

BIEN DE FAMILIA Y SUBROGACIÓN

Autor:

Medina, Graciela

Pandiella Molina, Juan Carlos

Cita: RC D 711/2013

Tomo: 2011 1 Bien de familia.

Revista de Derecho Privado y Comunitario

Sumario:

1. Introducción. 2. Bien de familia. Origen. Fundamento y alcance. 3. Derecho Comparado. 3.1. Chile. 3.2. El Salvador. 3.3. República Dominicana. 3.4. Paraguay. 3.5. Uruguay. 4. Sustitución del bien de familia en la ley de bien de familia. 5. El principio de la subrogación como principio general de Derecho. 6. Sustitución del bien de familia. 7. Doctrina jurisprudencial. 7.1. Casos en los que se ha hecho lugar a la sustitución. 7.1.1. Caso "Kipperband". 7.1.2. Caso "Botto". 7.1.3. Caso "Gil". 8. Precedentes que deniegan la sustitución. 8.1. Caso "Veronese". 8.2. Caso "Smaldone Rodríguez Rovira". 9. La sustitución en el Registro de la Propiedad Raíz. 10. Conclusión.

BIEN DE FAMILIA Y SUBROGACIÓN

1. Introducción

Cuando una familia puede adquirir una vivienda -cosa bastante difícil en un país que lleva medio siglo de déficit habitacional- lo primero que hace es pensar en protegerla y para ello normalmente la constituye en bien de familia.

El bien de familia es de gran arraigo en nuestra nación y su finalidad básica es conocida por la población media, que sin necesidad de consejo letrado especializado busca proteger a su hogar con la inscripción como bien de familia tanto de la agresión de los acreedores como de las más variadas contingencias económicas que puedan hacer que terceros intenten cobrarse de la casa habitación.

Lo normal en la vida de las personas es que cambien de vivienda de acuerdo a las necesidades familiares o a los cambios laborales que obligan a vender casas pequeñas para adquirir mayores o a desprenderse de un inmueble grande para trasladarse a uno más chico o mejor ubicado, o enajenar la vivienda y comprar otra en el lugar donde las partes muden su trabajo.

Es indiscutible que hoy existe una gran movilidad social y que los trabajos estables en un lugar determinado para toda la vida pertenecen al siglo pasado, lo que contribuye a que las personas enajenen sus hogares protegidos como bien de familia y accedan a otros inmuebles a los cuales les quieren dar similar protección.

Por otra parte la inscripción de un inmueble como bien de familia no lo hace absolutamente inmune a todos los acreedores y es posible que alguno de ellos lo subaste para cobrar su crédito y con el remanente se pueda adquirir otra vivienda para uso familiar, a la que lógicamente se la desee tener con la protección como vivienda familiar desde el momento de la primera inscripción.

Todas las hipótesis descriptas no son elaborados casos de laboratorio sino que constituyen hipótesis frecuentes y nos atrevemos a decir que son necesarias en el devenir del tiempo de vida de una generación familiar.

Estas situaciones nos llevan a realizar varias preguntas:

1. ¿Se puede sustituir un inmueble inscripto como bien de familia por otro bien de mayor o menor valor?
2. Para extender los efectos de la constitución del bien de familia vendido a la nueva vivienda comprada, ¿la compraventa debe hacerse al mismo tiempo o puede existir un lapso durante el cual el efecto de la constitución del bien de familia se aplique al precio?
3. ¿La sustitución de un bien de familia por otro bien de familia implica que la protección de que goza el segundo comienza desde la fecha de inscripción del primero?
4. Si el primer bien de familia se encuentra inscripto en un registro inmobiliario provincial, ¿cómo hacer para

extender los efectos de la inscripción a un segundo bien de familia comprado en otra provincia teniendo en cuenta que no existe un registro nacional de la propiedad inmueble?

Para dar respuesta a estos interrogantes nos proponemos: 1) realizar una brevísima descripción del instituto, su origen legislativo y su fundamento, porque estamos convencidos de que ello será de utilidad para la elaboración de las respuestas que pretendemos dar; 2) describir brevemente las soluciones dadas en el Derecho Comparado; 3) analizar si dentro de la legislación positiva existe alguna previsión expresa para la sustitución del bien de familia; 4) explicar con qué fundamento legal se puede obtener la sustitución; 5) reseñar los fallos jurisprudenciales dictados sobre la materia; 6) enunciar cuál sería el procedimiento más seguro para lograr una sustitución cuando la ley no la prevé expresamente.

2. Bien de familia. Origen. Fundamento y alcance

El bien de familia fue instituido por la ley 14.394, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el día 30 de diciembre de 1954, dentro de un contexto histórico de grandes cambios en nuestro país y de reconocimiento de los derechos sociales. Podemos afirmar sin lugar a dudas que fue la concreción legislativa de la garantía constitucional introducida en la reforma constitucional del año 1949, que se encontraba contenida en el artículo 37-II, inciso 3, que decía: "El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine".

Esta ley trata, entre otras cosas, el régimen penal de la minoridad, que luego fue derogado por la ley 22.278; el mínimo de edad para contraer matrimonio (14 años la mujer y 16 años el hombre); en los artículos 15 a 33 la ausencia con presunción de fallecimiento; del artículo 34 al 50 el régimen de bien de familia, y del artículo 51 al 57 la indivisión hereditaria. Como podemos observar claramente, es política legislativa de antaño de nuestros representantes sancionar leyes de las denominadas "ómnibus", donde se tratan diversos temas que muchas veces no tienen relación entre sí.

En los antecedentes parlamentarios del régimen de bien de familia debemos señalar que los artículos de este capítulo fueron sancionados en la forma propuesta por el Poder Ejecutivo, con la excepción del inciso d, del artículo 49 cuya redacción fue modificada por el despacho de las Comisiones de Legislación General y de Legislación Penal.

Para entender acabadamente el espíritu del bien de familia, estimamos prudente remontarnos al mensaje enviado por el Poder Ejecutivo que decía: "No ha de olvidarse que todos los miembros de la familia en una u otra forma concurren a la formación de los bienes de que es titular por lo general, el jefe del grupo. *De ahí que no sea exagerado ver en el patrimonio del padre de familia una forma de propiedad en condominio*, que en alguna medida conviene liberar de los peligros que representan la imprevisión, la necesidad o aun la misma inconducta del titular, que puede ser llevado por un mal negocio o por un abuso del crédito, o por las fuerzas de las pasiones hipotecar y comprometer los bienes que no son exclusivamente suyos, sino en verdad de la familia que él ha formado. La institución del bien de familia al sustraer del movimiento económico algún inmueble rural o urbano, asegura a la familia contra esa eventualidad e impide que aquello que se ha formado con la cooperación solidaria de padres e hijos pueda menoscabarse o destruirse por la sola acción de uno de sus agentes productores" [1].

Es menester aclarar que la afectación de un bien al régimen del bien de familia no determina que surja un condominio entre el instituyente y los beneficiarios como se señala en el mensaje del Poder Ejecutivo, que acompañó al proyecto de ley, resaltado en cursiva en el párrafo anterior. Esto es porque los beneficiarios no tienen facultades de disposición ni de administración respecto del bien por más que se hallan limitadas las facultades del propietario [2].

El instituto del bien de familia se creó para proteger patrimonialmente al núcleo familiar y poner a la propiedad a salvo de una ejecución o remate. La ley que lo reglamentó (14.394) entiende como familia a la formada por el propietario y su esposa, hijos (aun los adoptivos), nietos, padres, abuelos y sus parientes colaterales (hermanos, tíos y sobrinos). En el caso de designación de parientes colaterales como beneficiarios, los mismos deberán convivir con el titular. Los bienes de familia no pueden ser ejecutados por deudas posteriores a su inscripción como tal, además están exentos del impuesto a la herencia y tienen reducción de los honorarios por juicios sucesorios [3].

Además, debemos señalar que la defensa de la vivienda y del bien de familia tiene su reconocimiento en diversos tratados internacionales; en nuestro país tiene rango constitucional con la incorporación, en la reforma constitucional del año 1957, del artículo 14 bis [4]; y también ha sido reconocido en varias Constituciones provinciales [5], siendo de las primeras en reconocerlo la de la Provincia de San Juan, sancionada en el año 1986, en los artículos 59 y 111 [6].

Muchos de los tratados internacionales -por no decir todos- que aluden a la protección de la vivienda familiar, después de la reforma constitucional de 1994 han adquirido jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), produciéndose con esto lo que algunos autores denominan la constitucionalización del Derecho Civil, ya que al tener esa jerarquía están en orden superior a los códigos y leyes nacionales.

Entre los que podemos citar se encuentran:

1) La Declaración Universal de Derechos Humanos, formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 16 dispone: "...La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", y en el artículo 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...".

2) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), que afirma en su artículo XXIII: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar".

3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, aprobada por ley 23.054 de 1984), que en su artículo 17 establece que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

4) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por ley 23.313, que declara en su artículo 11.1: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...".

5) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en Nueva York el 13 de julio de 1967 y ratificada por ley 17.722, que enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5, inc. e, III).

6) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por la ley 23.179 de 1985, que consagra, especialmente en su artículo 14, inciso h, para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones.

7) La Convención sobre los Derechos del Niño, de cuyo contexto general se deriva que todos los derechos acordados parten del presupuesto de la garantía de un hábitat donde desarrollarse.

En consecuencia, como se señaló en el apartado 1 del despacho de lege data de la Comisión 4 de Derechos Reales [\[7\]](#) de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2005 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "El régimen tuitivo de la ley 14.394 (arts. 34 a 50) debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar" [\[8\]](#).

Sin hesitación alguna, podemos decir que las normas citadas "colocan a la protección de la vivienda familiar en un lugar preferente que cede sólo en casos excepcionales, puntualmente previstos en la norma reglamentaria. Por otra parte, define que *la hermenéutica de las excepciones debe ser realizada con un criterio restrictivo*, por cuanto, de otro modo, se corre el riesgo de vulnerar la protección constitucional a través de la interpretación" [\[9\]](#).

Realizando un breve análisis de este instituto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 35 de la ley 14.394 [\[10\]](#), el bien de familia queda constituido por su inscripción en el Registro Inmobiliario y desde ese momento se producen los efectos de su inembargabilidad e inejecutabilidad por deudas anteriores a la fecha en que se efectuó el registro. Además, a partir de la afectación del inmueble como bien de familia, queda relativamente fuera del comercio porque el propietario no puede enajenarlo (art. 37, ley 14.394), y si desea gravarlo necesita el asentimiento del cónyuge o, en su defecto, autorización judicial (segunda parte del art. 37). Decimos que el bien queda relativamente fuera del comercio porque el propietario, mediante una nueva expresión de voluntad, puede desafectarlo y proceder a su venta o a la constitución de gravámenes, sin necesidad de ninguna autorización. La ley, pues, se limita a proteger el techo de la familia mientras exista y subsista la voluntad del propietario de acogerse a este beneficio [\[11\]](#).

Sabemos que el grado de oponibilidad de un derecho depende muchas veces de que el resto de la comunidad tenga conocimiento efectivo o al menos la posibilidad de conocer su existencia, como ya lo decía Vélez Sársfield, con cita de Freitas, en la nota al artículo 577 del Código Civil: "...No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce". Entre los medios técnicos que pueden establecerse se encuentran los

registros; la publicidad registral genera entonces la posibilidad de conocer y por ende la oponibilidad de las situaciones que publicita.

Si se realiza una lectura meramente literal del artículo 35, puede llevar a sostener que se trata de una inscripción constitutiva [12]. Sin embargo, si afinamos la interpretación y correlacionamos la norma de la ley 14.394 con la doctrina emanada del artículo 2505 del Código Civil y la ley registral inmobiliaria 17.801, puede sostenerse el carácter declarativo de la inscripción, carácter que surge sin dudas en el régimen general inmobiliario, tal como lo sostiene Jorge Alterini [13], del artículo 2 de la ley 17.801 al indicar que el registro se hace con fines de publicidad y oponibilidad a terceros, y del artículo 20 cuando afirma que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado [14].

Por su parte, Guastavino en su destacada obra sobre el bien de familia [15] sostiene que cuando el bien de familia se constituye por escritura pública, cabría diferenciar el comienzo de la eficacia: para las partes desde el momento de la constitución y respecto a terceros desde la inscripción al registro. Ello equivale a decir que los efectos de la inscripción son declarativos; si fueran constitutivos no existiría ni siquiera respecto a los intervinientes en el acto. Así lo entendió en su despacho, por unanimidad, la Comisión 4 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que en el punto 3 del despacho entendieron *de lege data* que "La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2, 20 y 22 de la ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del Cód. Civ.)" [16].

Los tribunales de la Provincia de San Juan han sostenido que "La circunstancia de que el mismo se encuentre afectado por cualquiera de los regímenes de inembargabilidad ya enunciados, debió ser acreditada con prueba objetiva, como lo es, por ejemplo, la constancia de inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmobiliaria que resulta de fundamental importancia y que se encuentra regida por la Ley Nacional N° 17.801 y Provincial N° 3802 que establece que '...los registros de la propiedad tomarán nota de dichas circunstancias al margen de la anotación del dominio...' En este sentido, en casos análogos, el artículo 59 de la Constitución Provincial, el artículo 35 de la ley 14.394 y el artículo 28 de la ley provincial 3802 (creación del Registro Especial del Bien de Familia) reconocen y protegen la vivienda familiar, pero expresamente ordenan que produce efecto esa declaración a partir de su inscripción registral" [17].

En síntesis, la necesidad de la inscripción del bien de familia para su oponibilidad a terceros es indispensable, ya que al tratarse de una limitación al derecho de dominio del constituyente cuyo efecto principal es tornarlo no susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, es lógico que esa alteración al patrimonio como garantía común de los acreedores -como se dijo supra-, en materia de un bien inmueble, sea inscrita en el Registro de la Propiedad para poder ser opuesta a los mismos dado que éstos son terceros interesados.

3. Derecho Comparado

Nos parece imprescindible la utilización del Derecho Comparado porque "es totalmente obvio que el Derecho vigente en cierto territorio o con referencia a determinadas personas o relaciones nunca nace aisladamente en la mente de un legislador o en la praxis de los actores locales, sino que representa el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios. En consecuencia, bastante a menudo un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico no es en realidad posible de conseguir sin el conocimiento de todo lo sucedido en otra parte, aunque no todo lo sucedido en otra parte presenta igual grado de interés para el conocimiento del Derecho vigente en el ámbito del ordenamiento de referencia" [18].

Por tal motivo realizaremos una breve reseña de los países latinoamericanos que han plasmado en la legislación el instituto del bien de familia, con sus características particulares en cada país, pero siempre con el mismo fin, la protección de la vivienda familiar, deteniéndonos en la manera como estas legislaciones previeron el tema de la sustitución.

3.1. Chile

La ley 19.335, del año 1994, que también creó el régimen matrimonial de participación en los gananciales,

introdujo en la legislación chilena la institución denominada "bienes familiares", regulándola en los artículos 141 a 149 del Código Civil.

Si bien no define el Código Civil lo que se entiende por "bienes familiares", del tenor de las normas que regulan la institución podríamos definirlos como aquellos bienes corporales o incorporeales, de propiedad de uno o de ambos cónyuges, que en ciertas circunstancias pueden ser considerados esenciales para la adecuada subsistencia de la familia, restringiéndose los derechos que sobre ellos corresponden a su titular, sea por una resolución judicial, sea por un acto unilateral de uno de los cónyuges [19].

Entre las características de los bienes familiares, el autor chileno Hernán Corral Talciani [20] enuncia las siguientes:

- a) Se trata de bienes corporales o incorporeales (derechos en sociedades de personas o acciones en sociedades de capital) que permiten o favorecen la convivencia del grupo familiar.
- b) Pueden existir, cualquiera sea el régimen de bienes que medie entre los cónyuges (art. 141).
- c) La afectación como familiar de un bien corporal o incorporal no opera de pleno derecho, sino que se requiere una declaración, sea con intervención de la justicia o mediante acto unilateral de uno de los cónyuges otorgado por escritura pública.
- d) La afectación es revocable por acuerdo de los cónyuges. De no haberlo, la desafectación sólo procederá por resolución judicial, cuando se acredite que los bienes ya no cumplen la finalidad que permitió la afectación.
- e) La calidad de bien familiar presupone la existencia de vínculo matrimonial, pero subsiste después de la disolución del matrimonio, mientras el bien no sea expresamente desafectado.
- f) La calidad de bien familiar no altera el derecho de dominio, pero restringe o limita las facultades de administración y disposición.
- g) La afectación como familiar de un bien no supone su inembargabilidad e inejecución, pero restringe la acción de los acreedores, pudiendo éstos ser obligados a ejecutar primero sus créditos en otros bienes del deudor.
- h) Las normas que regulan los bienes familiares son de orden público y, por ende, los derechos que la ley concede a su respecto son irrenunciables (art. 149).

Lo más interesante de esta ley, a nuestro entender, es que el bien de familia se puede establecer sobre los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia.

Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar.

3.2. El Salvador

Este país consagró el instituto por medio del decreto legislativo 74 del 2 de junio de 1933, que hace referencia a una casa habitación donde esté constituido el hogar (art. 2). Faculta en su artículo 3 a constituir bien de familia [21] a toda persona natural (física) o jurídica, inclusive el Estado a favor de una familia o parte de ella.

Permite la sustitución en su artículo 13, que dice: "El propietario no puede renunciar a la inembargabilidad del 'bien de familia', ni dar éste por extinguido; tampoco puede extinguirlo el que traspasó su propiedad para constituirlo; *pero bien puede extinguirse un 'bien de familia' para constituir otro en sustitución, en mejores condiciones, previa sentencia judicial dictada con conocimiento de causa, a solicitud de interesado*".

3.3. República Dominicana

Se podría decir que es una de las primeras legislaciones en Latinoamérica en consagrar este instituto, ya que establece el bien de familia por medio de la ley 1024, *promulgada* el 24 de octubre de 1928, que luego fue modificada en agosto de 1961 mediante la ley 5610, y excluye en forma transitoria a los extranjeros de este beneficio en el segundo párrafo del artículo 1, al establecer: "Los extranjeros no podrán gozar de las prerrogativas de la presente ley sino después de haber sido autorizados, conforme al artículo 13 del Código Civil, a establecer su domicilio en la República Dominicana".

También *permite la sustitución del bien de familia* en su artículo 16: "*La sustitución voluntaria de un bien de familia por otro, se hará por medio de una petición al tribunal de Primera Instancia en donde radique el inmueble que se ha de sustituir, o por declaración ante notario, en las mismas condiciones que la fundación, conformándose con las disposiciones de los artículos 6, 8, 9, 10 y 11. En caso de sustitución la constitución del*

primer bien es mantenida hasta que la constitución del segundo sea definitiva".

3.4. Paraguay

En fecha 26 de junio de 2003, mediante la ley 2170 [22] se introducen modificaciones al régimen del bien de familia, modificando los artículos 2073 y 2074 de la ley 1183 del 23 de diciembre de 1985, "Código Civil", es decir que este instituto se encuentra incorporado al Código Civil.

Establece que "La constitución quedará formalizada y será oponible a terceros desde que el inmueble quede inscripto en tal carácter en el Registro de Inmuebles" (art. 2073, 2 párr.).

3.5. Uruguay

La ley 15.597 consta de 20 artículos y aprueba la *constitución del bien de familia*; establece en su artículo 8° que la constitución del bien de familia debe: a) realizarse por escritura pública o testamento; b) publicarse en el Diario Oficial y en un diario local durante diez días, y c) inscribirse en el Registro de Propiedad, Sección Inmobiliaria.

La falta de cumplimiento de los requisitos b, y c, determinará la no oponibilidad a terceros.

Se contempla la posibilidad de sustitución del bien de familia en su artículo 11, que establece: "*Podrá permutarse un bien de familia por otro inmueble con idéntico destino previa venia judicial fundada en la necesidad o conveniencia de la permuta*".

4. Sustitución del bien de familia en la ley de bien de familia

En la ley que regula el bien de familia no existe ninguna estipulación expresa sobre la sustitución del bien de familia como sí la hay en alguna de las leyes antes transliteradas.

Conviene examinar si, no obstante que la ley 14.394 no tenga disposición específica sobre el tema, el Derecho argentino permite su realización.

Un lector inadvertido podrá preguntarse cómo podemos pensar que el Derecho contemple la solución a la sustitución del bien de familia si la ley específica guarda silencio sobre el tema.

Cabe recordar que las fuentes del Derecho en la Argentina no sólo son las leyes sino que también lo son los principios generales de Derecho y que el juez está obligado a juzgar aun en caso de silencio de la ley.

Así, el artículo 16 del Código Civil establece que "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".

Creemos entonces que para dar solución a las preguntas que formulamos en la introducción debemos acudir al principio general de Derecho de la subrogación real.

Para dar solución a una cuestión por medio de los principios generales de Derecho se debe cumplir con dos requisitos [23]:

- Se debe acreditar que no hay ley o costumbre aplicable al caso.
- Debe estar vigente el principio general, exponiendo los argumentos en cuya virtud el principio deba considerarse como general del Derecho en nuestro ordenamiento, citando los textos legales que lo sancionen o haciendo ver la conexión existente entre el principio y ciertos textos o bien aportando la sentencia con que lo reconoce o aplica.

En el proyecto de reforma del Código Civil del año 1998, en el texto aprobado por la Cámara de Diputados se incorporaba la protección de la vivienda en el Libro Segundo, *De la parte general*, Título III, *Del patrimonio*, Capítulo III, *Vivienda protegida*, artículos 236 a 249 [24].

Entre las novedades que incorporaba era que en su artículo 241 admitía la subrogación real, que textualmente dice: "*Subrogación real*. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación por un lapso de seis meses de percibida. *En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad*".

5. El principio de la subrogación como principio general de Derecho

La subrogación real es una modificación objetiva cualitativa de la relación jurídica en cuya virtud, cuando un objeto ocupe en la relación jurídica el lugar que ocupaba otro, lo hace bajo las mismas condiciones e idéntica afectación. Si era un bien sobre el cual el acreedor tenía privilegio, lo tendrá sobre el bien que lo reemplaza; correspondiendo a una masa de bienes, propios o gananciales en el régimen matrimonial, el nuevo bien pertenecerá a la misma masa; si componía el patrimonio del ausente poseído por otros, reaparecido el ausente pasarán a su patrimonio los bienes subrogados; si fue enajenado por el heredero aparente de buena fe, lo que reemplazó en el acervo hereditario a algún bien del causante se restituirá al heredero verdadero peticionante de la herencia; planteada por un acreedor del causante la separación de patrimonios, los bienes hereditarios enajenados por el heredero serán reemplazados por los nuevos bienes adquiridos como garantía del acreedor del difunto; etcétera [25].

Por consecuencia de la subrogación real, en la relación jurídica objetiva y cualitativamente modificada, el bien subrogado recibe el mismo trato que tenía el anterior bien: es objeto sobre el cual se aplica el privilegio o derecho persecutorio del acreedor, o la ventaja de inembargabilidad del deudor, o la cualidad de pertenencia a un patrimonio o masa diferenciada, etcétera, cumpliendo con el fin técnico de impedir la confusión del tráfico jurídico cuya validez no se detendrá en beneficio de la seguridad jurídica dinámica y asegurando la permanencia de los destinos especiales de afectación.

Para que se produzcan los efectos de la subrogación real son necesarios ciertos requisitos, entre los que se cuentan: a) titularidad por el mismo sujeto, sucesivamente, de los bienes en cuestión; b) conexión causal evidente o nexo filiatorio directo y cierto entre la enajenación y la adquisición, o sea que la fungibilidad genérica de los componentes de la masa patrimonial cede, disminuye y se diluye ante la conexión entre los fenómenos de enajenación, pérdida, destrucción, expropiación u otra modalidad de extinción del derecho sobre el primer bien y la adquisición del que lo sustituye; posterior separación de los patrimonios acumulados transitoriamente; o liquidación de las masas de bienes diferentes; c) precepto legal concreto que directa, indirecta o analógicamente autorice la subrogación real o un principio jurídico general que sea posible extender al caso involucrado [26].

Existen abundantes y significativas referencias normativas a la subrogación real en la legislación argentina, sobre las que cabe efectuar el proceso de generalización progresiva y cada vez más amplio que permite afirmar el principio general de la subrogación objetiva o real, no siendo posible admitir que todas esas normas sean de alcance restrictivo ni tampoco exigir que las leyes positivas agoten exhaustivamente la enumeración de las situaciones en que la justicia o la equidad la tornan viable. Entre la nómina de preceptos legales que conciernen o hacen referencia a ella, podemos señalar los siguientes:

- a) Sobre bienes de la persona ausente reaparecida después de dada la posesión definitiva a los herederos y otros, ver artículos 124 y concordantes del Código Civil [27] y leyes modificatorias;
- b) en la separación de patrimonios del difunto y del heredero, ver artículos 3440 y siguientes del Código Civil [28];
- c) en el régimen del beneficio de inventario, ver artículos 3385 y concordantes del Código Civil [29];
- d) en el caso de actos de disposición del poseedor de la herencia o heredero aparente, ver artículos 3430 y siguientes del Código Civil [30];
- e) en el régimen matrimonial de bienes, ver especialmente los artículos 1246, 1247, 1256, 1258, 1266, etcétera, del Código Civil [31], y el artículo 3, inciso 2 de la ley 11.357, derogado por la ley 17.711;
- f) sobre la garantía prendaria, ver artículo 3224 del Código Civil [32];
- g) sobre el derecho de retención, ver artículo 3942 del Código Civil [33];
- h) sobre la garantía hipotecaria, ver artículo 3110 del Código Civil [34], y
- i) sobre los derechos del asegurado contra un tercero, ver artículo 80 de la Ley de Seguros [35].

6. Sustitución del bien de familia

Ya hemos dicho que el silencio de la ley cabe suplirlo mediante los métodos de integración del Derecho conforme a los artículos 15 y 16 del Código Civil [36], esto es con los principios generales y la analogía.

Es decir, aun cuando la sustitución del bien de familia no está prevista en la ley 14.394, los jueces no pueden negarse a juzgar por oscuridad o defectos de la ley, y como ésta no sólo es la ley positiva sino que incluye los principios generales [37], corresponde examinar si alguno ofrece solución al caso dentro de los cuales se encuentra el de "la subrogación real" que tiene recepción legislativa en el artículo 1296 del Código Civil, y resulta aplicable por analogía.

También podemos sostener que al acudir a los principios generales del Derecho tanto a nivel positivo nacional, como en el examen del ordenamiento supranacional constituido por declaraciones y tratados como los ya expuestos -aunque incorporados al ordenamiento interno-, se busca una interpretación que brinde la mayor protección posible al bien de familia.

En especial esta interpretación también responde a un principio general jusnatural porque, sin dudas, preservar de la forma más completa posible una vivienda digna para la familia protege ese derecho natural, que debe completarse con el derecho a cambiar libremente de domicilio familiar sin temores a eventuales deudas, que incluso pueden ser ignoradas, y que se tornarían plenamente ejecutables ante la falta de retroactividad de la nueva inscripción [38].

Otros autores sostienen que "por encima de la subrogación real, es el principio de defensa de la vivienda familiar el que debe latir detrás de las soluciones que debe brindar el pretorio, ante la falta de previsión legal expresa, dado que supera las dudas que puede dejar, en algunos casos, una aplicación estricta del principio de subrogación real" [39].

7. Doctrina jurisprudencial

En la jurisprudencia argentina no existe unanimidad sobre el tema, ya que hay casos en que se ha admitido la sustitución y en otros no. Mencionaremos a continuación brevemente algunos de ellos, citando en primer lugar y en extenso, por los fundamentos allí dados, el *leading case* "Kipperband".

7.1. Casos en los que se ha hecho lugar a la sustitución

7.1.1. Caso "Kipperband"

Los antecedentes fácticos del caso son los siguientes:

Jacobo Kipperband en su calidad de propietario del inmueble ubicado en el partido de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, lo constituyó en bien de familia el 11 de diciembre de 1981. Luego fue declarado en quiebra en el Juzgado Comercial N° 7, Secretaría N° 14, de San Isidro, proceso en el cual se ordenó su inhibición general de bienes, que fuera anotada en el Registro de la Propiedad el día 2 de junio de 1994 y también la traba de un embargo. A la fecha del fallo (3-2-97) el inmueble registraba deudas ante la Dirección Provincial de Rentas, la Dirección Municipal de Rentas y ante Obras Sanitarias de la Nación.

Para poder pagar estas deudas frente a las cuales el bien de familia resultaba inoponible, requiere vender la propiedad, y ello le es imposible por la inhibición general de bienes dictada en la quiebra. Para soslayar este problema plantea una acción de amparo ante el Juzgado Civil N° 2, Secretaría N° 4, de San Isidro, donde solicita que se ordene el levantamiento de la inhibición general de bienes dictada en el proceso falencial, y que se declare la subrogación como bien de familia del nuevo inmueble que se adquiera en reemplazo del actualmente afectado como bien de familia.

Pretende en el fondo pagar a los acreedores fiscales a quienes no les es oponible la constitución del bien de familia, y adquirir una vivienda que no pueda ser agredida por los acreedores de la quiebra a quienes les resultaba oponible el bien, es decir, que conserve el carácter de bien de familia que tiene la actual vivienda.

El objeto de la acción de amparo se puede sintetizar en estas tres pretensiones:

- a) La sustitución del bien de familia de San Isidro por otro inmueble a adquirirse en la Capital Federal, con efectos retroactivos a la fecha de constitución del primer bien de familia.
- b) El levantamiento de la inhibición general de bienes dictada en el proceso de quiebra.
- c) El levantamiento del embargo preventivo.

El fallo admite la sustitución del bien de familia dando sólidos fundamentos, que los podemos resumir en los siguientes:

- a) Existiendo un proceso de quiebra se debe permitir al constituyente del bien de familia el sustituir el bien donde reside la vivienda familiar para poder pagar a los acreedores a quienes la constitución le es inoponible con el objeto de mantener el régimen jurídico del mismo, que distingue en un doble orden de acreedores: aquellos a los cuales la constitución del bien de familia les resulta oponible y aquellos para quienes es irrelevante, de lo contrario, por el solo hecho de la quiebra se equipararía a todos los acreedores, y los posteriores a la constitución

no incluidos en el artículo 38 de la ley 14.394 que no pueden ejecutar ni aun en el caso de concurso se verían beneficiados con la ejecución de aquellos a los que la constitución le es inoponible. El carácter constitutivo de la inscripción del bien de familia no pone un valladar insuperable al efecto retroactivo de su sustitución por otro inmueble, máxime cuando ya se ha admitido por el artículo 25 de la ley 17.801, por lo que no habría razón para que esta retroactividad beneficie a los adquirentes de derechos en general y no a los beneficiarios del bien de familia, siendo que la protección de la vivienda familiar tiene rango constitucional.

b) El objetivo que se busca a través de la constitución del bien de familia y la protección de la vivienda familiar resultaría inexistente si al constituyente del bien de familia se le niegan acciones declarativas en el orden a la sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución del originario y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción.

c) Si bien la sustitución del bien de familia no se encuentra prevista en la ley, también es cierto que los jueces no pueden negarse a juzgar por oscuridad o defectos de la ley y que el Derecho no sólo es la ley positiva sino que incluye los principios generales del Derecho, dentro de los cuales se encuentra el de "la subrogación real" que tiene recepción legislativa en el artículo 1296, y resulta aplicable por analogía.

d) La sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha del primero no perjudica los derechos de los acreedores en virtud de que para ellos la situación no varía; a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo.

e) La sustitución del bien de familia no sólo tiene significación para el propietario constituyente sino que afecta a la familia, que si bien no tiene derecho sobre la vivienda tiene un derecho a la vivienda familiar, de base constitucional y supraconstitucional, que se vería avasallado de no permitirse la sustitución en otro inmueble adquirido con la venta de aquél, por el interés de los acreedores del constituyente del bien de familia fallido, solución axiológicamente disvaliosa porque prioriza el interés económico sobre la protección de la vivienda familiar [\[40\]](#).

7.1.2. Caso "Botto" [\[41\]](#)

Otro caso en el cual se admite la sustitución del bien de familia es el de "Botto, Dardo S. y otra", de la ciudad de Rosario, de fecha 15 de octubre de 2002.

En este supuesto los antecedentes eran los siguientes: los actores mediante una escritura sustituyen el inmueble constituido como bien de familia por otro, con efecto retroactivo a la constitución del primero. Al ser presentado para su inscripción, el Registro General de la Propiedad Inmueble de Rosario rechazó la sustitución con efecto retroactivo, basando su decisión en la ausencia de una norma que posibilite la pretendida sustitución y en las consecuencias que el solicitado efecto retroactivo podría ocasionar a los acreedores titulares de obligaciones posteriores a la fecha de inscripción del primer bien de familia. Apelado el pronunciamiento, la sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario lo revoca.

Los fundamentos del tribunal para aceptar la sustitución fueron los siguientes:

- Que si bien es cierto que la sustitución no se encuentra prevista en el régimen del bien de familia, también lo es que el Derecho no sólo 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.

- La autointegración judicial o elaboración *intra legem* de normas por el juez mediante la analogía está prevista en el artículo 16 del Código Civil y constituye uno de los medios más relevantes de la técnica jurídica para lograr el ordenamiento de un sistema. De todos modos, aunque no se coincidiera en la afirmación de que la subrogación real es un "principio" general invocable en la función integradora del ordenamiento jurídico, a similar solución se podría llegar con el empleo de la analogía, teniendo en cuenta diversos preceptos diseminados en el Código Civil (v. gr.: arts. 124, concs. y leyes modificatorias, 3440 y ss., 3385 y concs., 3430 y ss., 1246, 1247, 1256, 1258, 1266, etc., 3224, 3942, 3110) y fundamentos de equidad y justicia que la hacen aplicable.

- Si por interpretación restrictiva se entiende la investigación que, partiendo de la suposición de que la ley expresa más de lo que realmente ha querido disponer, llega a la conclusión de la necesidad de aplicarla reduciendo sus efectos, puede sostenerse categóricamente que sería funesta la interpretación restrictiva de las normas sobre el bien de familia. El inmueble afectado como bien de familia se diferencia del resto del patrimonio del titular, ya que escapa a la acción persecutoria de los acreedores y está sometido a normas distintas de enajenación y de división. Pero aunque se considere que las normas que regulan el bien de familia configuran un régimen de excepción patrimonial, sus caracteres son tan enérgicos y han sido concebidos y consagrados por fundamentos tan sólidos, que sería impropio e inexacto someterlo al adagio *exceptio est strictissimæ*

interpretatione.

- Consecuentemente, la interpretación del bien de familia no ha de ser restrictiva ni mezquina. Y la aplicación de sus normas ha de estar presidida por el interés familiar, consistiendo éste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo, siempre que armonice con dichos fines esenciales, pues en caso de colisión cederá frente a los mismos, como una manera de que el vínculo jurídico familiar se realice.

- Que la admisión de la subrogación real del bien de familia con eficacia retroactiva de la inembargabilidad también satisface la necesidad o la 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.

En realidad, 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.

7.1.3. Caso "Gil" [\[42\]](#)

Otro precedente jurisprudencial que acepta la sustitución del bien de familia es el caso "Gil", del 23 de octubre de 2002. En el caso el propietario de un inmueble afectado como bien de familia necesitaba trasladar su hogar a otra vivienda, y para adquirir el nuevo techo debe vender el anterior, negocio que sólo podrá efectuar si lo desafecta. Solicita entonces al Registro, que es la autoridad de aplicación del régimen de bien de familia, que inscriba en sustitución del inmueble que debe desafectar el que adquiere en reemplazo como vivienda familiar, con la finalidad de que la protección se tome en cuenta no desde la inscripción de este nuevo negocio, sino que se mantenga como fecha a computar con relación a posibles deudas la fecha de la inscripción originaria. El registrador niega esta posibilidad y estima que debe tomarse como fecha de inscripción la correspondiente al nuevo registro y el interesado interpone recurso judicial solicitando recalificación de la resolución registral.

La sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario revocó la resolución apelada e hizo lugar a la sustitución solicitada diciendo: "Corresponde hacer lugar al pedido de sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución originaria, toda vez que dicho proceder no perjudica los derechos de los acreedores ya que a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo; y una interpretación contraria a la sustitución implicaría una solución axiológicamente disvaliosa al priorizar el interés económico sobre la protección de la vivienda familiar" [\[43\]](#).

8. Precedentes que deniegan la sustitución

8.1. Caso "Veronese" [\[44\]](#)

Un fallo que deniega la posibilidad de sustitución del bien de familia en base al principio de subrogación real es el caso "Veronese, Claudia M. c/Récord Publicistas SRL s/Quiebra", resuelto en la Provincia de Santa Fe.

En este caso, uno de los acreedores promovió incidente de inoponibilidad de la inscripción del bien de familia correspondiente a los fallidos, ya que por resolución verificatoria de fecha 23 de febrero de 2004 le fue reconocida su acreencia y de datos registrales aportados en autos principales surge que el inmueble de los fallidos fue inscripto como bien de familia desde fecha 25 de febrero de 2001. Menciona que así, de un simple cotejo de fechas y conforme a lo estatuido por el artículo 38 de la ley 14.394, surge la inoponibilidad de dicha inscripción por ser posterior a la constitución de la obligación reconocida por los deudores como por la resolución verificatoria. La sindicatura adhiere al pedido de inoponibilidad de la inscripción de bien de familia. La fallida se opone al pedido de desafectación del bien de familia relatando que en fecha 14 de febrero de 2001 los fallidos vendieron a los esposos Baravalle el inmueble que constituía su vivienda única -que estaba constituido como bien de familia-, adquiriendo posteriormente un inmueble de menor valor a efectos de cancelar la hipoteca que subsistía sobre el inmueble vendido. Agrega que dicho inmueble -el que se pretende desafectar- fue constituido como bien de familia, habiéndose omitido en dicho acto hacer mención de que en los hechos esta última inscripción como bien de familia constituía una sustitución a la del inmueble enajenado y que esta afectación, por

tratarse de una subrogación real, debe ser aplicada en forma retroactiva a la fecha 5 de agosto de 1993, fecha en la que se produjo la inscripción del bien transferido, ofreciendo prueba documental y negando la existencia de la deuda que justifica el interés del incidentista.

El juez de la quiebra, por resolución de fecha 27 de julio de 2005, desestima la acción instaurada por la acreedora incidentista por estimarla carente de legitimación, imponiéndole las costas y encomendando a la sindicatura la ejecución de las diligencias conducentes a la realización de los bienes de la fallida. Sostiene que conforme lo estatuye la ley falencial en su articulado (vid. art. 252, ley 24.522), es la sindicatura (por ser el órgano auxiliar de la magistratura y representante de la masa) la que posee legitimación activa excluyente para procurar la desafectación del bien de familia, citando al efecto doctrina y jurisprudencia.

El fundamento dado por los magistrados de la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Santa Fe para confirmar el fallo fue el siguiente: "Si la acreencia del incidentista data de una fecha comprendida en el período en el cual los fallidos desafectaron el inmueble como bien de familia, lo vendieron, compraron otro y lo afectaron nuevamente, esta nueva tutela resulta inoponible al acreedor, pues, si bien entre aquellas inscripciones registrales transcurrieron pocos días -en el caso, once días-, la subrogación real del instituto pretendida no resultó operativa porque no se cumplimentaron los recaudos de publicidad y autorización administrativa o judicial previa. Tanto el acreedor interesado de fecha anterior a la constitución del inmueble como bien de familia por los fallidos, como la Sindicatura están legitimados para plantear su inoponibilidad" [\[45\]](#).

8.2. Caso "Smaldone Rodríguez Rovira"

Otro precedente donde no se hizo lugar a la sustitución fue el caso resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Concordia, de la Provincia de Entre Ríos. En este caso el tribunal sostuvo que "La figura de la sustitución de un bien de familia no está prevista en la estructura funcional de la ley 14.394. No está habilitada la posibilidad de vender un bien, afectado a su régimen para comprar otro que lo reemplace como bien de familia. Tampoco lo está la permuta que condicionadamente propone el señor síndico en criticada tesitura. El carácter constitutivo de la inscripción (art. 35) está a todo evento vedando la hipótesis de trasladar la protección del instituto de un inmueble a otro" [\[46\]](#).

Por nuestra parte pensamos 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 les 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 verá avasallado por el interés de los acreedores, conformando una solución axiológicamente disvaliosa porque se priorizaría el interés económico sobre la protección de la vivienda familiar.

Por otra parte estimamos que la admisión de la subrogación real del bien de familia con eficacia retroactiva de la inembargabilidad también satisface la necesidad o la 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 [\[47\]](#).

9. La sustitución en el Registro de la Propiedad Raíz

Pero debemos tener en cuenta que el problema se plantea en los registros públicos como "autoridad de aplicación". Si bien hemos dicho que *el juez* no puede dejar de resolver una cuestión fundado en que la ley guarda silencio, y debe recurrir a los principios sustentados por leyes análogas, cuando el registrador debe hacer frente al pedido de "subrogación", se encuentra en una situación más delicada, pues carece de facultades para otorgar una sustitución no prevista por la ley, y como su función no tiene carácter judicial, no es el órgano adecuado para pronunciarse sobre si el pedido afecta o no los intereses de acreedores o beneficiarios.

En este caso el registrador, frente al silencio de la ley, debe arbitrar los medios para otorgar la "subrogación" solicitada y evitar en lo posible reenviar la resolución final a sede jurisdiccional, para que el magistrado sea quien evalúe la procedencia o improcedencia del pedido.

Aunque también es cierto que el registrador debe actuar siempre dentro de las facultades de calificación que le atribuye la ley.

Cabe poner de relevancia que en el modelo uruguayo, para el caso de sustitución o permuta de un inmueble por otro como bien de familia, se exige la "venia judicial", para que en esa sede se valoren las ventajas o

inconvenientes del cambio propuesto [48].

Éste es un modelo que no se condice con la rapidez del tráfico moderno y que obliga a judicializar cuestiones que deben ser rápidamente solucionadas. En un sistema que tiende a que hasta los divorcios y las sucesiones sean administrativos, no se advierte por qué llevar a sede judicial una cuestión no contradictoria.

10. Conclusión

Diez reflexiones a modo de conclusión.

1. Existe un vacío legal en lo referente a la sustitución del bien de familia.
2. Es necesario que el legislador lo supere a la brevedad posible, admitiéndolo como se ha consagrado en otras legislaciones, como vimos anteriormente.
3. Cuando se legisle sobre la sustitución del bien de familia se deben establecer mecanismos idóneos que tengan en cuenta las características locales de los registros de propiedad inmueble.
4. Mientras no exista legislación los registros deben admitir la inscripción con efectos retroactivos como ordenó hacerlo la justicia santafesina en el caso "Botto".
5. Si la cuestión se presenta judicialmente los jueces deben aceptar la sustitución en base al principio de subrogación.
6. No admitir la sustitución del bien de familia vulnera el derecho de la familia a la vivienda familiar, de base constitucional y supraconstitucional.
7. El interés de los acreedores no puede impedir que las personas cambien su vivienda manteniendo las garantías originarias.
8. Desde la óptica del titular del bien de familia y de su familia, la imposibilidad de realizar la sustitución del bien de familia con fecha retroactiva a la primera inscripción se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo lugar aunque no se ajuste a sus necesidades, lesionando además el derecho a la vivienda familiar tutelada por la Constitución Nacional, las Constituciones provinciales y protegida por diferentes tratados internacionales.
9. El carácter constitutivo de la inscripción del bien de familia no pone un valladar insuperable al efecto retroactivo de su sustitución por otro inmueble, máxime cuando ya se ha admitido por el artículo 25 de la ley 17.801, por lo que no habría razón para que esta retroactividad beneficie a los adquirentes de derechos en general y no a los beneficiarios del bien de familia, siendo que la protección de la vivienda familiar tiene rango constitucional.
10. La sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha del primero no perjudica los derechos de los acreedores en virtud de que para ellos la situación no varía; a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo.

- [1] Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1954, p. 2731.
- [2] BELLUSCIO, A. C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), Código Civil comentado y anotado, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 6, p. 292.
- [3] Consultar <http://www.argentina.gov.ar/argentina/tramites/index.dhtml?ea=2&frame1=3&subtema=237&ema=10&tramite=1126>.
- [4] El art. 14 bis consignó que "...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable [...] la ley establecerá [...] la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".
- [5] Constitución de la Prov. de Buenos Aires, art. 36: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: 1. De la familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material [...] 7. A la vivienda. La Provincia

promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos..."; Constitución de la Prov. de Chaco, art. 35; Constitución de la Prov. de Chubut, art. 25; Constitución de la Prov. de Córdoba, art. 34; Constitución de la Prov. de Formosa, art. 68; Constitución de la Prov. de Jujuy, art. 82, inc. 4º; Constitución de la Prov. de La Pampa, art. 37; Constitución de la Prov. de La Rioja, art. 35; Constitución de la Prov. de Neuquén, art. 82; Constitución de la Prov. de Río Negro, art. 31; Constitución de la Prov. de Salta, art. 37; Constitución de la Prov. de Santa Cruz, arts. 54 y 56; Constitución de la Prov. de Santa Fe, art. 21; Constitución de la Prov. de Santiago del Estero, Capítulo IV, De la familia, art. 27; Constitución de la Prov. de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 28.

- [6] Constitución de la Prov. de San Juan, art. 59: "El hogar de familia es inembargable. Todo propietario de un terreno rural o urbano que esté o llegue a estar libre de gravamen y no adeudase impuestos ni contribuciones, tiene derecho a declarar ante la autoridad y a su elección un lote que se reputará bien de familia. Esa declaración tiene por efecto hacer a la vivienda inembargable, inajenable e inescindible, pudiendo únicamente ser cedido a otra familia con la conformidad del Poder Ejecutivo. Mientras queden en la familia menores, mujeres solteras y discapacitados tienen derecho al lote hogar. El lote hogar sólo reconocerá el pago de tasas y contribuciones". Art. 111: "El derecho de propiedad es inviolable. La propiedad tiene una función social y en consecuencia está sometida a lo que la ley establezca. Incumbe al Estado, fiscalizar la distribución y la utilización de las tierras fiscales urbanas y rurales, e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su aprovechamiento en interés de la comunidad, a fin de procurar que cada trabajador o familia pueda adquirirlas en propiedad".
- [7] Comisión 4 que fue presidida por los doctores Jorge H. Alterini, Luis O. Andorno y Claudio Kiper.
- [8] Citado por COSSARI, Nelson G. A., Bien de familia: Retroactividad de los efectos de la inscripción registral del bien de familia, en L. L. 2006-B-1112, y en www.laleyonline.com.ar.
- [9] CCCMin. de San Juan, sala 1, 30-6-2008, autos N° 19.482 (3174/3438, 1º Com. Esp.) caratulados "Paolini, Francisco. Quiebra indirecta. Inc. desafectación bien de familia s/Sindicatura", L. de A. 158-174/182.
- [10] Art. 35: "La constitución del 'bien de familia' produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente".
- [11] MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Bien de familia. Sustitución, publ. en <http://www.acader.unc.edu.ar>, al 19-2-2011.
- [12] En tal sentido AREÁN, Beatriz, Bien de familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 100 y Efectos del bien de familia: ¿se producen desde la inscripción, o desde la emisión del certificado registral que posibilitará la constitución por escritura pública?, en Lexis N° 0003/010839. Por su parte, Kemalmajer de Carlucci sostiene que ésta es la posición mayoritaria de la doctrina registralista (KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 66). Citadas por COSSARI, ibídem.
- [13] ALTERINI, Jorge, en Código Civil anotado, t. IV-A, Derechos Reales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 289.
- [14] COSSARI, ibíd.
- [15] GUASTAVINO, Elías P., Derecho de Familia Patrimonial. Bien de familia, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, t. II, p. 221.
- [16] COSSARI, ibíd.
- [17] CCCMin. de San Juan, sala 1, 20-12-2000, autos N° 16.103 caratulados "BID Coop. Ltda. c/Ontiveros, Godofredo y González, Nélica s/Cobro de pesos. Ordinario".

-
- [18] PIZZORUSSO, Alessandro, Curso de Derecho Comparado, trad. de Juana Bignozzi, España, 1987.
- [19] ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Los bienes familiares.
- [20] CORRAL TALCIANI, Hernán, Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley N° 19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 47.
- [21] Art. 3º: Puede constituir un "bien de familia" toda persona natural o jurídica, inclusive el Estado, a favor de los miembros de una familia, o parte de ella, que tengan el mismo hogar y sean pobres, designándose a los favorecidos de cualquier edad que sean. La persona natural podrá fundarlo para sí y para su familia o sólo para ésta, traspasándole o no el dominio del inmueble que sea objeto del "bien de familia". La persona natural que no sea miembro de la familia favorecida, deberá en todo caso transmitir a ésta la propiedad, gratuitamente, al constituir el "bien de familia", designando las personas agraciadas. Esta regla se aplicará a las personas jurídicas. Se reputan miembros de una familia, para los efectos de esta ley, el padre, la madre y los hijos, sea o no legítimo su parentesco, y los demás ascendientes y descendientes, legítimos o ilegítimos.
- [22] Ley 2170, art. 1º: Modifícanse los artículos 2073 y 2074 de la Ley N° 1183 del 23 de diciembre de 1985 "Código Civil", los que quedan redactados en la siguiente forma: "Art. 2073 - El inmueble a ser constituido como bien de familia no excederá en su avaluación fiscal del importe de 10.000 (diez mil) jornales mínimos legales establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas de la Capital. El valor atribuido al inmueble por disposiciones legales que no se basen en mejoras introducidas en el mismo, no hará cesar su calidad de bien de familia. La constitución quedará formalizada y será oponible a terceros desde que el inmueble quede inscripto en tal carácter en el Registro de Inmuebles. Para los bienes muebles no se requerirá la formalidad de registro. Constituyen también bien de familia el lecho del beneficiario, de su mujer e hijos, los muebles de indispensable uso en el hogar, incluyendo cocinas, heladeras, ventiladores, radios, televisores e instrumentos musicales familiares, máquinas de coser y de lavar, y los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza el dueño de tales bienes. Dichos bienes no serán ejecutables ni embargables, salvo que se reclame el precio de venta". "Art. 2074 - El que desee constituir un bien de familia sobre un inmueble lo solicitará a la Dirección General de Registros Públicos, adjuntando la siguiente documentación: a) título de propiedad o copia facsímil del título de propiedad autenticada por notario público; b) certificado en el que conste la avaluación fiscal del inmueble, expedido por la Dirección del Servicio Nacional de Catastro; c) certificado de matrimonio y, en su caso, certificado de nacimiento de los hijos menores de edad; d) para acreditar la situación prevista en el artículo 2073 para propietarios no casados, información sumaria producida ante Juez de Paz, Juez de la Niñez y la Adolescencia o Juez de Primera Instancia en lo Civil, y en su caso, certificado de nacimiento de los hijos menores de edad". Art. 2º: Las modificaciones establecidas en el artículo 1º de esta Ley no derogan lo estatuido en la Ley N° 1493 "que modifica los artículos 530, 716 y 717 del Código Procesal Civil" del 28 de junio de 2000.
- [23] RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte general, LexisNexis, Buenos Aires, t. I, N° 121.
- [24] Capítulo III, Vivienda protegida. Art. 236 - Alcance. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, a un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. El valor del inmueble o la proporción del mismo afectada no puede exceder las necesidades de vivienda de los beneficiarios, conforme establezcan las reglamentaciones locales. Art. 237 - Oponibilidad. La afectación produce efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debe hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales. Art. 238 - Legitimados. La afectación puede ser rogada por el titular registral; si los titulares son varios deben solicitarla unánimemente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en tal caso, el juez debe disponer la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público o de oficio si hay beneficiarios incapaces. Art. 239 - Beneficiarios. Son beneficiarios de la afectación, el propietario constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción; y en defecto de ellos pueden serlo sus

parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, que convivan con el constituyente. Los beneficiarios no pueden afectar otro inmueble como vivienda protegida. Art. 240 - Habitación efectiva. Para hacer la afectación deben habitar el inmueble alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios; y para que sus efectos subsistan frente a terceros, si los beneficiarios son varios, basta con que lo haga uno de ellos, salvo que el inmueble exceda el valor respectivo previsto por la reglamentación conforme a lo dispuesto en el artículo 236. Art. 241 - Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación por un lapso de seis meses de percibida. En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad. Art. 242 - Efecto principal de la afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Sólo se puede requerir su ejecución por: a) Obligaciones del titular anteriores a la inscripción. b) Impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble, y expensas comunes. c) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble constituidas de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente. d) Obligaciones causadas en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda. e) Obligaciones alimentarias a cargo del titular. f) Obligaciones por daños causados por la comisión de delitos dolosos. Si hay concurso, la ejecución de la vivienda puede ser solicitada y beneficia exclusivamente a los acreedores enumerados en este artículo. El remanente de la ejecución se entrega al propietario. Art. 243 - Transmisión de la vivienda afectada. El inmueble no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias. Si el constituyente está casado, no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opone, falta o es incapaz, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente. Art. 244 - Frutos. Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. Art. 245 - Créditos fiscales. La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación, si ella se opera a favor de las personas mencionadas en el artículo 238, y no es desafectada en los cinco (5) años posteriores a la transmisión. Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas. Art. 246 - Deberes de la autoridad de aplicación. La autoridad administrativa debe prestar gratuitamente a los interesados el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación. Art. 247 - Honorarios. Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto del uno (1) por ciento de la valuación fiscal. En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos, los honorarios no pueden exceder del tres (3) por ciento de la valuación fiscal. Artículo 248 - Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: a) A solicitud del constituyente; si está casado se requiere el asentimiento del cónyuge; si éste se opone, falta o es incapaz, la desafectación debe ser autorizada judicialmente. b) A solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de los beneficiarios. c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hay condominio, computada en proporción a sus respectivas alícuotas. d) A instancia de cualquier interesado si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios [...] i) En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo. Artículo 249 - Inmueble rural. Las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.

- [25] GUASTAVINO, Elías P., Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?, en J. A. 1997-III-84.
- [26] GUASTAVINO, *ibidem*.
- [27] Art. 124 - Si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, o los que con el valor de ellos se hubiesen comprado; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.

-
- [28] Art. 3440 - Si el heredero hubiese enajenado los inmuebles o muebles de la sucesión, antes de la demanda de separación de patrimonios, el derecho de demandarlos no puede ser ejercido respecto a los bienes enajenados, cuyo precio ha sido pagado. Pero la separación de patrimonios puede aplicarse al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aún es debido por el comprador; y a los bienes adquiridos en reemplazo de la sucesión, cuando constase el origen y la identidad.
- [29] Art. 3385 - Si su administración fuere culpable, o por otra causa personal al heredero, perjudicare los intereses hereditarios, los acreedores y legatarios pueden exigirle fianza por el importe de los perjuicios que ella les cause; y si el heredero no la diere, los muebles serán vendidos, y su precio depositado, como también la porción del precio de los inmuebles que no se emplease en pagar los créditos hipotecarios.
- [30] Art. 3430 - Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio percibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado. Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos (Texto según ley 17.711).
- [31] Art. 1246 - Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer. Art. 1247 - Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio. Art. 1256 - Si durante el matrimonio se enajenaren bienes de la mujer que no estuviesen estimados, la responsabilidad del marido será por el valor de la enajenación. Art. 1258 - Habiendo concurso contra el marido, o disuelto el matrimonio, habiendo concurso contra la sociedad conyugal, corresponden a la mujer, por acción de dominio, los bienes raíces o muebles que existan de los que introdujo al matrimonio, o que adquirió después por título propio, o por cambio, o por compra hecha con dinero suyo. Le corresponden también como propietaria, las inscripciones de la deuda nacional o provincial, y los dineros puestos en los depósitos públicos a nombre de ella. Art. 1266 - 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.
- [32] Art. 3224 - No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el juez puede ordenar la venta privada de ella. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, o por la venta privada, o por su adjudicación.
- [33] Art. 3942 - El derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida, y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor.
- [34] Art. 3110 - La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.

-
- [35] Art. 80 - Los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este derecho del asegurador. El asegurador no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. La subrogación es inaplicable en los seguros de personas (Ley de Seguros 17.418).
- [36] Art. 15 - Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Art. 16 - 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.
- [37] CCCom. de San Isidro, sala I, 3-2-97, "Kipperband, Jacobo c/Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires".
- [38] COSSARI, Nelson G. A., Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia, en L. L. Litoral del 12-3-2004, 127; D. J. 2004-2-1110.
- [39] COSSARI, ibídem.
- [40] CCCom. de San Isidro, sala I, 3-2-97, "Kipperband, Jacobo c/Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires".
- [41] CCCom. de Rosario, sala I, 15-10-2002, "Botto, Dardo S. y otra", L. L. Litoral 2003 (febrero), 115, cita online: AR/JUR/2588/2002.
- [42] CCCom. de Rosario, sala I, 11-6-2003, "Gil, Jorge A.", L. L. Litoral 2004 (marzo), 127; D. J. 2004-2-1110.
- [43] CCCom. de Rosario, sala I, 11-6-2003, "Gil, Jorge A. s/Recurso de recalificación", D. J. 2004-1-887; L. L. Litoral 2004 (marzo), 127, con nota de Nelson G. A. Cossari; D. J. 2004-2-1110, con nota de Nelson G. A. Cossari; cita online: AR/JUR/ 4027/2003.
- [44] "Veronese, Claudia M. c/Récord Publicistas SRL s/Quiebra", L. L. Litoral 2007 (junio), 575; cita online: AR/JUR/788/2007.
- [45] CCCom. de Santa Fe, sala I, 15-2-2007, "Veronese, Claudia M. c/Récord Publicistas SRL s/Quiebra", L. L. Litoral 2007 (junio), 575; cita online: AR/JUR/ 788/2007.
- [46] CCCom. de Concordia, sala 2, "Smaldone Rodríguez Rovira c/Comercial Portnoy. Concurso preventivo s/Incidente de levantamiento de embargo", interlocutorio del 9-11-93.
- [47] CCCom. de Rosario, sala I (Elena, Rouillon, Silvestri), "Mercado, Carlos s/Recurso registral" (expte. 481-99, res. 183, t. 2, fo. 377), sent. del 8-8-2000, sumario: J0950032.
- [48] MOISSET DE ESPANÉS, ibídem.