

BIEN DE FAMILIA. SUSTITUCIÓN

Por Luis Moisset de Espanés

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos del caso que comentamos. III. El problema de la subrogación del bien. IV. ¿Calificación registral o judicial? V. Conclusión.

Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala 1^a, 23 de octubre de 2002, "Gil, Alberto s/ recurso de recalificación", *Zeus*, t. 91, R-575 (caso N° 29.275)

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.

I. Introducción

Recordemos previamente que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 35 de la ley 14.394, el bien de familia queda constituido por su inscripción en el Registro Inmobiliario y que 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 (art. 37, segunda parte). Decimos que el bien que-

da 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.

II. Los hechos del caso que comentamos

El propietario de un inmueble afectado como bien de familia necesita 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 remplazo 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.

III. El problema de la subrogación del bien

La ley 14.394 no ha incluido normas que contemplen este problema, lo que ha provocado alguna preocupación en la doctrina y vacilaciones en la jurisprudencia. Guastavino, que es el autor que con más detenimiento y profundidad se ha ocupado del "bien de familia", contempla el 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 estima que esa protección no será aplicable en nuestro país¹, y opina que lo mismo sucederá con las indemnizaciones por ex-

¹ Elías P. Guastavino, *Bien de familia*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, t. II, N° 478, pág. 253.

propiación², o con el precio de la venta, que en el régimen del “*homestead*” goza de protección durante algún tiempo³, precisamente para permitir al propietario la adquisición de un nuevo hogar con ese dinero. A su criterio se trata de una insuficiencia legal, que debería ser corregida mediante una reforma, en especial tratándose de la venta del inmueble con el propósito de adquirir un nuevo techo para atender las necesidades de cambios domiciliarios que se presentan con frecuencia a los grupos familiares. También Alejandro Borda propicia la reforma legislativa en cuanto a la posibilidad de la subrogación real del “bien de familia”⁴, dando razones que justificarían la admisibilidad de la subrogación, pero siempre por la vía de una reforma legal expresa.

Por su parte Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la subrogación quizá podría fundarse en lo que, en materia de sociedad conyugal, dispone el art. 1266 del Código Civil, aunque piensa que la solución sería dudosa⁵, por lo que considera preferible una reforma legislativa y propone tomar como modelo las previsiones contenidas en la ley uruguaya⁶.

A nuestro turno, entendemos que el juez en su labor de interpretación no debe forzosamente tomar el silencio de la ley como una “negativa”, sino que —como lo prevé el propio art. 16 del Código Civil— debe dar solución al caso recurriendo a los principios de leyes análogas. Frente a un caso semejante al que hoy comentamos, que proviene del mismo tribunal rosarino que al resolver un recurso frente a la negativa registral, ordenó la inscripción con efectos retroactivos⁷, al incorporarlo a nuestros archivos de jurisprudencia, hemos efectuado el siguiente resumen:

Hechos: Los actores tenían constituido bien de familia sobre un departamento. Adquieren otro y pretenden se sustituya, traspasando el

² Ob. cit., N° 479, pág. 254.

³ Ob. cit., N° 480, pág. 254.

⁴ Véase Alejandro Borda, “La sustitución de un bien de familia (Necesidad de una reforma legislativa)”, *LL*, 1991-E-387, comentando un caso resuelto por la Sala L de la Cámara Civil de la Capital.

⁵ Aída Kemelmajer de Carlucci, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, § 10, pág. 78.

⁶ *Ibid.*, pág. 79.

⁷ Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 1ª, 8 de agosto de 2000, “Mercado, Carlos A. y otra s/ recurso registral”, *Zeus*, t. 84, J-398 (12.965): “La sustitución de un bien de familia por otro admite una subrogación real del bien con eficacia retroactiva de inembargabilidad a la fecha de constitución del primero”.

registro de tal categoría al nuevo inmueble. El Registro observa el documento. *Doctrina*: La Cámara, con apoyo en Kemelmajer y Guastavino, hace lugar a la sustitución.

Concluimos en esa oportunidad acotando, como *Comentario*: La solución parece correcta, de acuerdo al fin tuitivo de la institución.

El fallo que hoy analizamos destaca que en el caso concreto resuelto esta subrogación del antiguo techo por el nuevo hogar: "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".

IV. ¿Calificación registral o judicial?

Antes de concluir permítasenos una breve reflexión sobre el problema que se plantea al registrador 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, procede correctamente al negar la "subrogación" solicitada y deferir la resolución final a sede jurisdiccional, para que el magistrado sea quien evalúe la procedencia o improcedencia del pedido. Su actitud no es dilatoria, sino que se ejercita en el ámbito estricto de las facultades de calificación que le atribuye la ley; por eso asiste razón a la Dra. Kemelmajer de Carlucci cuando propone seguir el modelo uruguayo que, para el caso 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.

V. Conclusión

1. El registrador no puede, ni debe, aceptar la "sustitución" del bien de familia, salvo que medie autorización judicial.

2. La procedencia de la subrogación real de un "bien de familia" debe ser evaluada por el juez.

3. El silencio de la ley 14.394 no impide la "subrogación", que puede aceptarse con fundamento en previsiones de leyes análogas.