6. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 78.

7. Artículo 16 del Código Civil: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

8. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Notas”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).

hemos planteado, o necesita ineludiblemente la decisión de un tribunal que así lo disponga?

Nuevamente, Luis Moisset de Espanés<sup>9</sup> considera que

[...] el registrador carece de facultades para otorgar una sustitución –subrogación– no prevista por la ley, por cuanto su función no tiene carácter judicial, no es el órgano adecuado para pronunciarse sobre si el pedido de sustitución del bien de familia afecta o no los intereses de acreedores o beneficiarios.

A su criterio, el registrador, frente al silencio de la ley, procederá correctamente negando la subrogación solicitada y difiriendo la resolución final a sede judicial, a fin de que el magistrado sea quien evalúe la procedencia o improcedencia del pedido; razón por la cual reafirma la propuesta formulada por Aída Kemelmajer de Carlucci en relación al modelo uruguayo: “que para los supuestos de sustitución o permuta de un inmueble por otro como bien de familia, exige la ‘venia judicial’, para que en esa sede, se valoren las ventajas o inconvenientes del cambio propuesto”.

Por su parte, el Proyecto de Unificación de Código ha regulado la protección de la vivienda, haciendo especial referencia a la figura de la subrogación real y afirmando que, para el supuesto de haber estado afectado a bien de familia el inmueble, dicha afectación se va a transmitir a la vivienda que se adquiere en sustitución de la que se hallaba afectada; lo que además resulta llamativo es que el referido proyecto no regula únicamente la sustitución de un inmueble por otro sino también las sumas de dinero que podrían ingresar al patrimonio familiar en concepto de indemnización, por ejemplo, la expropiación por causa de utilidad pública, o la debida por la compañía aseguradora en el supuesto de siniestro<sup>10</sup>.

Ahora bien, sin dejar de lado los fundamentos acertados y precisos del maestro Luis Moisset de Espanés, formulo el siguiente razonamiento. Si planteada la sustitución en el ámbito registral y por vía recursiva, se expide el superior concediendo la subrogación, nos preguntamos: ¿todos los supuestos de sustitución de un inmueble por otro, pretendiendo conservar la afectación de bien de familia, deberían ser revisados por el superior? O bien, atento la naturaleza muy particular del instituto plasmado en la Ley 14.394, en aras de no perjudicar la familia y su vivienda, con suficiente aval constitucional, nos volvemos a preguntar: ¿no sería más atinente, que todo aquel que se considere

9. *Ibidem.*

10. Proyecto de Unificación Civil y Comercial ([www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar)), 5/10/2008.

perjudicado por la precitada sustitución formule previa acreditación fehaciente, el reclamo correspondiente, presentándose en sede judicial y objetando, si así lo considerase, la referida subrogación, probando correctamente el perjuicio que padece por la aplicación de la misma? Ahora bien, mientras eso no suceda, la familia podrá desarrollarse como tal, disfrutando de su vivienda acorde a las necesidades de la misma, y con la subsistencia de la protección desde la primera constitución del bien de familia.

### 3. El control de legalidad

La Ley Registral Nacional 17.801, en su artículo 8, reza: “El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos”. En ese sentido, Ramón Rocca Sastre afirma que el principio de legalidad o control de legalidad

[...] es aquel por el cual se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar en el Registro de la Propiedad reúnan los requisitos exigidos por la leyes, a cuyo fin es necesario someter los mismos a un previo examen de verificación o calificación que asegure su validez o perfección<sup>11</sup>;

y Fernando López de Zavalía dice: “[...] este concepto –legalidad en materia registral–, no se agota con el examen del documento, sino que el accionar del registrador de la oficina también debe adecuarse al principio de legalidad, esto es, actuar en los límites y en la forma prevista por la ley”<sup>12</sup>.

Y esto resulta así porque el fundamento del mencionado principio debe buscarse en el hecho de que la oponibilidad a terceros, que constituye la finalidad esencial perseguida por el Registro, la razón de ser de dicha institución, no puede reconocer como presupuesto indispensable sino títulos válidos y dotados de autenticidad, con el fin de evitar causar perjuicio a todas aquellas personas que confían en tal dependencia.

Como se podrá apreciar, la ley le ha otorgado al registrador inmobiliario facultades suficientes que le permiten examinar el documento presentado a inscribir en forma profunda y conforme a la normativa registral vigente; pero también deberá, al momento de calificar, tener en cuenta las decisiones de su organismo revisor que, en supuestos como el que nos ocupa, ha

11. ROCCA SASTRE, Ramón M., *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1968, p. 239.

12. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavalía, 1983.

resuelto en forma acertada y conforme a los principios generales del derecho y de la protección de la familia y su vivienda.

Solo basta recordar que la institución del bien de familia forma parte del llamado derecho de familia patrimonial y comprende, por tanto, aquellas instituciones jurídicas reguladoras de las relaciones patrimoniales emergentes del estado de familia; de esa manera encontramos, además del bien de familia, otras regulaciones que procuran dar protección suficiente y reforzar plenamente los vínculos jurídicos familiares. Es por ese motivo que todos aquellos resortes legales que permitan la materialización de la protección familiar deben permanentemente ser evaluados y tenidos en cuenta, máxime cuando obtienen aval judicial.

Asimismo, resulta:

[...] cierto es que la sustitución no se encuentra prevista en el régimen de bien de familia, pero también lo es que el derecho no solo es la ley positiva sino que está integrado por los principios generales del derecho y que, dentro de ellos, se encuentra el de “subrogación real”, aplicable por analogía[...]<sup>13</sup>;

y la autointegración judicial se encuentra prevista en el artículo 16 del Código Civil, constituyendo por tanto, uno de los medios mas relevantes de la técnica jurídica para lograr el ordenamiento de un sistema.

El inmueble afectado como bien de familia escapa a la acción persecutoria de los acreedores y está sometido a normas distintas de enajenación y de división, por cuanto los caracteres propios de este régimen son tan enérgicos y han sido concebidos y consagrados por fundamentos tan sólidos, que sería impropio e inexacto someterlo a una interpretación restrictiva.

Cabe recordar que la aplicación de las normas que regulan el instituto del bien de familia debe estar presidida por el interés familiar, y que este se materializa en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo.

El principio de subrogación real actúa con neutralidad tanto en beneficio del acreedor como del deudor; lo hace a favor del acreedor cuando, por ejemplo, el derecho del embargante se traslada al precio obtenido por la enajenación del bien embargado, y lo hace en beneficio del deudor si la oponibilidad de la cualidad de inembargable remonta a la fecha del primer bien de familia. Y así

13. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *op. cit.* (cfr. nota 6).

operan las razones de justicia y equidad; en el primer supuesto, se premia la diligencia y prudencia con que actuó el acreedor primer embargante y, en el segundo, la diligencia y prudencia con que actuó el constituyente del bien de familia<sup>14</sup>.

En ese sentido los tribunales han dicho que

[...] la sustitución no perjudica los derechos de los acreedores, pues para ellos la situación no varía: a quienes les era oponible el primer bien de familia le será oponible el segundo; y que mediante una interpretación contraria a la sustitución, el derecho de la familia a la vivienda familiar, de base constitucional y supraconstitucional, se vería avasallado por el interés de los acreedores, conformando una solución axiológicamente disvaliosa, porque se priorizaría el interés económico sobre la protección de la vivienda familia<sup>15</sup>.

Asimismo, la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario ha afirmado que:

[...] la admisión de la subrogación real del bien de familia con eficacia retroactiva de la inembargabilidad también satisface la necesidad o costumbre de no permanecer siempre en el mismo lugar los individuos que componen la familia, adecuándose a la movilidad del grupo que, donde quiera que vaya, lleva el amparo jurídico del hogar a otra sede<sup>16</sup>;

a lo que se agrega que

[...] el recurso interpuesto por quienes constituirían un núcleo familiar conviviente tiende a proteger previsoramente el hogar familiar contra las contingencias objetivas o subjetivas de la vida, siendo oportuno advertir que buena parte de la cohesión y la estabilidad familiar residen en saber que la vivienda no será agredida<sup>17</sup>.

Como se podrá apreciar, los argumentos emergentes de doctrinarios especialistas referenciados, así como también de relevante jurisprudencia al respecto, avalan sobremanera la facultad calificadora del registrador que, al no exceder sus límites en la interpretación del denominado control de legalidad, es dable considerar apropiada la aplicación de la sustitución del bien de familia, tal lo hemos expresado; atento que la Ley Registral Nacional prevé en una de sus normas que “[...] el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades serán es-

14. GUASTAVINO, Elías P., “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1977-III-90.

15. C.Civ. y Com. San Isidro, Sala 1ª, 3/2/1997, autos “Kipperband Jacobo c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aire”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997-III-79 y ss.

16. CCiv. y Com. de Rosario, Sala 1ª, resuelven respecto de la sustitución con eficacia retroactiva de un inmueble por otro sometido a bien de familia: N° 183/2000, autos “Mercado, Carlos A. y Ot. s/ recurso registral”, Expte. N° 481/99; “N° 269/2002, autos “Botto, Dardo S. y Ot. s/ recurso de recalificación de bien de familia”, Expte. N° 260/02; y N° 277/2002, autos “Gil, Alberto s/ recurso de recalificación bien de familia”, Expte. N° 129/00.

17. BORDA, Alejandro, “La sustitución de un bien de familia (necesidad de una reforma legislativa)”, *La Ley*, 1992-E-389.

tablecidos por las leyes y reglamentaciones locales”<sup>18</sup> con lo que se faculta al Director del Registro de la Propiedad Inmueble a resolver “las cuestiones que se promuevan por aplicación o interpretación de las normas legales y reglamentarias y adoptará las medidas no previstas necesarias para el mejor funcionamiento del Registro (t. o. Ley 8180)”<sup>19</sup>, normativa esta última que reafirma nuestros dichos sobre el tratamiento de la institución en estudio.

#### 4. Conclusión

Entendemos que el registrador, como autoridad de aplicación, podrá, conforme a las pautas indicadas por el organismo revisor de sus decisiones, indicar el camino a seguir y, en ese sentido, emitir disposiciones técnico registrales que autoricen la sustitución de un bien de familia.

El damnificado será, probado que fuere el perjuicio que invoca, el encargado de formular el pertinente planteo en procura de dejar sin efecto la sustitución efectuada. No resultando acorde con los principios generales del derecho, diferir en forma dilatoria la resolución final a la sede jurisdiccional.

El silencio emergente de la Ley 14.394 no impide la subrogación que puede aceptarse con fundamento en previsiones de leyes análogas, sin que ello implique, para un mejor entendimiento, la previsión expresa en una futura reforma legislativa.

#### Nota extendida

5. Artículo 1266 del Código Civil: “Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación, u otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, o de quien era el dinero, o a quien correspondía la especie principal”.

18. Ley Registral Nacional 17.801/68, artículo 38.

19. Ley Registral Provincial 6435/68, artículo 75.