

Consideraciones registrales acerca de la Subrogación Real

Luana Alberdi Imas

Abogada. Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires.
Ponencia presentada en el XXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, Tema 2: CONSIDERACIONES REGISTRALES ACERCA DE LA SUBROGACIÓN REAL

I. Introducción

El régimen de protección de la Vivienda se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) en el Libro Primero, a partir del art. 244. De su lectura deriva una feliz apreciación del proceso de constitucionalización del derecho privado.

En efecto, se reglamenta de esta manera, la garantía constitucional de la defensa del bien de familia (art. 14 bis, Constitución Nacional), en concordancia con los Tratados Internacionales que regulan la protección de la propiedad privada con destino habitacional¹.

La importancia en la protección posterior a la adquisición de un inmueble destinado a la vivienda se traduce como una herramienta fundamental para hacer operativas las tendientes a su pérdida².

De acuerdo al régimen jurídico en estudio, toda persona titular registral, puede optar por sacar del comercio parcialmente un inmueble de su propiedad, resguardándolo de la garantía común de los acreedores posteriores a su afectación, que no podrán ejecutarlo. Para ello debe cumplirse con el requisito fundamental de la habitación efectiva, dado que el carácter tuitivo de la norma es únicamente en función de la protección de la vivienda.

En la actual legislación, con buen atino se incluyó la posibilidad de la subrogación real del régimen jurídico. Esto permite que la persona pueda cambiar de domicilio sin perder la protección conferida por la ley. La presente ponencia se centrará en el análisis de este instituto, la técnica registral utilizada para su publicidad y los motivos por los que se cree que actualmente no puede sustituirse el régimen, sino cuando se adquiere una nueva vivienda.

2. Efectos de la subrogación real

Se entiende por subrogación real, en los términos del art. 248 CCCN, a la posibilidad de trasladar los efectos jurídicos del régimen de vivienda a un nuevo inmueble, en caso que el titular registral modifique su domicilio. Expresa el artículo en exégesis que *“la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”*.

Resulta importante destacar, que durante la vigencia de la Ley 14.394, al no existir la posibilidad legal de subrogar la afectación de Bien de Familia a otro inmueble, se producía una interrupción de la protección. Se exigía la extinción del régimen al momento de la enajenación y la posterior afectación, con la consecuente pérdida del tiempo computado desde la primera constitución y el desamparo hasta tanto no se adquiriese otra propiedad. Así es como existieron casos jurisprudenciales, donde se hizo lugar a la traslación del régimen protectorio con motivo de la mudanza de la familia a otro domicilio. También la doctrina señaló la necesidad de contemplar la inclusión de la subrogación real.

La sanción de la nueva ley de fondo dio lugar a que se produzca la incorporación del mentado instituto. De esta manera, se da continuidad a la protección sobre la vivienda, desde el momento en que se afecta por primera vez. Así, se permite que el nuevo inmueble ocupe el lugar del anterior y también la suma de dinero que lo sustituya, con el fin de mantener la fecha primigenia de afectación, y amparar la posible desprotección entre el momento de la enajenación y posterior adquisición de una nueva vivienda.

La afectación a vivienda se perfecciona la primera vez que voluntariamente el titular registral opta por ella y lo registra a los fines de la oponibilidad. El objeto del acto jurídico es una cosa inmueble, y los efectos del régimen pueden subrogarse a otro o sumas dinerarias, sin que ello implique una novación real.

Una vez que se ha afectado a vivienda, los efectos legales continuarán hasta la desafectación, inclusive una vez fallecido el constituyente y sin importar la cantidad de veces que se subrogue, debido a no existir un límite legal. Empero siempre la protección recae sobre un único inmueble por vez.

Finalmente, la protección también se sustituye a sumas de dinero en casos de indemnización, ya sea por expropiación o el cobro de un seguro ante un siniestro.

1. Entre los tratados internacionales mencionados se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.25), la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos (art.17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.11.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art.5°, inc. e), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14, inc. h) y la Convención de los Derechos del Niño (art.27).

2. Mencionado en Jorge Horacio Alterini Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético- 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2015. (Págs. Del cometario al art.244 CCCN).

3. Cambio de paradigma

La actual ley de fondo ha modificado muchos institutos para actualizarlos y regular la conducta privada de las personas de manera más ajustada a las nuevas realidades. En particular, en la regulación de Vivienda, lo más importante es que deja de tutelarse la familia constituida en los términos del siglo XX, para proteger a la persona humana en relación a un inmueble donde desarrolla su centro de vida.

La legislación actual refleja un cambio de paradigma donde se reemplaza el valor de lo objetivo por lo subjetivo, es decir, deja de centrarse en el inmueble para regular la protección de la persona y la conservación de su vivienda.

Esta interpretación surge a partir de los artículos 246 y 248 del código, donde se contempla al titular registral (sin el requisito de incluir en el beneficio a determinado familiar) como legitimado para afectar a vivienda por un lado; y por el otro, que puede subrogarse el régimen jurídico mentado de un inmueble a otro, como también al importe que se derive de la transmisión del mismo o indemnización, según el caso. Por tanto, la protección seguirá a la persona durante su vida, excepto que elija su desafectación, motivado por cuestiones personales (v.gr. ampliar su garantía).

Claudio Kiper señala que el código recoge las inquietudes previas a la actual legislación y consagra la subrogación real, pues de no ser así el constituyente estaba impedido de mudarse³.

4. ¿Es la reserva de afectación a vivienda una técnica registral conveniente?

En primer término, debe reconocerse la importante tarea que se llevó a cabo desde el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires (RPBA), que con premura supo adoptar criterios adecuados para los tiempos que corrían ante la entrada en vigencia del CCCN. Transcurridos más de cinco años de este hecho histórico, corresponde revisar algunas decisiones tomadas.

En este punto, se analizará la "reserva" de subrogación real, como requisito de creación registral.

Distintos supuestos:

1 Que el titular registral, el juez a pedido de parte, los condóminos o herederos decidan poner fin al sistema protectorio.

2 Que la persona enajene su inmueble para poder adquirir uno nuevo. La legislación le otorga el derecho al titular registral de subrogar el régimen de la anterior vivienda a la nueva.

3 Que la persona adquiera una nueva vivienda y quiera radicar allí su centro de vida, entonces puede solicitar la traslación de los efectos jurídicos del régimen a ese nuevo inmueble, conservando el anterior, pero liberándolo del régimen de vivienda⁴.

De las situaciones expuestas, puede reconocerse que no existe la misma intención cuando se solicita la desafectación o la subrogación. En provincia de Buenos Aires, se utiliza el vocablo desafectación para ambas situaciones, tanto cuando extingue como cuando subroga, con la diferencia de agregar a este último, la frase con "reserva de subrogación real".

El término "reserva" es utilizado en los supuestos dos y tres, a los fines de distinguir, la voluntad de cancelar el asiento registral de Vivienda por la enajenación del inmueble, sumada la intención de trasladar el régimen jurídico a otro, adquirido en sustitución o a sumas de dinero que lo reemplacen (dando continuidad al beneficio); de la otra opción, que es finalizar el efecto protectorio de manera definitiva.

No puede soslayarse la inexistente mención en la ley de fondo acerca de un requisito equivalente a reservarse este derecho, mientras sucede la traslación de la protección. Coincide con esta postura el art. 4 de la DTR 04/2016 del Registro de Ciudad de Buenos Aires⁵. Si bien como autoridad de aplicación los registros deben disponer la manera en que será operativa la ley de fondo, incluir esta exigencia conlleva emplear una terminología poco apropiada para el acto que se pretende reflejar.

Es preciso diferenciar las siguientes cuestiones:

A El derecho de la persona afectante de utilizar la subrogación real.

B La técnica registral empleada en la confección del asiento registral que publicite la situación jurídica del inmueble al realizarse la subrogación real

Por tratarse de dos cosas distintas, a la hora de elegir el modelo para dar publicidad a la primera (a), es necesario utilizar una adecuada técnica registral. Para ello es preciso poner el foco de atención en los inmuebles, que es la forma impuesta por el Decreto-Ley Nacional de Registros 17.801, en los artículos 10 y 11. Por el contrario, al utilizarse el vocablo reserva, se hace hincapié en la persona y el derecho subjetivo a la subrogación, siendo innecesaria dicha mención en el folio real del inmueble que se desvincula de la vivienda.

Si bien existe un cambio desde la óptica legislativa que valora a la persona y deja a un lado el énfasis

3. Kiper, Claudio (2016). Manual de derechos reales. 1ª ed. Revisada. Santa Fe. Rubinzal – Culzoni.

4. Nótese en este último supuesto, que se cumple el requisito legal de ser adquirida la finca en sustitución de la anterior, donde quien adquiere un nuevo inmueble sustituye la radicación del centro de vida de la familia. El artículo 248 no expresa como requisito que el primer objeto deba salir del patrimonio del titular. Por ello, dado que el debate sobre la sustitución radica en la problemática de los acreedores, cuando son dos inmuebles que conforman el patrimonio del titular, y el potencial fraude de subrogar la tutela de una finca a otra, y no existiendo en este caso tal conflicto -por ser un ingreso al patrimonio-, se concluye que es dable esta posibilidad.

5. DRT 04/2016 Registro CABA, art. 4 "(...) No será necesaria ni materia de inscripción, la "reserva" de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente".

que preveía la Ley 14.394 sobre el inmueble, desde los Registros de la Propiedad el objeto es siempre el inmueble, conforme ello, se adopta la técnica de folio real para reflejar la historia jurídica del mismo.

Es necesario contar con un modelo de asiento registral, encabezado con lenguaje claro e inequívoco del acto que se pretende publicitar. Lo técnicamente aconsejable, sería utilizar el vocablo “liberación” para designar la voluntad de desvincular un inmueble de la protección de vivienda para trasladarlo a otro. Finalmente, utilizar el vocablo desafectación para los supuestos específicos de extinción.

Hablar de “desafectación” y “desafectación con reserva de subrogación real” implica replicar un modelo antiguo, cuando estamos en presencia de una modalidad nueva, que requiere el uso de una terminología que se ajuste a la finalidad del instituto y a la precisión de su concepto, a los fines de evitar equivocaciones por confusión entre los dos supuestos al momento de calificar la situación jurídica del inmueble.

Cabe hacer un último interrogante: ¿Se necesita una reserva de subrogación para ejercer derechos constitucionalmente protegidos? Por cuanto no está previsto en el ordenamiento jurídico la reserva de las garantías constitucionales, ni tampoco en la ley de fondo, la reserva no puede seguir siendo un requisito para llevar a cabo la subrogación real.

5. ¿Cuál es la esencia del acto que se quiere llevar a cabo? Diferencia entre desafectación y liberación de vivienda.

En el supuesto de la desafectación de vivienda, se persigue el final de la protección a través de la extinción del régimen jurídico. El efecto posterior, es que el inmueble retoma su calidad de garantía común de los acreedores.

La desafectación puede tener origen en la voluntad del constituyente (con el oportuno asentimiento conyugal o convivencial en caso de estar casado o en convivencia registrada), de la mayoría de los herederos o condóminos, según el caso. Asimismo, puede estar motivada la desafectación, por no subsistir los recaudos formales a pedido de cualquier interesado. Por último, los restantes supuestos contemplados en el art. 255 CCCN son la expropiación, la reivindicación o la ejecución, en caso de haber gravado el inmueble con un derecho real de garantía con el asentimiento conyugal/convivencial exigido por la ley.

La liberación, en cambio, es el término empleado para señalar en el asiento registral que ese inmueble queda desvinculado del régimen tuitivo y no pesa sobre el mismo ninguna restricción en cuanto a la posibilidad de ser ejecutado. Al calificar la situación jurídica del inmueble de donde surge que ha sido liberado por subrogación real, debe entenderse la continuidad del régimen de vivienda, empero aho-

ra vigente sobre otro objeto.

En relación con la expresión “se transmite” utilizada en el art. 248 CCCN, no se presume la voluntad del titular de extinguir el régimen de vivienda por la sola circunstancia de disponer del inmueble afectado. Por el contrario, se presume su voluntad de mantenerlo y trasladarlo al nuevo objeto⁶.

La liberación reconoce como fuente, la voluntad del titular registral. Cuando interviene el órgano jurisdiccional es a los fines de completar el requisito legal del asentimiento, si el constituyente es casado o conviviente y la otra persona es incapaz para prestarlo, su capacidad es restringida o se opone.

De acuerdo a Sebastián Sabene⁷, a través de la subrogación real se desvincula del régimen jurídico a determinado inmueble, para ser trasladado a otro o a un importe en dinero, según exprese el afectante en el pertinente documento; cambia el objeto como elemento del acto jurídico (cosa inmueble), pero no se modifica el objeto entendido como finalidad, intención del ciudadano de gozar de la protección de su vivienda, contra acreedores posteriores a la afectación.

El cambio de denominación propuesto debe verse como una solución positiva, no sólo por la precisión que aporta, sino por cuanto desde la óptica registral, y su práctica -pensando en la labor diaria de los registradores- es conocido el término liberación como así también el motivo para el cual es utilizado. Por ello es dable pensar que podrán adaptarse a esta modificación terminológica los agentes de esta repartición y comprender el efecto de su tarea, para poder brindar un mejor servicio.

Compréndase la analogía utilizada, entre lo conocido como liberación de un gravamen (en el supuesto de hipoteca, cuando el acreedor consiente la divisibilidad de su garantía) y la liberación de vivienda, donde pierde efectos jurídicos el régimen para ser trasladado a otro inmueble.

Asimismo, con la finalidad de cumplir el principio registral de determinación del inmueble, será necesario al momento de realizar la traslación, consignar en el nuevo asiento registral los datos del anterior inmueble objeto de tutela, conforme el encadenamiento causal. Oportuno sería citar la matrícula del folio real anterior, y sólo en las minutas rogatorias -rubro observaciones- el correlato de qué inmueble se afectó por vez primera, si continuó la protección en otro inmueble, hasta llegar al actual objeto sobre el cual recae la tutela.

A modo de ilustración, se ofrecen los siguientes modelos de asientos registrales:

6. Sabene, Sebastián (2017). Derecho Registral, una perspectiva multidisciplinaria, dirigido por Sebastián E. Sabene. Primera Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley.

7. Op. Cit. Págs.273.

ESCRITURA PÚBLICA

LIBERACION DE VIVIENDA
Art.248 CCCN
Corresponde al asiento b-.....
Escrit. N° del Escrib
Reg. F.S. (folio de seguridad)
Present. N° del.

DOCUMENTO JUDICIAL

LIBERACION DE VIVIENDA
Art.248 CCCN
Corresponde al asiento b-..... . En
autos" " (caratula del juicio)
Juzg , Depto Jud Oficio
..... (fecha) F.S
Present. N° del.

ACTA ADMINISTRATIVA

LIBERACION DE VIVIENDA
ART.248 CCCN
Corresponde al asiento b-.....
Expte F" Present. N°
..... del.

VIVIENDA POR SUBROGACION
REAL
Art.248 CCCN
FR ant..... Pdo..... Pres.....
(cierre registral de acuerdo al tipo de
documento, citados en los otros
modelos)

DESAFECTACION DE VIVIENDA
Art.255
(utilizar los datos señalados en los
anteriores modelos para el cierre
registral, de acuerdo a que se
notarial, judicial o administrativo el
documento.)

6.¿Es necesario que el inmueble al que se le pretende subrogar el régimen sea adquirido en sustitución de la anterior?

El encuentro en un congreso donde participan todas las provincias es una muy buena oportunidad para plasmar un criterio a nivel nacional. Recuérdese que la subrogación juega un rol fundamental, pues mantiene la fecha primigenia de afectación, impidiendo que los embargos trabados puedan tornarse eficaces. Mientras que esté el inmueble afectado a vivienda, el mismo no será pasible de ser ejecutado por acreedores del constituyente⁸.

Este artículo ha dividido a la doctrina en cuanto a cómo debe interpretarse. Por un lado, se encuentran aquellos que creen que el inmueble al cual se traslada la afectación debe ser nuevo en el patrimonio del constituyente. Esta es la interpretación literal del artículo 248 cuando expresa "vivienda adquirida en sustitución de la afectada".

Por otro lado, se encuentra la doctrina que entiende que mal podría protegerse únicamente a la adquisición de un nuevo inmueble, y por tanto la afectación también puede ser subrogada a un inmueble que ya sea parte del patrimonio del afectante.

En el ámbito de los Registros de la Propiedad, también se encuentran posturas antagónicas. En la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, se entiende que debe ser nuevo en el patrimonio el inmueble a subrogarse. Esta interpretación ha sido avalada en dos oportunidades en que se recurrió por vía judicial en los fallos

Coto y Vega de Torchia, ambos del año 2016⁹.

En Capital Federal se optó por la segunda interpretación. La protección puede subrogarse cuando el inmueble conforme el patrimonio del constituyente, con anterioridad. Esta postura se tomó en base al pensamiento sobre lo inequitativo que sería oponerse a la subrogación en un caso muy típico, cual es el matrimonio que decide mudarse de hogar a uno más pequeño, cuando sus hijos han crecido, casado y se han mudado. Entonces, nace el interrogante sobre qué caso tiene oponerse a algo tan corriente, si lo único que sucede es que de sus dos propiedades ahora deciden residir en la otra.

Sin lugar a dudas, es compartida la opinión acerca de la injusticia del único límite a la subrogación. Piénsese en que se puede subrogar las veces que la persona lo desee, que no hay un límite temporal máximo de protección cuando la afectación recae sobre sumas de dinero, sin embargo, no puede cambiarse la afectación cuando el otro inmueble es preexistente en el patrimonio del titular registral.

Ahora bien, más allá de coincidir en la visión, no se en-

8 Salvo las excepciones del art. 249 CCCN

9. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, juicio caratulado "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N°2307-1003/2016 iniciado por el notario Emilio Coto y Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, juicio caratulado "Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente 2307-1222/2016 iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia".

tiende que deban los registros cambiar la letra de la ley. “Cuando el texto de la ley es claro y expreso, no cabe prescindir de sus términos, (...) aún cuando pareciera injusta, pues (...) para alcanzar su verdadero significado no ha de añadirse ni extender nada que altere su contenido”¹⁰.

La complejidad que conlleva la traslación de la afectación a un inmueble con gravámenes previos a la subrogación, pero posteriores en el tiempo a la afectación a vivienda, hacen pensar que debe ser la ley de fondo la que contemple las soluciones de acuerdo a las distintas prioridades de los opuestos intereses subjetivos en juego.

Así como anteriormente se expresó que no es correcto agregar requisitos cuando la ley no los prevé, tampoco puede crearse una interpretación amplia cuando el texto de la ley es contundente. Por tanto, se insta de *lege referenda*, que sea incluida en una próxima reforma legislativa la posibilidad de subrogar la afectación de manera amplia; inclusive entre inmuebles que compongan el patrimonio del afectante, sin necesidad de una nueva adquisición. Asimismo, sean regulados los distintos efectos de acuerdo a la existencia de gravámenes preexistentes.

7. Legitimación del usufructuario para afectar a vivienda.

Se entiende que el usufructuario está legitimado para afectar a vivienda, en la medida de su derecho, por cuanto el art. 245 CCCN expresa “la afectación puede ser solicitada por el titular registral”.

A través de una interpretación finalista, se concluye que titular registral es toda persona que tenga registrado un derecho en los registros, ya sea que el mismo recaiga sobre cosa propia o ajena (art.1888 CCCN); siempre y cuando el usufructuario sea una persona humana y cumpla con el requisito de habitar en el inmueble.

Toda vez que el usufructuario goza del amparo de las garantías constitucionales y la norma sustantiva de manera congruente no lo prohíbe, se entiende que puede resguardarse su derecho en relación al inmueble que constituye su vivienda, si es que así lo requiere, y no es necesario el asentimiento ni comparecencia del nudo propietario al acto de afectación a vivienda¹¹.

Es preciso recordar el alcance del término “propiedad” en nuestra Constitución. La Corte Suprema de Justicia, en sentencias emblemáticas como “Horta c/ Harguindeguy”, “Mango c/ Traba” y “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”, ha interpretado que el término propiedad comprende, en el sentido constitucional, a todo derecho de contenido patrimonial. Por lo cual, el término propiedad comprende a los derechos personales, intelectuales y reales. Dentro de estos últimos, no sólo al dominio, sino a todos los derechos reales.

De manera que cuando se garantiza el derecho de usar y gozar de la propiedad, se incluye el derecho del usufructuario a su disfrute¹².

A partir de la regla esgrimida en el art. 399 CCCN, que expresa que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que posee, se cree que es suficiente para delimitar que la protección al derecho real de disfrute.

Si bien antes se pensaba acerca de la conveniencia de establecer un valor como reflejo del derecho protegido, la realidad económica de nuestro país y la inflación que suele castigarlo, inciden de manera negativa como para continuar avalando esa postura.

En efecto, de ser cuestionado el régimen tuitivo en cuanto a su extensión, ese será el momento de realizar las valuaciones necesarias para indicar el valor del usufructo y de la nuda propiedad, mediante la colaboración de peritos martilleros. Empero, realizar esa tarea de antemano conlleva agregar un gasto innecesario al acto de afectación a vivienda que se caracteriza por su gratuidad/ bajo costo, ante la eventual posibilidad de ser cuestionado.

8. Conclusiones:

1. No corresponde consignar en el asiento registral la “desafectación de vivienda por reserva de subrogación real”, porque técnicamente no se desafecta el régimen, ya que continúan los efectos jurídicos, trasladados a otro objeto.

2. No corresponde realizar una “reserva” del derecho a subrogar, porque la ley presume que el titular registral no quiere perder un beneficio legal, como es la continuidad de la protección sobre su vivienda. En efecto, no surge del art. 248 CCCN un requisito equivalente a reservarse este derecho, mientras sucede la traslación de la protección. Si el legislador lo hubiera creído necesario, lo habría establecido de manera expresa.

3. Es conveniente acuñar el término liberación para designar la situación jurídica del inmueble sobre el cual pesó la afectación a vivienda y fue desvinculado de tal régimen por subrogación real. Es preciso diferenciar el derecho de la persona afectante de utilizar la subrogación real, de la técnica registral empleada en la confección del asiento registral del inmueble liberado. Los registros deben hacer hincapié en la segunda cuestión y utilizar un lenguaje preciso.

4. De *lege referenda*, instar una reforma legislativa, donde se incluya en el Código Civil y Comercial de la Nación, la posibilidad de subrogar la afectación entre inmuebles que compongan el patrimonio del constituyente, sin necesidad de una nueva adquisición. La ley debe regular la prioridad y los efectos del régimen de vivienda, cuando la subrogación real opere sobre un inmueble con gravámenes preexistentes.

5. El titular del derecho real de usufructo está legitimado para afectar a vivienda, en la medida de su derecho, sin necesidad del consentimiento del nudo propietario.

10. Fallo Coto, op.cit.

11. Alberdi Imas, Luana “Legitimación del usufructuario para afectar al régimen de vivienda”. Publicado en la Revista Notarial N° 987 del año 2018.

12. Op. Cit.4.